

## Chapitre V

### PROTECTION DIPLOMATIQUE

#### A. – Introduction

406. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission a inclus le sujet de la protection diplomatique au nombre des trois sujets dont elle a jugé qu'ils se prêtaient à la codification et au développement progressif<sup>121</sup>. Cette même année, l'Assemblée générale, dans sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, a invité la Commission à examiner plus avant le sujet et à en indiquer la portée et le contenu en se fondant sur les commentaires et observations qui avaient été faits au cours du débat à la Sixième Commission, ainsi que sur les commentaires que les gouvernements pourraient souhaiter soumettre par écrit. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission, en application de cette résolution, a constitué un groupe de travail sur le sujet<sup>122</sup>. Le Groupe de travail a présenté un rapport au cours de ladite session, que la Commission a fait sien<sup>123</sup>. Le Groupe de travail s'est efforcé *a*) de préciser autant que possible la portée du sujet et *b*) de déterminer les questions à étudier dans le contexte du sujet. Il a présenté un schéma pour l'examen du sujet, que la Commission a recommandé au Rapporteur spécial de prendre pour base de travail pour établir son rapport préliminaire<sup>124</sup>. La Commission a décidé par ailleurs qu'elle s'efforcerait d'achever l'examen en première lecture du sujet d'ici à la fin du présent quinquennat.

407. À sa quarante-neuvième session également, la Commission a désigné M. Mohamed Bennouna rapporteur spécial sur le sujet<sup>125</sup>.

408. Dans sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé « Protection diplomatique ».

409. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial<sup>126</sup>. À la même session, la Commission a constitué un groupe de travail à composition non limitée chargé d'étudier les conclusions éventuelles qui pourraient être tirées de l'examen de la façon d'aborder le sujet<sup>127</sup>.

<sup>121</sup> *Annuaire... 1996*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), A/51/10, par. 248, p. 105, et annexe II, additif 1, p. 150 et 151.

<sup>122</sup> *Annuaire... 1997*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 169, p. 61.

<sup>123</sup> *Ibid.*, par. 171.

<sup>124</sup> *Ibid.*, par. 189 et 190, p. 63 et 64.

<sup>125</sup> *Ibid.*, par. 190, p. 64.

<sup>126</sup> *Annuaire... 1998*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), A/CN.4/484.

<sup>127</sup> Les conclusions du Groupe de travail figurent dans *ibid.*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 108, p. 50 et 51.

410. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission a nommé M. Christopher John Robert Dugard rapporteur spécial sur le sujet<sup>128</sup>, après que M. Bennouna eut été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

#### B. – Examen du sujet à la présente session

411. À la présente session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506 et Add.1). La Commission a examiné les chapitres I (Structure du rapport) et II (Projets d'articles) à ses 2617<sup>e</sup> à 2620<sup>e</sup> séances et à ses 2624<sup>e</sup> à 2627<sup>e</sup> séances, tenues respectivement entre le 9 et le 12 mai et entre le 19 et le 25 mai 2000. Faute de temps, la Commission a reporté l'examen du chapitre III (Continuité de la nationalité et cessibilité des réclamations), contenant l'article 9 et les commentaires y relatifs, à sa prochaine session<sup>129</sup>.

412. À sa 2624<sup>e</sup> séance, la Commission a décidé que les articles 1, 3 et 6 feraient l'objet de consultations officielles ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial. Le rapport sur les consultations officielles est reproduit au paragraphe 495 ci-après.

413. La Commission a examiné le rapport sur les consultations officielles à sa 2635<sup>e</sup> séance, le 9 juin 2000, et a décidé de renvoyer les projets d'articles 1, 3 et 5 à 8 ainsi que le rapport en question au Comité de rédaction.

#### 1. APERÇU DE L'APPROCHE DU SUJET

414. Le Rapporteur spécial, présentant son premier rapport, a dit que, dans la mesure où la Commission avait déjà discuté de la façon d'aborder le sujet et des questions générales qu'il soulevait lors de l'examen du rapport préliminaire de l'ancien rapporteur spécial<sup>130</sup>, et dans le cadre des deux groupes de travail chargés du sujet aux quarante-neuvième et cinquantième sessions, ainsi que pour des raisons pratiques, il avait décidé de passer directement à des propositions d'articles car cette façon de procéder permettrait de mieux circonscrire le débat et d'aboutir à des conclusions. Il a tenu cependant à fournir des explications sur quelques questions générales qui se

<sup>128</sup> *Annuaire... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), A/54/10, par. 19, p. 18.

<sup>129</sup> Pour le texte des projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617<sup>e</sup> séance, par. 1, p. 38.

<sup>130</sup> Voir *supra* note 126.

posaient dans le cadre des articles qu'il avait proposés et qui pouvaient être examinées à cette occasion.

415. En premier lieu, il était parti de l'idée que la protection diplomatique pouvait servir à faire avancer la cause de la protection des droits de l'homme. Il considérait en conséquence que la protection diplomatique demeurait une arme de choix pour la défense des droits de l'homme. Tant que l'État restait l'acteur principal des relations internationales, l'endossement par les États des réclamations de leurs nationaux pour violation de leurs droits resterait le moyen le plus efficace de protéger les droits de l'homme. Au lieu de chercher à affaiblir l'institution en l'écartant comme une fiction totalement dépassée, il faudrait au contraire tout faire pour renforcer les règles qui composent le droit de la protection diplomatique. Telle était la philosophie sur laquelle reposait son rapport.

416. Deuxièmement, le Rapporteur spécial n'était pas convaincu que la protection diplomatique était devenue désuète du fait de l'existence de divers mécanismes de règlement des différends auxquels les individus avaient désormais accès. Bien que les individus participent au système juridique international et soient dotés de droits en vertu du droit international, les recours dont ils disposaient restaient limités.

417. Troisièmement, le Rapporteur spécial avait choisi délibérément de soumettre les questions les plus controversées que soulevait le sujet dès le début afin d'obtenir des orientations de la part de la Commission et de régler ces questions avant d'aller de l'avant. C'était le cas en particulier de la question de l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique, examinée dans le contexte de l'article 2, et de la question de savoir s'il existait pour les États un devoir d'exercer la protection diplomatique, examinée dans le contexte de l'article 4.

418. En ce qui concerne l'économie du projet, le Rapporteur spécial a indiqué que les huit projets d'articles proposés dans le chapitre II de son rapport pouvaient être rangés en deux catégories. Dans la première catégorie (art. 1 à 4), les articles 1 et 3 énonçaient pour l'essentiel des considérations de base, tandis que les articles 2 et 4 étaient particulièrement sujets à controverse. Les articles 5 à 8, qui relevaient de la seconde catégorie, étaient tout autant controversés, mais traitaient tous de questions liées à la nationalité.

## 2. ARTICLE PREMIER<sup>131</sup>

### a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

419. Le Rapporteur spécial a expliqué que l'article premier visait non pas tant à définir le sujet qu'à le décrire. Il

<sup>131</sup> Le texte de l'article premier proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

#### « Article premier. – Champ d'application »

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

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

ne visait pas non plus la protection fonctionnelle exercée par une organisation internationale, sujet évoqué brièvement dans le rapport, et qui n'avait sans doute pas sa place dans l'étude, dès lors qu'il soulevait effectivement de nombreux problèmes de principe. La doctrine de la protection diplomatique était à l'évidence étroitement liée à la théorie de la responsabilité des États en cas de préjudice causé à des étrangers. De fait, au début de ses travaux sur la responsabilité des États, la Commission avait bien essayé de traiter à la fois des principes de la responsabilité des États tels qu'ils sont formulés actuellement et de la protection diplomatique. L'idée qu'un fait ou une omission internationalement illicite qui lèse un étranger engageait la responsabilité de l'État à qui ce fait ou cette omission était imputable avait gagné du terrain dans la communauté internationale dans les années 1920. Il était généralement admis qu'un État n'était pas obligé d'accueillir des étrangers, mais que, s'il le faisait, il était obligé à l'égard de l'État de nationalité de fournir à leurs personnes ou à leurs biens un certain niveau de protection conforme aux normes internationales minimales relatives au traitement des étrangers.

420. Le mot « action » employé à l'article premier soulevait quelques difficultés. Dans la plupart des cas, les définitions de la protection diplomatique n'expliquaient pas de manière satisfaisante la nature des moyens dont disposait l'État pour exercer cette protection. La CPJI semblait avoir établi une distinction entre « l'action diplomatique » et « l'action judiciaire », distinction reprise par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*<sup>132</sup> et par le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran dans l'affaire n° A/18<sup>133</sup>. À l'opposé, les publicistes ne faisaient pas cette distinction et estimaient que la « protection diplomatique » couvrait l'action consulaire, la négociation, la médiation, l'action judiciaire ou arbitrale, les représailles, les mesures de rétorsion, la rupture des relations diplomatiques, les pressions économiques et, en dernier ressort, le recours à la force.

### b) *Résumé du débat*

421. Le rapport du Rapporteur spécial a été jugé fort intéressant, bien documenté et très utile pour examiner de manière franche et directe les principales questions controversées auxquelles la Commission devrait peut-être s'attaquer en l'occurrence. Le rapport soulevait un certain nombre de points importants dans le contexte de l'article premier, qui avaient également une incidence sur la façon d'aborder le sujet.

422. Il a été noté que le Rapporteur spécial avait accordé, dans son rapport, une grande importance à la protection diplomatique en tant qu'instrument permettant de veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits de l'homme. On a fait observer toutefois que ce point avait peut-être été surestimé. Il n'apparaissait pas immédiatement à l'évidence qu'un État qui soulevait un problème en matière de droits de l'homme touchant ses ressortissants exerçait la protection diplomatique. En droit international, les obligations relatives aux droits de l'homme étaient

<sup>132</sup> *Nottebohm, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955*, p. 4.

<sup>133</sup> Sentence du 6 avril 1984, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius, vol. 5, 1985, p. 251.

des obligations *erga omnes* types. Tout État pouvait demander la cessation de la violation, que les personnes concernées soient ses nationaux, des nationaux de l'État auteur de la violation ou des nationaux d'un État tiers. Ainsi, le critère de la nationalité des réclamations semblait ne pas avoir sa place lorsque les droits de l'homme étaient en jeu. Cela dit, les États se préoccupaient essentiellement de protéger les droits de l'homme de leurs ressortissants, et bien que les règles du droit international général relatives aux droits de l'homme n'établissent pas en général de distinction entre les personnes protégées en fonction de leur nationalité, les États avaient tendance à les appliquer de manière plus efficace lorsque leurs propres nationaux étaient en cause. On pouvait donc assurément penser que la notion de protection diplomatique s'étendait à la protection par un État des droits de l'homme de ses nationaux. Mais cela soulevait toutefois des difficultés. Dans son célèbre *dictum* en l'affaire de la *Barcelona Traction*<sup>134</sup>, la CIJ avait indiqué que seul l'État de nationalité pouvait intervenir et exercer la protection diplomatique, mais lorsque des droits de l'homme étaient en jeu, n'importe quel État pouvait intervenir.

423. Il a été noté en outre que le mot « action » qui figurait à l'article premier soulevait des difficultés. La protection diplomatique était un processus long et complexe. Lorsqu'un État recevait une plainte émanant d'un particulier, il l'examinait pour en apprécier l'importance et la légalité. Cette première phase préparatoire d'investigation se situait en dehors de la protection diplomatique. Celle-ci n'entrait en jeu qu'à partir du moment où le gouvernement décidait de présenter une réclamation pour le compte de son national au gouvernement qui aurait failli à certaines règles de droit international.

424. Dans ce contexte, les avis ont divergé quant à la question de savoir si la protection diplomatique s'appliquait aux actions engagées par un gouvernement pour empêcher qu'un préjudice soit causé à un de ses nationaux (c'est-à-dire avant que le fait illicite se soit produit) ou uniquement aux faits illicites de l'État qui avaient déjà été commis. Certains membres de la Commission penchaient pour la deuxième solution, à savoir que la protection diplomatique était liée au fait internationalement illicite d'un État qui avait causé un préjudice au ressortissant d'un autre État. La participation de l'État de nationalité à des négociations avec d'autres États en vue d'empêcher qu'un préjudice soit causé à leurs nationaux n'entrait pas dans le champ de la protection diplomatique au sens classique où il faut entendre cette notion. D'autres membres de la Commission étaient d'un avis différent. Selon eux, dans la pratique, les États pouvaient prendre à leur compte les préoccupations de leurs citoyens au sujet d'actions ou de mesures qui risquaient dans l'avenir de leur causer un préjudice. L'intervention de l'État de nationalité à ce stade devrait aussi être qualifiée de protection diplomatique. En tout état de cause, la protection diplomatique n'était pas une « action » en tant que telle; il s'agissait de la mise en mouvement d'une procédure par laquelle la réclamation d'une personne physique ou morale devenait une relation juridique internationale. Dans son sens purement technique, la protection diplomatique était l'un des

moyens d'engager la responsabilité internationale de l'État.

425. En ce qui concerne la nature de la protection diplomatique, deux opinions différentes ont été exprimées. Selon l'une d'elles, la protection diplomatique était un droit de l'individu. Ainsi, la Constitution d'un certain nombre d'États garantissait le droit des nationaux à la protection diplomatique; cette tendance allait dans le sens du développement de la protection des droits de l'homme dans le droit international contemporain. Selon une autre opinion, partagée par un grand nombre de membres de la Commission, la protection diplomatique était un droit discrétionnaire de l'État. Un État avait le droit de présenter une réclamation à un autre État en raison d'un fait illicite commis par ce dernier, même si ce n'était pas l'État lui-même mais son national qui avait subi le préjudice causé par ce fait illicite. L'État n'était toutefois pas tenu de présenter une réclamation au nom d'un de ses nationaux lésés. L'obligation constitutionnelle d'accorder la protection diplomatique aux nationaux n'avait pas d'incidence sur le droit international pour ce qui était de l'institution de la protection diplomatique.

426. S'agissant de la définition du préjudice, de l'avis général il faudrait rédiger l'article premier de manière à montrer que la protection diplomatique était liée à un préjudice au regard du droit international et non au regard du droit interne. Quant à savoir si la violation du droit interne faisait naître le droit d'exercer la protection diplomatique, il a été suggéré de considérer que si le droit interne était violé à l'égard d'un étranger et qu'aucune réparation n'était accordée par les tribunaux nationaux, cela devrait constituer un préjudice au regard du droit international. Cette suggestion n'a toutefois pas été bien accueillie par certains membres étant donné que le problème qui se posait en matière de protection diplomatique n'était pas le non-respect des garanties d'une procédure régulière mais l'épuisement des recours internes, qui était un problème beaucoup plus large que le déni des garanties d'une procédure régulière. La protection diplomatique pouvait être exercée même en l'absence de non-respect des garanties d'une procédure régulière. S'attacher au déni de justice ferait intervenir des règles primaires.

427. Il a été noté que, compte tenu du lien entre les deux sujets, il faudrait employer la même terminologie pour la protection diplomatique et pour la responsabilité des États. Il a été dit également qu'il faudrait clarifier la notion de protection diplomatique afin d'éviter toute confusion avec les notions de protection, de privilèges et d'immunités des diplomates et les questions relatives à la représentation et aux fonctions consulaires et diplomatiques.

#### c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

428. Le Rapporteur spécial a dit que l'article premier n'avait pas suscité vraiment d'objections. Toutefois, des doutes avaient été exprimés au sujet de la terminologie employée, en particulier le terme « action », qui avait donné lieu à des interprétations différentes. On avait suggéré que cette question soit examinée plus attentivement. Certains membres avaient aussi estimé qu'il faudrait ali-

<sup>134</sup> Voir *supra* note 43.

gner la rédaction de l'article premier sur celle des articles consacrés à la responsabilité des États.

429. Des observations avaient été formulées quant à la nécessité qu'un fait illicite ait été commis pour pouvoir exercer la protection diplomatique. Certains membres avaient toutefois fait observer qu'un fait pouvait être potentiellement un fait internationalement illicite, comme un projet de loi prévoyant des mesures qui pourraient constituer un fait internationalement illicite. Cette question devrait aussi être examinée plus avant par le Comité de rédaction.

### 3. ARTICLE 2<sup>135</sup>

#### a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

430. Le Rapporteur spécial a expliqué que l'article 2 soulevait deux questions éminemment controversées : premièrement, l'éternelle question de savoir si le droit international autorise l'intervention par la force pour protéger des nationaux; et, deuxièmement, celle de savoir si cette question relève bien de la sphère de la protection diplomatique. Le Rapporteur spécial avait hésité à trop s'étendre sur ce point dans ses commentaires, étant donné en particulier qu'il était probable que la Commission rejette l'article 2. Il a rappelé que, dans son rapport préliminaire<sup>136</sup>, le rapporteur spécial précédent avait déclaré, sans y apporter de réserve, que l'État ne pouvait recourir à la menace et à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique. Il s'était donc senti obligé de ne pas éluder la question dans son rapport.

431. Il a dit que le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies interdisait le recours à l'emploi de la force. La seule exception, qui autorisait les États à agir unilatéralement, était prévue à l'Article 51, qui traite du droit de légitime défense. Le droit de légitime défense tel que le reconnaît le droit international avait été formulé bien avant 1945. Il était généralement admis que, de portée large, il comprenait aussi bien les mesures prises par anticipation que les interventions conduites pour protéger des ressortissants. L'Article 51 ne prévoyait pas son exercice dans ces cas : il ne l'envisageait que dans celui où il y avait eu agression armée. Un long débat s'était instauré, au cours duquel certains auteurs avaient adopté des positions différentes sur la question. Les décisions des tribu-

<sup>135</sup> Le texte de l'article 2 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

#### « Article 2

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

- a) L'État de protection n'a pas pu assurer la sécurité de ses nationaux par des moyens pacifiques;
- b) L'État auteur du préjudice ne veut pas ou ne peut pas assurer la sécurité des nationaux de l'État de protection;
- c) Les nationaux de l'État de protection sont exposés à un danger immédiat;
- d) L'emploi de la force est proportionné aux circonstances;
- e) L'emploi de la force est limité dans le temps et l'État de protection retire ses forces dès que les nationaux sont sauvés. »

<sup>136</sup> Voir *supra* note 126.

naux internationaux et des organes politiques des Nations Unies n'offraient guère d'orientation sur ce point. Les tribunaux avaient généralement évité d'aborder le sujet. Le droit manquait donc de certitude. Toutefois, les États avaient fait dans le passé un usage abusif du droit de protéger par la force leurs propres nationaux, et tel était encore le cas. Il fallait donc, si ce droit était retenu, le formuler de façon limitative. Le Rapporteur spécial avait essayé de le faire en proposant l'article 2, qui, à son avis, reflétait mieux la pratique des États qu'une interdiction absolue du recours à la force : pareille interdiction était difficilement conciliable avec la pratique effective des États. Il en était de même du droit général d'intervenir, qui n'était pas conciliable avec les protestations que des interventions menées pour protéger des nationaux soulevaient de la part de l'État lésé et d'États tiers.

432. Au paragraphe 60 du rapport, il était précisé que l'intervention humanitaire au sens de la protection par la force des droits des nationaux d'un autre pays n'entrait pas dans le cadre de l'étude. Le Rapporteur spécial croyait comprendre que l'article 2 susciterait un long débat. Mais il souhaiterait que la Commission se prononce sur la question d'emblée afin d'éviter que le problème ne se pose de nouveau en plein débat sur le sujet. Le rapport contenait suffisamment d'éléments d'information pour que la Commission puisse décider d'inclure ou non une disposition de cette nature dans le projet.

#### b) *Résumé du débat*

433. Deux opinions différentes ont été exprimées à propos de l'article 2.

434. Selon une opinion, l'article 2 était contestable car il ne rejetait pas catégoriquement l'idée du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique. Le projet d'articles ne devait prévoir aucune dérogation qui puisse jeter un doute sur cette interdiction. Les circonstances exonérant un État de toute responsabilité pour l'emploi de la force pourraient peut-être comprendre le danger imminent ou l'état de nécessité, questions qui devraient être régies par le projet sur la responsabilité des États. Néanmoins, dans le contexte de la protection diplomatique, toute règle permettant, justifiant ou légitimant l'emploi de la force était dangereuse et inacceptable. Comme le Rapporteur spécial l'avait fait observer, depuis l'énoncé de la doctrine Drago en 1902<sup>137</sup> et la Convention II de 1907 concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles (Convention Porter), l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force avait été l'un des aspects les plus remarquables du développement du droit de la protection diplomatique, qui avait certainement servi le développement du droit international général. Cette interdiction avait été consacrée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. En outre, compte tenu du fait que de tout temps la protection diplomatique avait servi de prétexte à l'emploi de la force, il était essentiel de maintenir la première partie de la disposition liminaire de l'article 2, à savoir le membre de phrase « il est interdit de recourir à la menace ou à

<sup>137</sup> Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, A/CN.4/96, par. 228, p. 217.

l'emploi de la force comme moyen de protection diplomatique » quelque part dans le projet étant donné qu'il s'agissait d'un élément important dans le développement du droit international coutumier de la protection diplomatique. Le reste du texte proposé par le Rapporteur spécial, à partir des mots « sauf pour sauver » devrait en revanche être supprimé. Il ne fallait pas oublier que, dans le projet d'articles sur la responsabilité des États, l'alinéa *a* de l'article 50 relatif aux contre-mesures adopté en première lecture<sup>138</sup> interdisait expressément à un État d'utiliser, à titre de contre-mesures, la menace ou l'emploi de la force interdits par la Charte. Néanmoins, toute tentative pour supprimer la première partie de la première phrase de l'article 2 proposé par le Rapporteur spécial risquait d'être mal interprétée à une époque où on avait de plus en plus tendance à employer la force dans des cas exceptionnels.

435. En rapport avec l'opinion exprimée dans le paragraphe qui précède, il a été également dit que la proposition du Rapporteur spécial était aussi contraire à un autre principe capital du droit international, à savoir celui de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États, tel qu'il est exprimé dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies<sup>139</sup>, déclaration qui stipule qu'aucun État ni groupe d'États n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelque raison que ce soit – y compris par conséquent pour la protection des nationaux – dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État, et qu'en conséquence non seulement l'intervention armée, mais aussi toute autre forme d'ingérence ou toute menace dirigée contre la personnalité d'un État ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels était contraire au droit international.

436. Selon une autre opinion, la question de l'emploi de la force n'entraînait pas dans le cadre du sujet de la protection diplomatique et ne relevait pas du mandat de la Commission. La protection diplomatique était liée au droit de la responsabilité et concernait essentiellement la recevabilité des réclamations. La Commission ne pouvait certainement pas embrasser l'ensemble des mécanismes, dont certains étaient très importants en soi, par lesquels une protection pouvait être accordée à des particuliers qui avaient des plaintes à formuler contre des États. Ces mécanismes englobaient un large éventail de moyens, dont les mesures de maintien de la paix, les activités consulaires, etc. De plus, la question de l'emploi de la force par un État pour protéger ses nationaux à l'étranger ne pouvait être dissociée de l'ensemble de la question de l'emploi de la force et de l'application de la Charte des Nations Unies. Les actions visées par le Rapporteur spécial pouvaient être justifiées ou excusées sur la base d'autres principes du droit international, comme celui de l'état de nécessité, mais, comme l'intervention humanitaire, il s'agissait de questions controversées et qui n'avaient aucun rapport avec le sujet de la protection diplomatique.

437. Les membres qui partageaient la première opinion ont jugé inconcevable que des États disposent ainsi, dans le cadre de la protection diplomatique, d'une base juridique qui leur permettrait de recourir à la force autrement qu'en cas de légitime défense, comme le prévoit l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. On ne pouvait pas étendre la notion de légitime défense, à leur avis, à la protection des nationaux d'un État dans un pays étranger. Mais certains des membres qui souscrivaient à la deuxième opinion, à savoir que la question du recours à la force n'entraînait pas dans le champ de la protection diplomatique, ont estimé que le Rapporteur spécial interprétait correctement l'Article 51 de la Charte et que des États seraient en droit d'employer la force dans l'exercice du droit de légitime défense si la vie de leurs nationaux était en jeu. D'autres membres qui souscrivaient à la deuxième opinion n'ont pas pris position sur la question de l'emploi de la force. Les membres qui étaient d'avis que les questions traitées à l'article 2 n'entraînaient pas dans le cadre du sujet de la protection diplomatique et devraient donc être supprimées n'étaient pas d'accord pour que soit maintenue la première partie de la disposition liminaire puisque, selon eux, l'emploi de la force pour protéger des nationaux était une forme d'auto-assistance distincte et non une forme de protection diplomatique à quelque niveau que ce soit, en droit ou en fait. Pour cette raison, le maintien même de cette partie de l'article 2 créerait la confusion.

438. On a avancé aussi l'idée que les articles devraient indiquer clairement que la protection diplomatique était l'engagement d'une procédure de règlement pacifique d'un différend visant à protéger les droits ou les biens d'un national qui avait été menacé d'un préjudice ou avait effectivement subi un préjudice dans un autre État. Ainsi, on excluait la force sans utiliser la formule de la première phrase du projet d'article 2. Une solution constructive au problème, qui méritait d'être examinée, consisterait peut-être à supprimer le mot « action » à l'article premier et à dire à la place que par protection diplomatique il fallait entendre l'engagement d'une procédure de règlement pacifique d'un différend.

### c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

439. En ce qui concernait l'article 2, force était de constater que le recours à la force était interprété par certains États comme l'étape ultime de l'exercice de la protection diplomatique. De nombreux auteurs avaient d'ailleurs appuyé cette position avant et après la seconde guerre mondiale. Il était un fait que des États avaient, à diverses occasions, eu recours à la force pour protéger leurs nationaux, sous prétexte d'exercer leur droit de protection diplomatique, et qu'ils continueraient à le faire dans l'avenir. En toute honnêteté, le Rapporteur spécial ne pouvait pas, comme son prédécesseur, soutenir que le recours à la force était proscrit lorsqu'il s'agissait pour un État de protéger ses ressortissants. Il avait cependant essayé de délimiter strictement la question. Certains membres avaient rejeté le projet d'article 2 au motif que la Charte des Nations Unies interdit le recours à la force, même pour protéger les ressortissants, et qu'il n'est justifié qu'en cas d'attaque armée. Toutefois, d'autres membres de la Commission n'avaient pas adopté de position sur les dispositions de la Charte, préférant rejeter l'article 2 au

<sup>138</sup> Voir *supra* note 16.

<sup>139</sup> Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970, annexe.

simple motif que ces dispositions ne relevaient pas du champ de la protection diplomatique. Le débat avait montré non seulement que le sens à donner à la notion de protection diplomatique ne faisait pas l'unanimité, mais aussi que le recours à la force en était exclu. Il était donc tout à fait clair que le projet d'article 2 était inacceptable pour la Commission.

#### 4. ARTICLE 3<sup>140</sup>

##### a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

440. Le Rapporteur spécial a dit que la question de savoir si le droit d'exercer la protection diplomatique appartenait à l'État ou à l'individu faisait l'objet de l'article 3. À ce stade, il suffisait de dire qu'il était traditionnellement dévolu à l'État dont la personne lésée avait la nationalité. La fiction selon laquelle le dommage causé équivalait à un dommage causé à l'État de nationalité remontait au XVIII<sup>e</sup> siècle et à Vattel<sup>141</sup>, et avait été reprise par la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*<sup>142</sup> et dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*<sup>143</sup> ainsi que par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*<sup>144</sup>.

441. L'article 3 était relativement peu controversé. Il posait la question de savoir à qui appartiennent les droits qui sont revendiqués lorsque l'État de nationalité invoque la responsabilité d'un autre État pour préjudice causé à un de ses nationaux. La conception classique, selon laquelle le dommage avait été causé à l'État lui-même, avait été contestée au motif qu'elle était traversée de contradictions. Comme le Rapporteur spécial avait déjà eu l'occasion de le souligner, cette doctrine avait été acceptée des siècles durant et entérinée par la CPJI et par la CIJ.

442. La protection diplomatique, même si elle était fondée sur une fiction, était une institution acceptée en droit international coutumier et elle servait encore à protéger les droits de l'homme. Elle offrait un recours potentiel permettant de protéger des millions d'étrangers qui n'avaient pas accès aux organes internationaux et elle constituait un recours utile pour ceux qui avaient accès aux recours souvent peu efficaces que prévoient les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

443. L'article 3 tendait à codifier le principe de la protection diplomatique dans sa conception traditionnelle. Il y était reconnu que la protection diplomatique était un droit attaché à l'État que celui-ci était libre d'exercer à sa

discretion, sous réserve de l'article 4, chaque fois qu'un de ses nationaux était lésé par un autre État. L'exercice du droit d'intervention diplomatique par l'État de nationalité n'était pas limité aux cas de violations massives et systématiques des droits de l'homme. D'autre part, l'État de nationalité n'était pas tenu de s'abstenir d'exercer ce droit lorsque l'intéressé pouvait se prévaloir d'un recours en vertu d'un traité relatif aux droits de l'homme ou aux investissements étrangers. Dans la pratique, un État s'abstiendrait certainement de le faire lorsque la personne concernée disposait d'un recours; il pouvait aussi s'associer à celle-ci pour faire valoir le droit qui lui était reconnu en vertu du traité considéré. En principe, selon l'article 3, un État n'était pas tenu de s'abstenir d'exercer la protection diplomatique dès lors qu'un droit qui lui était propre était violé lorsqu'un de ses nationaux était lésé.

##### b) *Résumé du débat*

444. L'article 3 proposé a été jugé en principe acceptable, mais sa formulation a soulevé un certain nombre de difficultés. L'article adhérait étroitement à la doctrine classique de la protection diplomatique, l'élément essentiel en étant l'expression « à l'égard d'un de ses nationaux lésé par un autre État ». Des membres ont fait observer qu'il vaudrait mieux remplacer ce membre de phrase par les mots « lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État », ce qui aurait l'avantage de recentrer le sujet sur le domaine dont il ne devrait pas sortir, à savoir celui de la responsabilité internationale. Mais surtout, dans la théorie traditionnelle, ce n'était pas le particulier qui était lésé, c'était l'État qui subissait un préjudice en la personne de son ressortissant. C'était là que résidait la fiction traditionnelle et il fallait la conserver dans l'ensemble du projet d'articles.

445. Il a été souligné que l'évolution favorable du droit international, qui reconnaissait des droits directement aux individus dans le contexte de la protection des droits de l'homme ou dans la protection des investissements, n'avait pas affaibli la doctrine classique de la protection diplomatique. La protection diplomatique relevait de la compétence discrétionnaire de l'État dans le droit international positif en vigueur – et peut-être faudrait-il le dire plus nettement. La question se posait de savoir si le moment n'était pas venu d'encadrer plus étroitement ce pouvoir discrétionnaire de l'État. On a également émis l'avis qu'il n'était pas opportun de conserver le membre de phrase indiquant que le droit d'exercer la protection diplomatique avait un caractère discrétionnaire, étant donné que certains pourraient arguer qu'une telle formule privait les États de la possibilité d'adopter une législation interne les obligeant à protéger leurs nationaux.

##### c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

446. Dans l'article 3, le Rapporteur spécial avait proposé à la Commission d'adopter le point de vue traditionnel découlant de l'arrêt de la CPJI relatif aux *Concessions Mavrommatis en Palestine*, selon lequel la protection diplomatique était une prérogative de l'État, celui-ci n'agissant pas en qualité d'agent de son ressortissant. Certains membres avaient indiqué que la prétention de l'État devait être affirmée plus clairement. D'autres avaient

<sup>140</sup> Le texte de l'article 3 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

##### « Article 3

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

<sup>141</sup> E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Londres, 1758, *The Classics of International Law*, vol. III, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916.

<sup>142</sup> Arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2.

<sup>143</sup> Arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 4.

<sup>144</sup> Voir *supra* note 132.

estimé qu'il fallait souligner davantage que le dommage causé au ressortissant était la conséquence d'une violation du droit international. Pour le Rapporteur spécial, cette idée était implicite dans le projet d'article, mais on pourrait effectivement l'expliciter.

## 5. ARTICLE 4<sup>145</sup>

### a) Présentation par le Rapporteur spécial

447. Le Rapporteur spécial a dit que l'article 4 portait sur une autre question controversée : il s'inscrivait dans une perspective *de lege ferenda* et relevait de ce fait du développement progressif du droit international, et non de sa codification. La doctrine traditionnelle voulait qu'un État dispose du droit absolu de décider d'exercer ou non sa protection diplomatique au nom d'un de ses nationaux. Il n'était pas tenu de le faire. Il s'ensuivait qu'en droit international le national d'un État qui subissait un préjudice à l'étranger ne pouvait revendiquer aucun droit à la protection diplomatique. Selon certains auteurs, cette position était un aspect regrettable du droit international, et l'évolution dans le domaine du droit international relatif aux droits de l'homme voulait qu'un État soit tenu d'accorder une protection diplomatique à une personne lésée. Cette question avait été débattue à la Sixième Commission, au sein de laquelle la plupart des orateurs avaient émis l'avis que l'État disposait en matière d'exercice de la protection diplomatique d'un pouvoir discrétionnaire absolu. D'autres orateurs avaient cependant soutenu le contraire.

448. La pratique des États en la matière ne manquait pas d'intérêt. La Constitution de nombreux États consacrait le droit de la personne à la protection diplomatique. Certaines d'entre elles disposaient que l'État doit protéger les droits légitimes de ses ressortissants à l'étranger, ou que ses ressortissants à l'étranger jouissent de la protection. Néanmoins, le Rapporteur spécial ne savait pas si ces droits pouvaient être invoqués en vertu du droit interne, devant un tribunal, ou s'ils visaient simplement à faire en sorte qu'un national lésé à l'étranger ait le droit d'accéder aux autorités consulaires de son État.

<sup>145</sup> Le texte de l'article 4 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

#### « Article 4

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

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

- a) L'exercice de la protection diplomatique mettrait sérieusement en danger ses intérêts supérieurs et/ou ceux de ses citoyens;
- b) Un autre État exerce la protection diplomatique à l'égard de la personne lésée;
- c) La personne lésée n'a pas pour nationalité effective et dominante la nationalité de cet État.

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

449. Les paragraphes 89 à 93 du rapport traitaient des limitations qui pourraient être imposées à ce droit. Premièrement, ce droit devrait être limité aux cas de violation de règles du *jus cogens*. Deuxièmement, l'État national devrait disposer d'une large marge d'appréciation et ne devrait pas être soumis à l'obligation de protéger un national si ses intérêts internationaux commandaient qu'il n'en fasse rien. Troisièmement, un État devrait être dégagé de cette obligation si le particulier disposait d'un recours devant un tribunal international. Quatrièmement, un État n'était pas tenu à cette obligation si un autre État pouvait protéger un particulier possédant deux ou plusieurs nationalités. Enfin, le Rapporteur spécial avait proposé qu'un État ne soit pas tenu de protéger un national qui n'avait pas de lien effectif avec l'État de nationalité, car dans ce cas ce serait le principe énoncé dans l'affaire *Nottebohm* qui pourrait s'appliquer. Le Rapporteur spécial soumettait donc l'article 4 à l'examen de la Commission en étant pleinement conscient du fait qu'il s'agissait d'un exercice de développement progressif du droit international. Dans ce cas aussi, la Commission devrait déterminer sans trop de retard si cette proposition était ou non par trop radicale.

### b) Résumé du débat

450. Certains membres de la Commission ont exprimé des préoccupations au sujet de l'article 4, qui s'inscrivait à leur avis dans une perspective *de lege ferenda* et n'était pas étayé par la pratique des États. Les dispositions constitutionnelles mentionnées aux paragraphes 80 et 81 du rapport du Rapporteur spécial ne fournissaient aucune preuve d'*opinio juris*. Il n'y avait pas beaucoup d'auteurs contemporains qui pensent que la protection diplomatique était un devoir de l'État et la conclusion formulée au paragraphe 87 selon laquelle il existait dans la pratique récente des États des « signes » étayant ce point de vue constituait une appréciation optimiste des éléments d'information effectivement disponibles.

451. Dans le même ordre d'idées, il a été dit que l'article 4 allait beaucoup trop loin en faisant de l'exercice de la protection diplomatique un devoir pour l'État dans certaines circonstances, sans toutefois indiquer envers qui l'État avait cette obligation. Cela pouvait être envers l'individu mais, dans la mesure où il avait également été fait mention des normes impératives, la question se posait de savoir si ce n'était pas une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble. La protection diplomatique, a-t-on dit, était une prérogative souveraine de l'État, qu'il exerçait à sa discrétion. Au mieux, la législation nationale pouvait énoncer les objectifs ou la politique de l'État en matière d'octroi d'une protection à ses nationaux à l'étranger mais pas des dispositions juridiques contraignantes.

452. Comme les articles 1 et 3, cet article soulevait la question des droits de l'homme. À l'évidence, la protection diplomatique n'était pas reconnue comme un droit de l'homme et ne pouvait pas être mise en œuvre à ce titre. Il a été souligné à nouveau qu'il fallait établir une distinction entre les droits de l'homme et la protection diplomatique étant donné que les associer risquait de créer plus de problèmes que cela n'en résoudrait. En outre, vu l'absence d'interprétation claire du sens et du champ d'application du *jus cogens*, cet article posait d'import-

tants problèmes. De ce fait, la Commission devrait s'en tenir à la notion strictement technique de l'institution et ne devrait pas outrepasser son mandat.

453. Il a été noté en outre que selon cet article, un État avait « l'obligation juridique » d'exercer sa protection diplomatique mais que cette obligation était limitée au cas où la personne lésée en faisait la demande. Il y avait là une contradiction : si l'État avait une obligation, il devait s'en acquitter, à défaut il commettrait un fait illicite. À l'article 4, la « demande » des personnes lésées était liée exclusivement à une violation grave d'une norme de *jus cogens* mais cette formulation réduisait radicalement la portée du droit à la protection diplomatique. Cela impliquait qu'un État n'était tenu d'intervenir que lorsque le *jus cogens* était en cause. L'idée était peut-être que, lorsqu'une règle de *jus cogens* était violée, un État devait intervenir quelles que soient les circonstances et, de fait, plus efficacement, scrupuleusement et volontairement que dans d'autres situations. Cette formulation contredisait les principes de la responsabilité des États selon lesquels, en cas d'atteinte à une norme de *jus cogens*, non seulement l'État de nationalité mais tous les États avaient le droit et le devoir de protéger l'individu.

454. Une autre question soulevée dans le contexte de cet article était la mesure dans laquelle l'individu pouvait formuler lui-même ses prétentions et si le droit de protection diplomatique pouvait être exercé en même temps. Le moment précis auquel l'État devait exercer le droit de protection diplomatique et, s'il l'exerçait, la mesure dans laquelle l'individu demeurait un protagoniste dans l'affaire étaient des questions qui méritaient d'être examinées plus avant. Selon le projet de convention de la faculté de droit de l'Université Harvard sur la responsabilité internationale pour les dommages causés aux étrangers<sup>146</sup>, la priorité devait être donnée à la réclamation de l'État. Cela signifiait-il que la réclamation du national ne serait plus prise en compte, ou si elle l'était, qu'elle ne serait plus au centre du règlement du problème ? Encore une fois, la relation entre les deux réclamations susceptibles d'être présentées en même temps n'apparaissait pas clairement.

455. D'autres membres de la Commission ont eu un point de vue moins sévère à l'égard de l'article 4. Selon eux, cet article revenait à dire qu'en cas de violation grave d'une obligation essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble, un État ne pouvait pas rester inerte; en clair, si un génocide se commettait quelque part, ou si un État avait systématiquement recours à la torture ou à la discrimination raciale comme moyen de gouvernement, les autres États ne pouvaient pas rester sans rien faire. Mais, là encore, cette question ne relevait pas de la protection diplomatique. Il s'agissait d'un problème beaucoup plus général, que les membres de la Commission connaissaient bien, puisque c'était celui des crimes internationaux de l'État. Dans cette hypothèse, les États avaient non seulement le droit, mais aussi le devoir d'agir, sans que le recours à la force soit justifié pour autant. Mais cela ne

voulait pas dire que la protection diplomatique soit le moyen de cette action, parce que ce n'étaient pas les droits et les intérêts des seuls nationaux qu'il s'agissait d'endosser, mais ceux de la communauté internationale dans son ensemble. Cette question relevait non pas de la protection diplomatique mais du sujet, beaucoup plus vaste, de la responsabilité des États, et plus précisément de l'article 51 (Conséquences d'un crime international) du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté en première lecture<sup>147</sup>.

### c) Conclusions du Rapporteur spécial

456. Le Rapporteur spécial a reconnu qu'il avait proposé l'article 4 *de lege ferenda*. Comme il l'avait déjà indiqué, cette proposition bénéficiait du soutien d'un certain nombre d'auteurs, ainsi que de membres de la Sixième Commission et de l'Association de droit international; elle était même inscrite dans des constitutions. Il s'agissait donc d'une tentative de développement progressif du droit international. Mais, de l'avis général, la question n'était pas encore « mûre » pour être abordée par la Commission. La pratique des États et surtout l'*opinio juris* devaient progresser avant que cette question puisse être examinée.

## 6. ARTICLE 5<sup>148</sup>

### a) Présentation par le Rapporteur spécial

457. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'article 5 s'articulait en substance autour du principe énoncé dans l'affaire *Nottebohm*<sup>149</sup>, à savoir la nécessité de l'existence d'un lien effectif entre l'État de nationalité et l'intéressé aux fins de l'exercice de la protection diplomatique. La question était de savoir si ce principe reflétait fidèlement le droit coutumier et s'il devait être ou non codifié. L'affaire *Nottebohm* était considérée comme le fondement de l'opinion selon laquelle il devait y avoir un lien effectif entre l'individu et l'État de nationalité, non seulement en cas de double nationalité ou de pluralité de nationalités, mais aussi lorsque le national ne possédait qu'une seule nationalité. Deux éléments cependant semblaient limiter l'impact de la décision rendue en l'espèce, qui en faisaient une décision atypique. Premièrement, des soupçons pesaient sur la régularité de l'octroi par le Liechtenstein de sa nationalité à M. Nottebohm au regard de son droit interne. Deuxièmement, Nottebohm avait assurément des liens plus étroits avec le Guatemala qu'avec le Liechtenstein. Aussi le Rapporteur spécial croyait-il que, dans cette affaire, la CIJ n'entendait pas se prononcer sur le statut de la nationalité liechtensteinoise de l'intéressé vis-à-vis de tous les États : elle avait pris soin de limiter

<sup>147</sup> Voir *supra* note 16.

<sup>148</sup> Le texte de l'article 5 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

#### « Article 5

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

<sup>149</sup> Voir *supra* note 132.

<sup>146</sup> Reproduit dans L. B. Sohn et R. R. Baxter, "Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", *American Journal of International Law* (Washington), vol. 55, juillet 1961, p. 548.



son arrêt au droit du Liechtenstein d'exercer sa protection diplomatique au profit de Nottebohm vis-à-vis du Guatemala, et avait donc laissé sans réponse la question de savoir si le Liechtenstein aurait pu protéger Nottebohm contre un autre État que le Guatemala.

458. S'agissant de l'application du principe, peu de renseignements sur la pratique des États étaient disponibles, et les auteurs étaient divisés. L'acceptation du principe restreindrait considérablement le champ d'application de la protection diplomatique car, dans le monde moderne, les migrations et la mondialisation faisaient que beaucoup de personnes qui possédaient la nationalité d'un État par naissance ou ascendance n'avaient aucun lien effectif avec cet État. C'est pourquoi le Rapporteur spécial pensait que le principe du lien effectif ne devait pas être appliqué strictement et qu'il ne fallait pas en tirer une règle générale. L'article 5 qu'il proposait disposait donc qu'« aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'État de nationalité est l'État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi ». Il s'appuyait sur deux principes fondamentaux qui régissent le droit de la nationalité. Premièrement, le droit d'un État d'exercer sa protection diplomatique reposait sur l'existence d'un lien de nationalité entre lui et l'intéressé; deuxièmement, il appartenait à chaque État de déterminer par sa législation qui étaient ses ressortissants. L'article tenait compte d'autre part du fait que ce droit, loin d'être absolu, était relatif, ainsi qu'en témoignaient la doctrine, la jurisprudence, la coutume internationale et les principes généraux du droit (par. 95 à 105 du rapport). Par exemple, la naissance et l'ascendance étaient réputées être des facteurs de rattachement satisfaisants pour l'octroi de la nationalité et pour la reconnaissance de celle-ci aux fins de la protection diplomatique. Il en allait de même, en principe, pour l'octroi de la nationalité par naturalisation – qu'il fût de plein droit par détermination de la loi en cas de mariage ou d'adoption, ou qu'il fit suite à une demande de l'intéressé une fois satisfaite la condition de résidence. En revanche, le droit international ne reconnaît pas une naturalisation frauduleusement acquise, ou une naturalisation conférée de manière discriminatoire, ou encore une naturalisation conférée en l'absence de tout lien entre l'État de nationalité et l'intéressé. Dans ce dernier cas, il y aurait abus de droit de la part de l'État conférant sa nationalité, la naturalisation étant ainsi viciée par la mauvaise foi. On présumait néanmoins que l'État était de bonne foi, celui-ci disposant d'une marge d'appréciation lorsqu'il décidait des liens qu'il jugeait nécessaires pour octroyer sa nationalité.

#### b) Résumé du débat

459. Il a été dit que le rapport contenait une quantité d'informations très utiles, notamment sur la jurisprudence pertinente, y compris les décisions rendues par des juridictions spécialisées comme le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran ou la Commission d'indemnisation des Nations Unies. Cependant, l'article 5, qui fondait le droit de protection diplomatique sur la nationalité, ne tenait pas compte de certaines réalités sociales et politiques. Par exemple, dans de nombreuses sociétés traditionnelles, il n'existait pas d'enregistrement des naissances et, dans ces sociétés, de très nombreuses personnes

encore illettrées auraient été bien en peine de prouver leur nationalité. Il y avait aussi le cas des victimes de la guerre ou des réfugiés qui passaient les frontières dans l'urgence et généralement sans papiers et qui pouvaient tout au plus dire d'où ils venaient. Il était évident que, pour toutes ces personnes, réclamer des preuves (et en particulier des preuves documentaires) de leur nationalité n'avait guère de sens. Dans cette optique, le principe de la « nationalité effective » pouvait présenter un intérêt en offrant une base pour établir la nationalité lorsqu'il n'en existait aucune autre. Mais la position du Rapporteur spécial à cet égard ne semblait pas très claire. Après avoir montré une grande circonspection et affirmé dans le commentaire de l'article 5 (par. 117 du rapport) que « le critère de lien effectif proposé dans l'affaire *Nottebohm* érode sérieusement la doctrine classique de la protection diplomatique si on l'applique strictement, car il exclurait littéralement des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique », il revenait à ce principe dans les commentaires des articles 6 et 8 en lui attribuant un rôle considérable et, cette fois, positif. Dans la pratique des États, il était constamment fait référence à la résidence – et non à la nationalité – comme lien de rattachement à prendre en considération pour le règlement de différends. Dans le monde réel, la résidence offrait une base à la protection diplomatique lorsqu'il était impossible d'établir une telle base par des preuves documentaires normales.

460. Certains membres ont soutenu avec insistance que le droit de protection diplomatique ne devrait pas être trop étroitement lié à la nationalité. Il était de plus en plus fréquent à l'époque actuelle que des nationaux établissent leur résidence à l'étranger. Le lieu de résidence créait donc avec l'État hôte un lien tout aussi effectif que la nationalité. Même si c'était faire un pas au-delà de la doctrine traditionnelle, il y avait là une donnée de la vie moderne dont la Commission devait tenir compte. Dans l'étude des articles 5 à 8, la résidence ne devait pas être considérée comme un simple élément accessoire, mais comme un véritable facteur de rattachement.

461. L'avis a aussi été exprimé, toutefois, qu'il ne fallait pas, comme l'avaient dit certains membres, accorder trop d'importance à la « résidence habituelle », sinon la question se poserait de savoir si le fait qu'une personne résidait habituellement dans un État donnait à cet État le droit d'exercer la protection diplomatique même quand la personne en question possédait une autre nationalité *jure soli* ou *jure sanguinis* ou par naturalisation de bonne foi. La situation était différente quand la personne concernée était apatride ou réfugiée, cas qui était traité à l'article 8. L'autre question qui se poserait était celle de savoir si un État dont une personne physique avait acquis la nationalité *jure soli*, *jure sanguinis* ou par naturalisation perdait le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne si elle résidait habituellement dans un autre pays. Selon les membres soutenant ce point de vue, il fallait répondre à ces questions par la négative, sinon la résidence habituelle deviendrait l'ennemi naturel de la protection diplomatique.

462. On a fait observer que la nationalité était un élément pertinent pour l'étude du sujet, mais n'était pas au centre de celui-ci. L'article 5 ne visait pas à couvrir l'ensemble des règles du droit international concernant la nationalité : il offrait une base sur laquelle un État pourrait

contester l'octroi par un autre État de sa nationalité à un individu. Le Rapporteur spécial avait relevé avec raison combien les États étaient sensibles à toute insinuation d'irrégularité dans l'exercice de ce qu'ils considéraient comme leur prérogative souveraine : l'octroi de la nationalité à des individus. Il était donc souhaitable de suivre la ligne de conduite prudente adoptée par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm* et de partir du principe que les États étaient libres d'accorder leur nationalité à des individus. La question de savoir si un individu donné avait ou n'avait pas la nationalité d'un certain État relevait de l'application de la législation de cet État et il valait donc mieux laisser à celui-ci le soin d'en décider. Si l'on suivait l'arrêt *Nottebohm*, l'approche à adopter à l'égard de la condition de nationalité était de permettre à d'autres États, s'ils le souhaitaient, de contester l'existence d'un lien effectif entre un État et son national. On a relevé que le Rapporteur spécial avait fait observer avec raison qu'il existait peu d'exemples, dans la pratique des États, de contestation du caractère effectif de la nationalité. Mais on trouvait encore moins d'exemples de cas où un État ait contesté la façon dont la nationalité avait été accordée par un autre État. Le nombre de cas illustrant l'une ou l'autre approche n'était pas d'une importance décisive : ce qu'il fallait, c'était vérifier si les États auxquels une réclamation était présentée s'estimaient en droit d'opposer le défaut d'effectivité de la nationalité.

463. Si la Commission conservait le critère du lien effectif, elle devrait introduire certaines restrictions pour le rendre applicable dans la pratique. Elle devrait examiner si le défaut d'effectivité de la nationalité d'un individu pouvait être invoqué par n'importe quel autre État pour contester celle-ci, ou si seul l'État qui avait les liens les plus importants avec l'intéressé pouvait faire valoir l'absence de lien effectif avec l'État requérant. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction*<sup>150</sup>, qui concernait une entreprise et non un individu, la CIJ ne s'en était pas moins référée au critère établi dans l'arrêt *Nottebohm*. Sans approuver ce critère, la Cour avait examiné s'il s'appliquait à l'égard du Canada et avait conclu qu'il existait entre la *Barcelona Traction* et le Canada des liens suffisants. En revanche, elle n'avait pas comparé ces liens avec ceux que l'entreprise avait avec l'Espagne, où opéraient ses filiales, ou avec la Belgique, dont la majorité des actionnaires étaient ressortissants. La protection diplomatique reposait sur l'idée que l'État de nationalité était spécialement atteint par le dommage causé ou susceptible d'être causé à un individu. Ce n'était pas une institution conçue pour permettre à des États de présenter des réclamations au nom d'individus en général, mais au nom de leurs propres nationaux. Un État pouvait, s'il le souhaitait, opposer à cette réclamation l'existence d'un lien authentique entre l'individu et un État autre que l'État de nationalité, qu'un tel lien plus fort existât ou non avec lui-même. En l'absence de lien authentique, l'État de nationalité n'était pas spécialement atteint.

464. Il a été dit que l'article 5 était très proche de l'article 3 et donnait une définition du national, plutôt que de l'État de nationalité. Les critères d'octroi de la nationalité qu'il énonçait – naissance, ascendance, naturalisation – étaient pertinents et généralement admis. Une seule de ces

circonstances suffisait pour considérer qu'il existait un lien effectif entre l'État de nationalité et son national, même si ce dernier résidait habituellement dans un autre État. À propos de la résidence habituelle, on a fait remarquer que certains auteurs établissaient une distinction entre naturalisation involontaire et naturalisation volontaire, selon que la nationalité était acquise par adoption, légitimation, reconnaissance, mariage ou quelque autre moyen. La naturalisation elle-même, fût-elle limitée comme elle l'était par le Rapporteur spécial à la naturalisation de bonne foi, demeurait une notion très large, qui revêtait des formes différentes fondées sur différents motifs. Parmi ceux-ci, la résidence habituelle jouait souvent un rôle important, quoique généralement en association avec d'autres facteurs de rattachement.

465. Le critère de la bonne foi, cependant, a été considéré par certains membres comme subjectif et par conséquent difficile à appliquer. On a fait observer que la condition de bonne foi ferait peser sur l'État défendeur la charge de prouver la mauvaise foi, ce qui serait injuste. Mieux valait parler de « naturalisation valide », comme dans l'affaire *Flegenheimer*<sup>151</sup>. Il a été suggéré d'autre part de rendre l'article plus concis en supprimant les mots « par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi ». D'autres membres étaient partisans de conserver ces mots, en ajoutant, à propos de la naturalisation, « conformément au droit international ». Cela a été jugé inacceptable par certains membres au motif que toute référence aux modes d'octroi de la nationalité tend à remettre en question le pouvoir discrétionnaire qu'avait l'État d'accorder sa nationalité conformément à ses propres lois.

466. Il a été déclaré en outre que, par opposition à l'article premier, l'énumération à l'article 5 des conditions d'acquisition de la nationalité donnait l'impression que le droit des États d'accorder leur nationalité se trouvait remis en cause et qu'un État n'était pas fondé à conférer la nationalité sur la base de motifs qui ne seraient pas invoqués de bonne foi. Mais la question qui était en jeu, a-t-on souligné, était plutôt celle de l'opposabilité que de la nationalité. Vue sous cet angle, la question de la nationalité acquise de bonne foi, l'affaire *Nottebohm* et d'autres questions prenaient tout leur sens. L'affaire *Nottebohm* ne concernait pas le droit d'un État d'accorder sa nationalité, mais le droit du Liechtenstein de réclamer contre le Guatemala. Ainsi, selon ce point de vue, les paragraphes 97, 98, 101 et 102 du rapport du Rapporteur spécial devaient être considérés dans l'optique de l'opposabilité et non dans celle du droit d'un État d'accorder sa nationalité, droit qui était pratiquement absolu. La conclusion à laquelle parvenait le Rapporteur spécial au paragraphe 120 de son rapport devait donc être modifiée en conséquence.

467. On a aussi jugé excessive l'affirmation faite au paragraphe 117 du rapport que l'exigence d'un lien effectif proposée par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm* érode sérieusement la doctrine classique de la protection diplomatique. Au contraire, dès l'instant où un individu avait la nationalité d'un État, sur la base d'un des critères énon-

<sup>150</sup> Voir *supra* note 43.

<sup>151</sup> Sentence n° 182 du 20 septembre 1958, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (numéro de vente : 65.V.4), p. 327.

cés, cet État avait la possibilité d'exercer la protection diplomatique. D'autre part, l'observation, au paragraphe 104 du rapport du Rapporteur spécial, que la nationalité n'est pas reconnue dans le cas de naturalisation forcée, bien que pertinente, ne semblait pas tenir compte de la succession d'États, institution qui conférait à l'État successeur le droit d'attribuer sa nationalité massivement et par l'effet de la loi, notamment aux personnes qui possédaient la nationalité de l'État prédécesseur et qui résidaient habituellement sur le territoire de l'État objet de la succession. C'était là une exception importante et reconnue par le droit international à la règle de la naturalisation volontaire.

468. Certains membres de la Commission ont été d'avis qu'il était difficile d'examiner l'article 5 sans évoquer la question du déni de justice et celle de l'épuisement des voies de recours internes. Pour pouvoir imputer un préjudice à un État, il fallait qu'il y ait déni de justice, c'est-à-dire qu'il n'y ait plus d'autre possibilité d'obtenir réparation ou satisfaction de l'État auquel le fait était imputable. Une fois épuisées toutes les voies de recours administratives et judiciaires internes, et si le préjudice causé par la violation de l'obligation internationale n'était pas réparé, la procédure de protection diplomatique pouvait être engagée.

469. L'avis a été émis qu'il était préférable que le projet d'articles vise uniquement le traitement des personnes physiques. Il convenait d'exclure du champ de l'étude les personnes morales, en raison de la difficulté évidente qu'il y aurait à déterminer leur nationalité, laquelle pourrait être celle de l'État où la personne morale avait son siège ou de l'État d'enregistrement, celle des actionnaires ou peut-être même celle du centre principal de décision.

470. D'autres membres de la Commission, en revanche, n'étaient pas d'avis d'inclure dans le texte le déni de justice, car ce serait là s'occuper de règles primaires et la Commission avait déjà décidé de limiter l'étude du sujet aux règles secondaires. Sur le point de savoir si le champ de l'étude devait être limité aux personnes physiques, certains membres de la Commission ont été d'avis qu'il ne fallait à ce stade exclure aucune option; compte tenu de l'expansion du commerce international, les nationaux ayant besoin de la protection diplomatique seraient des actionnaires de sociétés.

### c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

471. Le Rapporteur spécial a déclaré que, comme de nombreux membres de la Commission l'avaient souligné, le sujet à l'étude était la protection diplomatique, non l'acquisition de la nationalité. L'article 5 ne reflétait peut-être pas assez clairement cette distinction. La vraie question était celle de savoir si l'État de nationalité perdait le droit de protéger un individu si celui-ci résidait habituellement sur le territoire d'un autre État. Ce qui était en jeu, ce n'étaient pas tant les circonstances dans lesquelles un État pouvait accorder sa nationalité, mais bien le droit d'un État de protéger un national. La question de l'opposabilité de la nationalité entrainait en jeu, et il fallait remanier l'article pour en tenir compte. Le Rapporteur spécial était d'accord pour modifier la rédaction de l'article 5 en supprimant les mentions relatives à la naissance, à l'ascen-

dance et à la naturalisation. L'emploi de l'expression « de mauvaise foi » avait soulevé des objections : il s'agissait, là aussi, d'une question de rédaction. Ainsi, même s'il avait été présenté de nombreuses suggestions sur la manière d'améliorer l'article 5, personne n'avait remis en cause la nécessité d'une telle disposition. Quant à la question de l'épuisement des voies de recours internes, le Rapporteur spécial était favorable à l'idée d'en traiter dans le cadre des travaux sur la protection diplomatique, même si elle était aussi examinée à propos de la responsabilité des États.

## 7. ARTICLE 6<sup>152</sup>

### a) *Présentation par le Rapporteur spécial*

472. L'article 6 visait l'institution de la dualité ou de la pluralité de nationalités, phénomène qui était un fait de la vie internationale, même si tous les États ne la reconnaissaient pas. La question était de savoir si un État de nationalité pouvait exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État de nationalité en faveur d'un national possédant deux ou plusieurs nationalités. Cette question était envisagée différemment selon qu'il s'agissait des efforts de codification, de la pratique des États, de la jurisprudence ou de la doctrine, tels qu'ils étaient exposés dans le rapport (par. 122 à 159), mais les sources les plus récentes semblaient aller dans le sens de la règle préconisée à l'article 6 : sous certaines réserves, un État de nationalité pouvait exercer sa protection diplomatique en faveur d'un national ayant subi un préjudice contre un autre État dont l'intéressé était également le national, lorsque la nationalité dominante de l'intéressé était celle du premier État. Le critère de la nationalité dominante ou effective était important et les tribunaux devaient apprécier avec soin si l'intéressé avait des liens plus étroits avec un État qu'avec un autre.

### b) *Résumé du débat*

473. Différents points de vue ont été exprimés au sujet de l'article 6. Certains membres se sont déclarés favorables au principe de cet article et à l'inclusion d'une mention visant la nationalité « dominante et effective ». D'autres éprouvaient des difficultés à l'égard de la proposition centrale de l'article. D'autres membres encore sont intervenus à propos d'aspects particuliers de la formulation de l'article.

474. Certains membres ont déclaré que, nonobstant la règle classique de la non-responsabilité de l'État à l'égard de ses propres nationaux, l'article 6 devait être retenu, pour les raisons qu'indiquait le Rapporteur spécial dans

<sup>152</sup> Le texte de l'article 6 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

#### *« Article 6*

Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 9, l'État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un national qui a subi un préjudice à l'encontre d'un État dont la victime du préjudice est également un national lorsque la nationalité [dominante] [effective] de celui-ci est celle du premier État en question. »

son rapport. Même si, comme il le faisait observer dans le paragraphe 153, la détermination de la nationalité effective ou dominante pouvait poser des problèmes, elle n'en était pas moins possible. Entre deux États de nationalité, l'État demandeur l'emporterait en pratique si la balance des nationalités penchait de façon manifeste en sa faveur. En cas de doute sur l'existence d'une nationalité effective ou dominante, entre celle de l'État demandeur et celle de l'État défendeur, il fallait trancher en faveur de l'État défendeur.

475. Les membres favorables à l'article 6 ont noté que, dans la jurisprudence, les critères de la nationalité « dominante » et de la nationalité « effective » semblaient être considérés comme interchangeable. Une certaine préférence a été exprimée en faveur de la notion de « nationalité dominante », qui supposait que l'un des deux liens de nationalité était plus fort que l'autre. L'expression « nationalité effective », en revanche, pouvait laisser penser qu'aucun des liens de nationalité ne suffisait à asseoir le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique. Dans le cas d'une personne ayant une double nationalité, par exemple, on pourrait soutenir que ni l'un ni l'autre des deux liens de nationalité n'était effectif. Il s'en suivrait alors qu'aucun des deux États ne pourrait exercer sa protection diplomatique. Le Rapporteur spécial s'est associé aux membres qui préféraient le mot « dominant » à celui d'« effectif » car il s'agissait de comparer les liens qu'un individu avait respectivement avec un État et avec un autre. Cependant, il ne souscrivait pas entièrement aux raisons indiquées pour justifier cette préférence; en effet, la nationalité acquise par la naissance pouvait très bien être une nationalité effective : tout dépendait de l'extension que l'on donnerait à la définition du mot « effectif ».

476. D'autres membres étaient partisans de la règle de la non-responsabilité de l'État à l'égard de ses propres nationaux et ont avancé plusieurs arguments en sa faveur. L'accent a été mis en particulier sur l'article 4 de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (ci-après dénommée « Convention de La Haye de 1930 ») qui allait à l'encontre de cette façon de voir, puisqu'il disposait : « Un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national ». Il n'était pas légitime qu'un double national bénéficie d'une protection à l'encontre d'un État auquel il devait loyauté et fidélité.

477. Ces membres ont reconnu qu'en même temps que le principe de la nationalité dominante ou effective voyait le jour, l'approche de la question de l'exercice de la protection diplomatique au profit de personnes ayant une double nationalité ou une pluralité de nationalités avait considérablement évolué. Le Rapporteur spécial donnait beaucoup d'exemples, principalement des décisions judiciaires, allant de l'affaire *Nottebohm*<sup>153</sup> à la jurisprudence du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, d'application du principe de la nationalité dominante ou effective dans des cas de double nationalité. Il en concluait au paragraphe 160 de son rapport que « le principe contenu à l'article 6 rend correctement compte de l'état

actuel du droit international coutumier et est conforme à l'évolution du droit international relatif aux droits de l'homme, qui accorde une protection juridique même à l'encontre de l'État dont les intéressés sont ressortissants ». La situation cependant n'était pas aussi simple. Comme le Rapporteur spécial l'admettait lui-même au paragraphe 146 de son rapport, les juristes étaient divisés sur l'applicabilité du principe de la nationalité dominante. Il a été dit que, même si la pluralité de nationalités était désormais mieux tolérée par les États que 30 ou 50 ans plus tôt, beaucoup d'États consacraient néanmoins dans leur droit interne la règle exprimée à l'article 3 de la Convention de La Haye de 1930, à savoir qu'« un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant ». Malgré l'affaire *Nottebohm*, qui continuait à être perçue comme la référence de base, le principe de l'égalité souveraine des États bénéficiait toujours d'un fort soutien. Dans les cas où la double nationalité était bien établie, l'application sans discernement du principe de la nationalité dominante ou effective pourrait avoir des conséquences absurdes et risquerait de saper la souveraineté des États. En outre, la double nationalité conférait à ses titulaires un certain nombre d'avantages et l'on ne voyait pas pourquoi ils ne devraient pas aussi être exposés à certains inconvénients.

478. On a souligné que le principe de la nationalité dominante ou effective avait sa place dans les cas de double nationalité lorsque la protection diplomatique était exercée par l'un des États dont l'intéressé avait la nationalité à l'encontre d'un État tiers. En revanche, lorsqu'il s'agissait d'appliquer ce principe contre l'autre État dont l'intéressé avait aussi la nationalité, la codification d'une telle règle n'était pas encore suffisamment justifiée par l'état du droit international coutumier. Si, par ailleurs, on envisageait l'article 6 dans l'optique du développement progressif du droit international, le principal critère, déterminant la possibilité pour un État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État de nationalité, ne devait pas être le caractère dominant de la nationalité de l'État demandeur, mais plutôt l'absence de lien authentique et effectif entre l'intéressé et l'État défendeur.

479. Les partisans de l'article 6 ont réaffirmé que celui-ci reflétait la tendance actuelle du droit international et rejeté l'argument selon lequel les doubles nationaux devaient être désavantagés sur le plan de la protection diplomatique en raison des avantages qu'ils pourraient tirer de leur double nationalité.

### c) Conclusions du Rapporteur spécial

480. Le Rapporteur spécial a admis que l'article 6 présentait de grandes difficultés et avait suscité des opinions nettement partagées. Il a reconnu qu'il serait plus approprié de le placer après l'article 7. À la différence de certains membres, il ne considérait pas que cet article marquait un développement progressif du droit international. Deux points de vue existaient, tous deux fondés sur de solides arguments, et il appartenait à la Commission de choisir entre des principes concurrents. Le Rapporteur spécial a souligné que beaucoup d'États n'autorisaient pas leurs nationaux à renoncer à leur nationalité ou à la

<sup>153</sup> Voir *supra* note 132.

perdre. Il pouvait arriver qu'une personne ayant renoncé à tous ses liens avec l'État de nationalité et acquis la nationalité d'un autre État reste cependant liée formellement par un lien de nationalité avec l'État d'origine. Cela signifierait que si l'intéressé se trouvait lésé par l'État d'origine, le second État de nationalité ne pourrait le faire bénéficier de sa protection. De toute évidence, le projet devait comporter une disposition couvrant la matière contenue dans l'article 6.

## 8. ARTICLE 7<sup>154</sup>

### a) Présentation par le Rapporteur spécial

481. Le Rapporteur spécial a déclaré que l'article 7, qui avait pour objet l'exercice de la protection diplomatique en faveur de personnes ayant une double ou une multiple nationalité contre des États tiers, c'est-à-dire des États dont l'intéressé n'avait pas la nationalité, prévoyait que n'importe quel État de nationalité pouvait exercer sa protection diplomatique sans avoir à administrer la preuve de l'existence d'un lien effectif entre lui-même et l'intéressé. Il s'agissait, sur fond d'opinions divergentes, d'une règle de compromis, étayée par la jurisprudence du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran et de la Commission d'indemnisation des Nations Unies.

### b) Résumé du débat

482. De nombreux membres se sont déclarés favorables au principe de l'article 7. L'avis a été exprimé que le paragraphe 1 de cet article ne faisait que refléter le contenu de l'article 5, sans rien y ajouter. Un appui s'est exprimé en faveur de l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle il n'y avait pas lieu d'appliquer le principe de la nationalité effective ou dominante dans les cas où un des États de nationalité cherchait à protéger un double national contre un autre État dont l'intéressé n'avait pas la nationalité. A de même bénéficié d'un appui la proposition figurant au paragraphe 170 du rapport du Rapporteur spécial selon laquelle la meilleure façon de résoudre les divergences relatives à la condition du lien effectif dans les cas de double nationalité impliquant des États tiers était d'exiger seulement de l'État demandeur qu'il démontre l'existence d'un lien de nationalité constitué de bonne foi entre lui et la personne lésée.

483. On s'est cependant inquiété de voir que le Rapporteur spécial semblait rejeter le principe de la nationalité dominante ou effective qu'il avait cherché à appliquer dans l'article 6. Au paragraphe 173 de son rapport, le

Rapporteur spécial reconnaissait que l'État défendeur avait le droit de soulever une exception lorsque la nationalité de l'État demandeur avait été acquise de mauvaise foi. Pour l'intervenant, ce lien de la nationalité acquise de bonne foi ne pouvait supplanter entièrement le principe de la nationalité dominante ou effective tel qu'il était formulé à l'article 5 de la Convention de La Haye de 1930 et confirmé par la jurisprudence ultérieure, notamment l'arrêt *Nottebohm*. Bien entendu, la question se posait de savoir s'il fallait donner à la notion de bonne foi une interprétation large ou restrictive dans le contexte de l'article à l'examen. Le Rapporteur spécial, toutefois, semblait avoir adopté une approche purement formelle de la nationalité, sans se préoccuper de l'existence d'un lien effectif entre la personne concernée et les États en cause. Sur ce point, selon l'intervenant, si l'on pouvait laisser de côté le principe de la nationalité dominante, il faudrait néanmoins insérer à l'article 7 une disposition de sauvegarde empêchant que cet article puisse être utilisé par un État pour exercer sa protection diplomatique au profit d'une personne ayant plusieurs nationalités, en l'absence de lien effectif avec cette personne.

484. À propos du paragraphe 2, l'idée d'un exercice conjoint de la protection diplomatique par deux ou plusieurs États de nationalité a été jugée acceptable. Néanmoins, il faudrait prévoir dans l'article 7 ou dans le commentaire l'éventualité où deux États de nationalité exerceraient leur protection diplomatique simultanément mais séparément contre un État tiers au profit d'un binational. En pareil cas, l'État tiers devrait pouvoir exiger l'application du principe de la nationalité dominante pour dénier à l'un des États demandeurs le droit de protection diplomatique. Des difficultés pourraient également surgir au cas où l'un des États de nationalité renoncerait à son droit d'exercer la protection diplomatique ou se déclarerait satisfait par la réponse apportée par l'État défendeur, tandis que l'autre État de nationalité maintiendrait sa réclamation.

### c) Conclusions du Rapporteur spécial

485. Le Rapporteur spécial a noté que l'article 7 bénéficiait d'un large appui; d'utiles suggestions de rédaction avaient été faites et le principe énoncé dans l'article n'avait pas été sérieusement mis en question.

## 9. ARTICLE 8<sup>155</sup>

### a) Présentation par le Rapporteur spécial

486. Le Rapporteur spécial a déclaré que la règle énoncée à l'article 8, qui visait l'exercice de la protection

<sup>154</sup> Le texte de l'article 7 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

#### « Article 7

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

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

<sup>155</sup> Le texte de l'article 8 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

#### « Article 8

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

diplomatique à l'égard des apatrides et des réfugiés, relevait du développement progressif du droit international. Elle s'écartait nettement de la position traditionnelle illustrée par l'affaire *Dickson Car Wheel Company*<sup>156</sup>. Il existait plusieurs conventions sur les apatrides et les réfugiés, élaborées en particulier depuis la fin de la seconde guerre mondiale, mais aucune n'abordait la question de leur protection diplomatique. Beaucoup d'auteurs considéraient qu'il y avait là une lacune qu'il convenait de combler, car il fallait qu'un État ou un autre fût en mesure d'exercer sa protection à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié. Cet État devrait être l'État de résidence, étant donné que la résidence était un aspect important de la relation d'un individu avec l'État, comme le montrait la jurisprudence du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran. Restait à savoir si la Commission était prête à s'engager sur cette voie.

#### b) Résumé du débat

487. Il a été généralement admis que l'article 8 ressortissait au développement progressif du droit international. Un tel développement du droit international, toutefois, était justifié dans le droit international contemporain, qui ne pouvait être indifférent au sort des réfugiés et des apatrides. L'article 8 était une réaffirmation du rôle de l'institution de la protection diplomatique, à savoir contribuer à la réalisation d'un objectif fondamental du droit international, celui d'une coexistence civilisée fondée sur la justice, et montrait de manière exemplaire comment la Commission pouvait, le moment venu et dans un domaine approprié, s'acquitter d'une de ses fonctions majeures, développer progressivement le droit international. Le problème de la protection des apatrides et des réfugiés était des plus pertinents car les personnes entrant dans ces catégories se comptaient, dans le monde, par millions. On a émis l'avis qu'il fallait, dans certaines circonstances particulières, prendre en compte d'autres critères que la nationalité et que le cas des réfugiés et des apatrides méritait certainement un examen attentif. Il fallait voir si l'on pouvait établir un parallèle avec la nationalité lorsque la résidence habituelle était en cause.

488. Certains membres, toutefois, ont mis en doute la validité de l'article 8. Selon eux, même si les conventions relatives aux droits de l'homme offraient aux apatrides et aux réfugiés une certaine protection, la plupart des États de résidence n'entendaient pas étendre à ces deux groupes leur protection diplomatique. Un certain nombre de décisions judiciaires avaient fait ressortir qu'un État ne pouvait commettre un fait internationalement illicite à l'encontre d'une personne apatride et que, par conséquent, aucun État n'était habilité à intervenir ou introduire une réclamation au nom d'une telle personne. La Convention relative au statut des réfugiés indiquait clairement que la délivrance de documents de voyage ne conférait à leur titulaire aucun droit à la protection des autorités diplomatiques ou consulaires du pays de délivrance, pas plus qu'elle ne conférait à ces autorités le droit d'exercer leur protection. La Convention sur la réduction des cas d'apatridie était muette sur la question de la protection.

En dépit des développements intervenus dans les années récentes en matière de protection des réfugiés et des apatrides, il était encore prématuré, semblait-il, de s'occuper de la question de la protection diplomatique de ces deux catégories de personnes.

489. Certains membres se sont inquiétés à l'idée que la protection diplomatique prévue à l'article 8 puisse être considérée comme un droit de l'individu vis-à-vis de l'État habilité à lui accorder cette protection, ce qui ferait peser une charge supplémentaire sur les États d'asile ou les États accueillant des réfugiés et des apatrides. Dans le domaine de la protection des réfugiés, le mieux pouvait être l'ennemi du bien. Si les États en arrivaient à penser qu'accorder le statut de réfugié était le premier pas vers l'octroi de la nationalité, et que tout exercice de la protection diplomatique revenait en fait à déclarer à l'individu concerné que l'octroi du statut de réfugié entraînait celui de la nationalité, il y aurait là un autre facteur de nature à les dissuader d'accorder le statut de réfugié. Le statut de réfugié, au sens classique du terme, était une arme extrêmement importante dans la protection des individus contre la persécution ou la crainte fondée de persécution. Si la Commission chargeait trop la barque, les graves difficultés que l'on éprouvait déjà à maintenir le système classique ne feraient que s'exacerber. Mais si la protection diplomatique était conçue comme une initiative laissée à la discrétion de l'État, et non comme un droit de l'individu, l'article, moyennant une modification relative aux conditions auxquelles cette protection pourrait être exercée, serait plus acceptable pour ces membres. Certains membres, tout en sympathisant avec ceux qui avaient exprimé la crainte que la faculté offerte aux États d'accueil ne devienne en fait une charge, ont néanmoins estimé que les États de résidence ne devaient pas se voir refuser le droit d'exercer leur protection diplomatique au profit des apatrides ou des réfugiés se trouvant sur leur territoire. Peut-être n'exerceraient-ils pas ce droit très souvent, mais il ne saurait leur être dénié. Sous réserve de scinder l'article 8 en deux dispositions distinctes traitant, respectivement, des apatrides et des réfugiés, ces membres étaient partisans de conserver le texte du Rapporteur spécial.

490. Un orateur a souligné que lorsqu'un État hôte se sentait contraint, pour des raisons d'ordre moral ou pratique, de prendre fait et cause pour des personnes se trouvant sur son territoire vis-à-vis d'États tiers, il ne fallait pas voir dans cette initiative une obligation juridique mais un choix discrétionnaire. Ce membre s'est dit convaincu qu'à aucun moment le Rapporteur spécial n'avait voulu laisser entendre que l'octroi du statut de réfugié était l'avant-dernière étape du processus d'octroi d'un droit de nationalité. Un État pouvait, pour des raisons humanitaires, épouser certaines revendications de réfugiés, en mettant ceux-ci sur le même plan que ses nationaux parce qu'il n'y avait personne d'autre pour défendre leur cause.

491. À propos de la résidence, certains membres ont estimé qu'il serait utile d'exiger une certaine durée de résidence dans le pays hôte avant que la personne réfugiée ou apatride puisse demander la protection diplomatique. D'autres membres, quant à eux, étaient plutôt favorables à l'exigence d'un « lien effectif ».

<sup>156</sup> *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States*, décision de juillet 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 669 et suiv.

492. Certains membres ont estimé que si la protection diplomatique ne devait pas s'exercer contre l'État de nationalité du réfugié dans le cas de réclamations ayant trait à des faits antérieurs à l'octroi du statut de réfugié, il ne devait en revanche y avoir aucune hésitation quand il s'agissait de faits postérieurs à l'octroi de ce statut.

493. Des membres qui s'inquiétaient du fardeau que l'exercice de la protection diplomatique au profit des réfugiés risquait d'imposer à l'État hôte ont suggéré que le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés accorde une protection « fonctionnelle » aux réfugiés comme le faisaient les organisations internationales pour leur personnel.

c) *Conclusions du Rapporteur spécial*

494. Le Rapporteur spécial a dit que l'article 8 était clairement une tentative de développement progressif du droit international et que les membres de la Commission s'étaient exprimés en sa faveur à une très forte majorité. Les objections qui avaient été soulevées n'étaient pas pleinement fondées. Premièrement, l'État hôte se réservait le droit d'exercer sa protection diplomatique et avait donc en la matière un pouvoir discrétionnaire. Deuxièmement, personne n'avait laissé entendre que l'État ayant offert l'asile à un individu pouvait tenter une action contre l'État d'origine. Ce point ressortait clairement des paragraphes 183 et 184 du rapport mais pourrait peut-être être précisé davantage dans l'article lui-même. Troisièmement, il était peu probable que cette disposition donne lieu à un usage abusif : les apatrides et les réfugiés résidant dans un État donné auraient sans doute peu d'occasions de se rendre à l'étranger, car l'État de résidence serait alors tenu de leur fournir des documents de voyage, ce qui était peu fréquent dans la pratique. Ce n'était que lorsqu'une personne utilisant de tels documents avait subi un préjudice dans un État tiers autre que l'État d'origine qu'il pouvait devenir nécessaire d'exercer la protection diplomatique. Plusieurs améliorations avaient été suggérées, notamment celle consistant à scinder l'article en deux parties, l'une consacrée aux apatrides et l'autre aux réfugiés.

10. RAPPORT SUR LES CONSULTATIONS OFFICIEUSES

495. À sa 2624<sup>e</sup> séance, la Commission a constitué un groupe de consultation informel ouvert à tous les membres et présidé par le Rapporteur spécial, chargé de tenir des consultations officieuses sur les articles 1, 3 et 6. Le rapport présenté à l'issue de ces consultations officieuses est reproduit ci-dessous :

« A. Les discussions ont surtout porté sur l'article premier qui tend à décrire le champ d'application de l'étude.

1. Il a été convenu que l'article premier ne devrait pas comporter de référence au déni de justice et qu'il serait inutile de rédiger une disposition de fond sur ce sujet car il s'agit essentiellement d'une règle primaire. Par ailleurs, il a été convenu que le déni de justice devrait être mentionné comme un exemple de fait internationalement illicite dans le commentaire relatif à l'article premier. En

outre, il a été souligné que des éléments de cette notion devraient être pris en considération dans la disposition concernant l'épuisement des recours internes.

2. Il a été convenu qu'il ne devrait pas y avoir de clause d'exclusion attachée à l'article premier. Par ailleurs, le commentaire devrait indiquer clairement que le projet d'articles ne traiterait pas des questions suivantes :

a) La protection fonctionnelle accordée par des organisations internationales;

b) La protection de diplomates, de consuls et d'autres agents des États agissant à titre officiel;

c) Les immunités diplomatiques et consulaires;

d) La défense de l'intérêt d'un national qui ne s'inscrit pas dans le cadre d'une revendication d'un droit.

3. Il a été convenu que le projet d'articles tendrait – à ce stade – à viser la protection à la fois des personnes physiques et des personnes morales. En conséquence, l'article premier se référerait simplement aux “nationaux”, terme assez large pour s'appliquer aux deux catégories de personnes. La protection des personnes morales soulève toutefois des problèmes particuliers et il est admis que la Commission voudra peut-être, à une phase ultérieure, réexaminer la possibilité d'inclure ou non la protection des personnes morales.

4. Il a été estimé que l'inclusion d'une référence aux procédures “pacifiques” à l'article premier pourrait dispenser de la nécessité de mentionner une interdiction expresse du recours à la force (voir ci-après la première option).

Il est recommandé que, compte tenu des discussions du groupe de consultation informel, les options suivantes concernant l'article premier soient examinées par le Comité de rédaction :

PREMIÈRE OPTION

1) On entend par protection diplomatique toute procédure engagée par un État vis-à-vis d'un autre État consistant en une action diplomatique ou une procédure judiciaire [ou d'autres moyens de règlement *pacifique* des différends?] [dans les limites du droit international ?] à raison du préjudice causé à l'un des nationaux du premier État par un fait internationalement illicite imputable au deuxième État.

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

DEUXIÈME OPTION

La protection diplomatique est un processus par lequel un État reprend à son compte la réclamation de ses nationaux, etc. [la suite est essentiellement la même que dans la première option].

## TROISIÈME OPTION

1) La protection diplomatique est un processus consistant en une action diplomatique ou judiciaire [ou d'autres moyens de règlement pacifique des différends] par lequel un État fait valoir des droits au nom de ses nationaux au niveau international à raison du préjudice causé à l'un de ses nationaux par un fait internationalement illicite d'un autre État vis-à-vis de cet État.

B. L'article 3 n'a donné lieu qu'à très peu de débats. Il est donc recommandé que l'article suivant soit renvoyé au Comité de rédaction :

## "Article 3

L'État de nationalité a le droit d'exercer [est habilité à exercer ?] la protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux [ou de non-nationaux tels qu'ils sont définis à l'article 8] lésé par un fait internationalement illicite d'un autre État."

Il a été considéré qu'une réaffirmation du *droit* d'un État d'exercer la protection diplomatique pourrait être interprétée comme une approbation du pouvoir discrétionnaire absolu d'un État d'accorder ou de refuser sa protection à l'égard d'un de ses nationaux. Cela compromettrait les efforts en droit interne tendant à contraindre les États à exercer la protection diplomatique à l'égard de leurs nationaux. Cela explique le remplacement du mot "droit" par "habilité à".

C. L'article 6 a fait l'objet de consultations officieuses pour surmonter les divergences d'opinions au sein de la Commission concernant la question de savoir si l'État de nationalité dominante ou effective pourrait exercer la protection diplomatique vis-à-vis d'un autre État de nationalité. Le groupe de consultation informel a reconnu que les "sources se contredisent", mais a admis que l'article 6 était conforme aux ten-

dances actuelles du droit international. Il a toutefois été convenu que le Comité de rédaction étudierait la possibilité d'inclure des garanties contre un abus du principe énoncé à l'article 6. Cela pourra être fait :

1) En accordant une plus grande importance à la restriction figurant au paragraphe 4 de l'article 9 dans la mesure où elle a des effets sur l'article 6;

2) En soulignant que le national ne devrait pas avoir de lien effectif avec l'État défendeur; et

3) En faisant figurer une définition des termes [nationalité] "dominante" ou "effective" dans une disposition distincte.

Il est recommandé que l'article 6 soit renvoyé au Comité de rédaction :

## "Article 6

Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 9, l'État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un national qui a subi un préjudice à l'encontre d'un État dont la victime du préjudice est également un national lorsque la nationalité [dominante] [effective] de celui-ci est celle du premier État en question."

## "Article 9 (par. 4)

Le nouvel État de nationalité ne peut exercer sa protection diplomatique contre un État de nationalité antérieur à raison d'un dommage subi durant la période au cours de laquelle la personne ne possédait la nationalité que de ce dernier État."

D. Aucune objection n'a été soulevée à l'encontre du renvoi des articles 5, 7 et 8 au Comité de rédaction.

Il est donc recommandé que les articles 1, 3, 5, 6, 7 et 8 soient renvoyés au Comité de rédaction. »