

Réflexion sur la protection diplomatique de l'individu en droit international

Par : Abira GALEBAY

Traditionnellement reconnue par le droit international public, la protection diplomatique est le droit pour un Etat de présenter une réclamation internationale à l'encontre d'un autre Etat ou d'une organisation internationale lorsqu'un de ses ressortissants a été victime d'un fait internationalement illicite de la part de ce dernier²⁹⁴. C'est un privilège élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de son ressortissant le droit international²⁹⁵. En effet, qu'est-ce que la protection diplomatique de l'individu ? Telle est la question que peut, légitimement, se poser tout internationaliste en réaction à ce concept qui fait flores dans le langage diplomatique. A l'origine, la protection diplomatique est synonyme de protection des nationaux. Elle est exclue de la protection des étrangers. Elle ne peut être exercée que s'il y a violation d'une obligation internationale, si, en règle générale, le particulier protégé a la nationalité de l'Etat qui

²⁹⁴ Voir SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant /AUF, 2001, pp.904-905 ; Voir BORCHARD(E), *Les principes de la protection diplomatique des nationaux à l'étranger* in Bibliothèque Visseriana, 1923, III, pp.1-53 et le Rapport de l'institut de droit international in *Annuaire, 1931, T. I, p.256* ; ROUSSEAU(Ch.), *La protection diplomatique*, in *Cours de doctorat, Paris, les cours de droit international, 1963, p.248*. Sur le plan de la protection des droits et des libertés fondamentales de l'individu, les Nations Unies ont joué un rôle particulièrement important à travers la Déclaration universelle des droits de l'homme qui fut adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 1948 à Paris. Proclamation d'un idéal, elle précise la Charte des Nations Unies et ses dispositions sont juridiquement obligatoires quand elles sont reprises dans les traités ou quand elles sont inscrites dans les préambules des Constitutions d'Etats.

²⁹⁵ Voir l'arrêt de la Cour Permanente de Justice Internationale (C.P.J.I.), relatif aux concessions Mavrommatis en Palestine du 30 août 1924, série A, n°2, p.12.

présente la réclamation et si ce particulier a épuisé tous les recours internes. Elle peut s'exercer par le biais des négociations diplomatiques ou de tout autre moyen de règlement des différends, y compris l'action juridictionnelle ou arbitrale²⁹⁶.

Classiquement, la protection diplomatique de l'individu est expliquée par le principe de l'endossement de la réclamation²⁹⁷. Cette conception de la protection diplomatique de l'individu fait aujourd'hui l'objet de vives critiques de la part de certains auteurs qui dénoncent le caractère artificiel de la fiction qui le sous-tend.

Au sens extensif, c'est le fait pour un Etat d'exercer sa protection en faveur d'une personne physique ou morale à l'égard de laquelle il bénéficie d'une compétence particulière tel que le cas d'apatride, réfugié, résident permanent, agent. Dans cette hypothèse, par définition, la condition de la nationalité n'est plus alors exigée. Quant à la nature de la protection, c'est le droit d'une mission diplomatique d'intervenir auprès de l'Etat accréditaire en faveur des droits ou intérêts d'un ou de l'ensemble de ses ressortissants se trouvant sur le territoire de ce dernier²⁹⁸.

Les fonctions d'une mission diplomatique consiste notamment à protéger dans l'Etat accréditaire les intérêts de l'accréditant et de ses ressortissants dans les limites admises par le droit international. Cette forme de protection diplomatique n'exige pas l'existence d'un fait illicite international, encore moins l'épuisement des recours internes. Il suffit que les intérêts ou les droits des ressortissants soient menacés pour que la mission diplomatique puisse intervenir. Cette fonction est similaire à la protection consulaire²⁹⁹.

Le concept de protection diplomatique peut englober celui de « simples démarches diplomatiques » sauf si le texte exclut cette hypothèse. Pour l'application de l'alinéa 1 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques indique que la

²⁹⁶ Voir NGUYEN QUOC DIN, DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, 6^{ème} édition, L.G.D.J. 1999, p.1455, et notamment sur la compétence personnelle des Etats, pp.487 et s.

²⁹⁷ Sur les origines de la protection diplomatique, il est possible de se référer au Cour de droit international public de VISCHER (P), in *R.C.A. D.I.*, 1972, vol.136, et notamment ses développements sur la protection diplomatique pp.154 et S.

²⁹⁸ En effet, avec l'affirmation de la souveraineté des Etats sur les hommes, les biens et les territoires, au droit subjectif de l'individu succède un droit subjectif de l'Etat. Au système des lettres de représailles succède à celui de la protection diplomatique. Cette théorie, dont la paternité doctrinale revient à Vattel, fait alors de la protection diplomatique un droit propre de l'Etat. Dans son ouvrage *le Droit des gens*, éditions Neuchâtel, 1758, p.453.

²⁹⁹ Voir MOUSSA (F.), *Manuel de pratique diplomatique*, Bruylant, Bruxelles, 1972, p.154.

protection diplomatique ne vise pas les simples démarches diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement du différend³⁰⁰.

S'agissant de la protection fonctionnelle, elle est faite par une organisation internationale de présenter une réclamation à l'encontre d'un Etat ou d'une autre organisation internationale responsable d'un fait illicite à l'égard d'un de ses agents. Cette protection est dite fonctionnelle car elle repose sur le rapport de fonction existant entre l'organisation et son agent³⁰¹.

Pour que l'agent puisse s'acquitter de ses devoirs de façon satisfaisante, il faut qu'il se sente que cette protection lui est assurée par l'organisation et qu'il peut compter sur elle. Afin de garantir l'indépendance de l'agent en conséquence, l'action indépendante de l'organisation elle-même, il est essentiel que l'agent, dans l'exercice de ses fonctions, n'ait pas besoin de compter sur une protection que celle de l'organisation. A considérer le caractère des fonctions confiées à l'organisation et la nature des missions de ses agents, il devient évident que la qualité de l'Organisation pour exercer dans une certaine mesure, une protection fonctionnelle de ses agents est nécessairement impliquée par la Charte³⁰². Au cas où un agent des nations Unies subit, dans l'exercice de ses fonctions, un dommage dans des conditions de nature à engager la responsabilité d'un Etat Membre de l'Organisation, celle-ci a qualité pour présenter contre le gouvernement de *jure ou de facto* responsable une réclamation internationale en vue d'obtenir la réparation du dommage causé à la victime ou à ses ayants droit³⁰³. Cette protection diplomatique peut entrer en conflit avec la protection diplomatique. En effet, le droit de protection diplomatique appartenant à l'Etat et le droit de protection fonctionnelle appartenant à l'Organisation peuvent se trouver en l'occurrence. En pareil cas, il n'existe pas de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre³⁰⁴.

³⁰⁰ Voir La Convention pour le Règlement des différends internationaux relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, articles 27§ 2, in *R.T.N.U.*, vol. 575, p.159.

³⁰¹ Voir L'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice sur la réparation des dommages subies au service des Nations Unies dans l'arrêt du 11 avril 1949, Rec1949, pp.183-184.

³⁰² Voir BASTID (S.), *Cours de droit international public*, tome I, 1976-1977, Les Cours de droit, p.641.

³⁰³ BERLIA(G), Contribution à l'étude de la protection diplomatique, *A.F.D.I.*, 1957, pp.63-72 ; DIEZ DE VELASCO(M), *Protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, in *R.C.A.D.I.*, Paris, 1974, vol.141, pp.187-484.

³⁰⁴ Il s'agit de l'acte de la fonction accompli par un agent de l'Etat ou une organisation internationale dans l'exercice de ses fonctions. Cette expression trouve application dans le domaine de la responsabilité internationale : ce sont les actes accomplis par un organe à des qualités qui sont imputables au sujet de droit dont il relève. Les actes officiels accomplis par un agent diplomatique dans l'exercice de ses fonctions sont des actes de l'Etat. Voir ROBERTO (A), 408^{ème} séance, 31 mai 1957, *A.C.D.I.*, 1957, tome I, p.132, §9.

En effet, l'actualité internationale abonde de cas où un individu, lésé dans ses droits par les autorités d'un Etat étranger, sur le territoire duquel il réside ou tout simplement séjourne, fait appel à son Etat national pour défendre ses droits qui ont été bafoués. La place de l'individu en droit international est floue et mal définie. En partant de ce constat, comment peut-il se protéger efficacement sur la scène internationale ? Par le biais d'un Etat. Combien de fois assiste-t-on à une intervention étatique en faveur d'un national, dans le but premier de le protéger et de sauvegarder l'intégrité des droits dont il est le titulaire ou le bénéficiaire. Les appels au secours d'un national à son gouvernement, s'ils ne restent pas lettre morte, ont alors pour conséquence que l'Etat mettra tout en œuvre, au plan international et dans la mesure du possible, pour prendre fait et cause pour son ressortissant lésé. L'intervention de l'Etat en faveur de son ressortissant a pour but de rétablir la situation, de la rendre identique ou similaire à ce qu'elle était précédemment à l'outrage subi ou bien de permettre la réparation éventuelle du dommage.

L'Etat peut être considéré comme la forme la plus aboutie d'organisation humaine et sociale. En droit international, tant la doctrine que la jurisprudence, s'accordent à reconnaître que l'Etat, en tant qu'entité souveraine, se caractérise par la réunion de trois éléments constitutifs et cumulatifs que sont la population, le territoire et l'autorité politique. Parmi ces trois éléments, deux vont, de par leur nature, se rattacher directement au caractère international de l'Etat, le territoire et la population. Dans le cadre de cette étude, nous allons nous intéresser plus particulièrement à l'élément «population» de l'Etat³⁰⁵. En effet, l'Etat doit avant tout considéré comme un groupement d'individus. Or qui dit population, dit devoirs et obligations étatiques envers celle-ci. Dès lors, l'Etat n'existera qu'en vue de missions précises, dont celle de protéger les individus qui le composent, où qu'ils se trouvent, pourvu qu'ils soient ses nationaux. Il existe donc, à la charge de l'Etat une obligation générale de protéger ses nationaux. Cette obligation de protection de ses ressortissants est perçue alors comme une de ses missions sacrées et fondamentales. Ce sera sur cette considération première que va se fonder et se justifier l'Institution de la protection diplomatique. La protection diplomatique se justifie également par ce lien de souveraineté que chaque Etat exerce sur ses ressortissants, la compétence personnelle. En effet, un Etat a la possibilité d'invoquer pour justifier l'emprise qu'il exerce sur des individus « un lien d'allégeance

³⁰⁵ Dans le cadre de cette étude, on entend par « nationaux », de manière générale, les personnes privées. Cfr. ANZILOTTI (D), *Cours de Droit international traduit par GIDEL*, pp. 511-12 ; AGO(R), « Le Délit international », *loc. cit.* pp.542-543.

particulière qui lui subordonne une personne donnée³⁰⁶». Ce lien d'allégeance c'est le lien de nationalité, qui sera récurrente dans l'étude de l'institution de la protection diplomatique.

L'emploi du terme «institution» n'est pas fortuit. En effet, dans le cadre des relations internationales, la pratique de la protection diplomatique, a au fil des siècles, et de par l'action des Etats, acquis une importance telle que l'on peut aisément avancer l'idée d'une véritable institutionnalisation de la matière, du moins de sa reconnaissance générale et universelle. Les normes de droit international relatives à la protection diplomatique ont essentiellement un caractère coutumier³⁰⁷.

L'institution de la protection diplomatique trouve son origine dans une «*nationalisation*» de la pratique des représailles privées. En effet, au Moyen Age, un individu lésé dans ses droits, en pays étranger, pouvait se dédommager, en nature, sur les biens des étrangers établis dans son propre pays, pourvu que justice ne lui ait pas été rendus dans l'Etat concerné. L'individu, en la matière, était alors titulaire d'un véritable droit subjectif, celui de faire valoir ses droits et de réparer son préjudice en faisant justice lui-même. Cependant, ce droit n'était aucunement absolu puisque l'Etat de la victime devait délivrer à celle-ci des lettres de représailles l'autorisant à agir, s'assurant ainsi de la réalité et l'illégalité du dommage, de l'épuisement des voies de recours interne ou encore du caractère proportionné entre dommages et représailles. Avec le développement et l'affermissement des Etats au détriment des souverains, le système des lettres de représailles disparaît progressivement. En effet, avec l'affirmation de la souveraineté des Etats sur les hommes, les biens et les territoires, au droit subjectif de l'individu succède un droit subjectif de l'Etat. Au système des lettres de représailles succède celui de la protection diplomatique

³⁰⁶ Voir NGUYEN QUO DINH, DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, 6^{ème} édition, L.G.D.J. Paris, 1999, p.1455.

³⁰⁷ Voir ROUSSEAU (Ch.), *Droit international public*, 1970, p.13. Les sources formelles du droit international sont indiquées dans l'Article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice, annexé à la Charte des Nations Unies. L'Article 38 à l'alinéa 1 et 2 indique :

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique:

- a. les conventions internationales, soit générales soit spéciales établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litiges ;
- b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant de droit ;
- c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
- d. sous réserve des dispositions de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme auxiliaire de détermination des règles de droit.

2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

un droit propre de l'Etat³⁰⁸. La formation des règles classiques relatives à la protection diplomatique est donc relativement récente. Outre les premiers débats doctrinaux nés à la fin du 18^{ème} siècle, elle provient pour l'essentiel de la pratique ainsi que de la jurisprudence internationale des 19^{ème} et 20^{ème} siècles. La protection diplomatique a longtemps été perçue comme l'expression de la supériorité des Etats les plus puissants sur des Nations faibles, tant politiquement qu'économiquement, et de ce fait a souvent été l'objet de vives critiques³⁰⁹.

Cependant, la société internationale ne peut rester figée dans des principes, fussent-ils universels et ancestraux, hérités des siècles passés. En faisant de la protection diplomatique un droit coutumier, legs des théories de Vattel, les Etats risquent de verser dans une nostalgie des doctrines classiques, mais surtout dans un immobilisme dangereux³¹⁰. Pour pallier ce risque, l'organisation des nations Unies, par le biais de la Commission du droit international, s'ingénie à entreprendre la codification des grands principes coutumiers issus du droit international. Depuis 1996, la commission du droit international s'intéresse à la thématique de la protection diplomatique. Dans le même esprit que celui relatif aux règles en matière de responsabilité internationale des Etats, la codification des règles coutumières de protection diplomatique est ainsi fréquemment inscrite à l'ordre du jour de la commission³¹¹.

Dans l'affaire David Pacifico³¹², Lord Palmerston, Premier ministre britannique, demanda à la Chambre des Communes, le 25 juin 1850, dans une célèbre allocution de décider si : « Comme le romain dans les temps antiques se considérait libre d'indignité quand il pouvait dire Cives Romanus sum, un sujet britannique également, quel que

³⁰⁸Voir VATTEL, *Le droit des gens*, 1758, *op.cit.*, p.423 ; DECAUX(E), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2010, p.39 ; COMBACAU (J.) / SUR (S), *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 1997, pp.228-229.

³⁰⁹ C'est pour cela qu'on peut s'accorder avec le Dr. POPOVSKI VESSELIN dans son Cours polycopié que la souveraineté un devoir pour protéger les droits de l'homme, Université des nations Unies, (Tokyo), 2006, p.158.

³¹⁰Il faut souligner que ces doctrines sont a priori toujours d'actualité. Suivant la théorie du risque ou de la responsabilité internationale objective d'ANZILOTTI, la responsabilité de l'Etat a un caractère purement objectif. Elle repose sur une idée de garantie où la notion subjective de faute ne joue aucun rôle. Elle est plus conforme au véritable fondement de la responsabilité internationale, qui est d'assurer la sécurité des relations inter-étatique. Voir PERSONNAZ (J.), *La réparation du préjudice en droit international public*, thèse, Paris, 1938, pp. 275-280. Voir HAURIOU(A), *Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux*, in *R.G.D.I.P.*, 1924, pp.203-231.

Voir VIENOT (G.), *Nationalisations étrangères et intérêts français*, Paris, 1958, pp.214-272.

³¹² DAVID PACIFICO, citoyen britannique, de confession juïque, né à Gibraltar et résidant à Athènes, avait vu ses biens détruits par la foule lors d'une cérémonie religieuse orthodoxe grecque en 1847. Il avait alors fait appel à la Grande Bretagne pour réparer le préjudice par lui subi.

soit le pays où il se trouve, doit être sur l'œil vigilant et le bras puissant de l'Angleterre le protégeront contre l'injustice et l'offense³¹³.»

A elle seule, cette citation résume parfaitement la matière : une protection étatique des citoyens, à l'étranger, contre « l'injustice et l'offense ». Comment peut-on alors définir véritablement la protection diplomatique, la doctrine semble divisée quant à la définition de cette institution mais, unanimement, en reconnaît le caractère coutumier. Qu'ils en retiennent l'aspect purement procédural ou bien qu'ils en privilégient l'aspect contentieux, les auteurs ont longuement débattu sur la question.

Ainsi, Jules Basdevant définit la protection diplomatique comme l'action : « d'un gouvernement qui, par ses agents diplomatiques ou, éventuellement par voie judiciaire internationale, s'efforce d'obtenir, à l'égard de ses ressortissants, le respect du droit international par un autre Etat, la réparation des dommages causés en violation de ce droit, ou, éventuellement, certains avantages à leur profit »³¹⁴. Dans le même esprit, Suzanne Bastid fait, quant à elle, de la protection diplomatique une des manifestations essentielle de la compétence personnelle de l'Etat à l'égard de ses ressortissants et définit le système comme le fait pour un Etat de prendre fait et cause pour son ressortissant, en raison d'un dommage par lui subi, et pouvant de ce fait entraîner la responsabilité internationale de l'Etat auteur³¹⁵.

Pour le Professeur Georges Berlia, il s'agit essentiellement d'un « Endossement par un Etat d'une réclamation individuelle restée jusque-là, soit sans aucune satisfaction, soit sans satisfaction jugée satisfaisante³¹⁶. » Il est également possible de citer Jean Chappez pour qui la protection diplomatique est susceptible d'une double définition. Dans une conception large et dans une optique de protection gracieuse, la protection diplomatique est définie comme un « Ensemble de démarches par lesquelles un Etat intervient auprès d'un autre Etat, sur le territoire duquel se trouvent ses nationaux pour faire respecter à leur égard leur traitement dû par le droit international ». D'un autre côté, dans une conception restrictive et cette fois contentieuse, le Professeur Chappez fait de la protection diplomatique une « Action par laquelle un Etat décide de prendre à son compte la réclamation d'un de ses nationaux contre un autre Etat et de porter le

³¹³Voir le Rapport préliminaire de la de la Commission du droit international sur la protection diplomatique, année 2003, pp.789.

³¹⁴BASDEVANT (J), *Dictionnaire de terminologie du droit international public*, Paris, Sirey, 1960, p.775, et en particuliers, p.484 ; Voir SCELLE (G.), *Précis de droit des gens*, vol II, Sirey, 1934, p.558.

³¹⁵CHAPPEZ (J.), Protection diplomatique, in *JCL droit international*, vol 4, éditions du Juris-classeur, 1999, fascicule 250, p.441.

³¹⁶BERLIA (G.), Contribution à l'étude de la protection diplomatique, *A.F.D.I.*, 1957, pp.63-72.

différend sur le plan international et plus spécialement devant une juridiction internationale³¹⁷.»

Le professeur Rousseau quant à lui va axer ses développements sur l'aspect éminemment inter-étatique de la protection diplomatique qui selon son point de vue consiste essentiellement en « L'action diplomatique entreprise par le gouvernement du particuliers lésé auprès du gouvernement présumé responsable pour obtenir la réparation du dommage causé à son ressortissant³¹⁸ ». Paul de Visscher insiste sur le caractère coutumier de la pratique qu'il définit comme en un «Droit pour un Etat de présenter une réclamation internationale à l'encontre d'un autre Etat lorsqu'un de ses ressortissants a été victime d'un fait internationalement illicite de la part de ce dernier³¹⁹.»

Enfin, ce panorama doctrinal peut être complété par l'approche procédurale de Michel Verwilghen pour qui la protection diplomatique consiste en une « aide et assistance générale qu'apportent les agents diplomatiques et consulaires à leurs nationaux dans l'exercice de leurs droits ou de leurs activités légales à l'étranger, ainsi que les demandes de dommages et intérêts que l'Etat protecteur réclame à l'Etat qui aurait commis un manquement aux règles de droit international préjudiciable à un ou des nationaux de l'Etat demandeur³²⁰».

Aux vues de ces quelques définitions ainsi exposées, il semble que les approches des Professeurs Chappez et Salmon soient les plus larges et les plus complètes, puisque d'une part, elles insistent sur le rôle éminent de l'Etat dans l'instance et que d'autre part elles conditionnent son intervention à une violation du droit international constituant un fait illicite, fait préjudiciable en tant que tel à ses nationaux³²¹. Il convient de préciser que cette protection est également ouverte aux personnes morales nationales, aux sociétés privées comme l'Etat de la nationalité de la société concernant son immatriculation

La réflexion sur la protection diplomatique de l'individu en droit international, revêt un triple intérêt.

Sur le plan juridique, la protection diplomatique de l'individu en droit international est l'ensemble des mesures que doit prendre l'Etat afin d'assurer le respect réel et effectif

³¹⁷CHAPPEZ (J), la Protection diplomatique op.cit., p.456.

³¹⁸Voir ROUSSEAU (C), *Droit international public*, Tome 5, Paris Sirey, 1983, pp.97-100.

³¹⁹Voir TRIGROUDJA (H.), *Contribution à l'étude du statut de la victime en droit international des droits de l'homme*, thèse dact, Lille II, 2001, p.627.

³²⁰VERWILGHEN (M.), *Conflits de nationalité, plurinationalité, et apatride*, in R.C.A.D.I., 1999, vol 277, p.91.

³²¹SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, op. Cit. p.904

des droits des étrangers qui résident sur son territoire, soit en vertu de son droit interne, soit en vertu du droit international.

Sur le plan politique c'est la mise en œuvre de la responsabilité internationale des Etats. De ce fait, la matière de la responsabilité internationale reste très systématisée par la doctrine contemporaine dont elle est largement dépendante.

Au plan économique, il s'agit de la protection diplomatique des investissements, des capitaux et des biens. Ainsi, nos propos seront axés autour de deux points. Tout d'abord, il conviendra de rappeler et de développer que La protection diplomatique une prérogative de l'Etat(I), avant de s'intéresser à l'appréciation de la nationalité et de la protection diplomatique (II).

I- LA NATIONALITE UN PREALABLE NECESSAIRE A LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION

Comme le note VERWILGHEN, « *Tous les Etats sont confrontés à la nécessité de définir leur patrimoine humain* »³²². Ce patrimoine humain est la population, dont chaque individu la composant possède la nationalité de l'Etat. Ainsi, dans le cadre de la protection diplomatique, la nationalité doit être reconnue comme un droit de l'Etat (A), il sera utile, une fois ce principe posé, de comprendre, comment la protection des nationaux à l'étranger demeure une mission souveraine de l'Etat (B).

A. La nationalité comme droit de l'Etat

La possession d'une nationalité est des éléments caractéristiques propres à chaque individu. Ayant une place toute à fait particulière dans le contentieux de la protection diplomatique, il est nécessaire, voire même obligatoire de définir cette notion de nationalité(1), avant de s'intéresser à sa reconnaissance par le droit international comme un droit dont l'attribution appartient exclusivement à l'Etat(2).

³²² Voir VERWILGHEN (M.), *Conflits de nationalité, plurinationalité et apatridie*, in R.C.A.D.I., 1999, vol 277 op.cit., p. 47 et S. Voir *Le Rapport des experts du Conseil de l'Europe sur les lois de la République Tchèque et de la République de la Slovaquie relatives à la citoyenneté et leur mise en œuvre*, Conseil de l'Europe du 2 avril 1996, doc, DIR/JUR(96) 4, paragraphe 54, tel que cité au paragraphe 1 du commentaire de l'article 3, p.21 de l'Annuaire de la Commission du droit international, 1997, Vol. II deuxième partie Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-neuvième session, Nations Unies, New York et Genève, 1999.

Voir également SURDRE(F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 5^{ème} édition mise à jour en mai 2001, Paris, PUF, 2001, p.340.

1. La nationalité un véritable lien d'allégeance

La nationalité est un lien juridique, de caractère permanent, rattachant un individu ou une personne morale à un Etat³²³. Ce lien est défini par le droit de cet Etat sur la base de critères exprimant ce rattachement. Il constitue le titre juridique sur la base duquel l'Etat exerce sa compétence personnelle sur ses nationaux³²⁴.

La question de la nationalité appelle plusieurs commentaires et interrogations. Tout d'abord, il est nécessaire de voir en la nationalité ce lien d'allégeance fort entre un citoyen et son Etat. En raison de cette mission, l'individu prend ainsi la qualité de sujet de l'ordre juridique interne de cet Etat, car il se trouve en situation de sujétion vis-à-vis de lui. Comme tous les concepts porteurs, la nationalité ne fait pas l'objet d'une définition unanime. Il paraîtrait que l'on puisse se fier à la définition donnée par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nottebohm*. Selon la Cour la nationalité constitue le lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs³²⁵. Selon la Convention européenne sur la nationalité signée, la nationalité désigne le lien juridique entre une personne et un Etat et n'indique pas l'origine ethnique de la personne³²⁶.

Alors, peut-on définir le national comme étant un individu uni à un Etat par un lien d'allégeance ? Ces définitions ont pour avantage de refléter l'état d'esprit du droit international à propos de la nationalité, tant du point de vue de la doctrine que de la jurisprudence ou du droit conventionnel³²⁷. En effet, la nationalité est avant tout un lien juridique et politique entre un individu et un Etat, lien qui justifiera la soumission de cet individu à la compétence personnelle de son Etat. La nationalité peut être analysée comme une sorte de lien sacré entre l'homme et sa patrie. De ce fait, la possession pour un individu d'une nationalité, lui confère toute une série de droits et l'astreint à certaines obligations, tant envers le groupement d'individus auquel il appartient qu'envers l'Etat lui-même dont il est sujet de son ordre juridique. En fait, la nationalité

³²³ Voir l'Avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 1^{er} octobre 1999, *Droit d'être informé de l'assistance consulaire à la lumière des garanties d'un procès équitable*, in *Chronique des faits internationaux*, R.G.D.I.P., 2000, vol II, pp.188-196.

³²⁴ Voir Affaire de la compétence des tribunaux de Dantzig, C.P.J.I., A.C du 3 mars 1928, série B, n°15, p. 978.

³²⁵ *Affaire Nottebohm Liechtenstein c. Guatemala*, C.I.J., du 6 avril, Recueil C.I.J., 19955, p.23.

³²⁶ Article 2 de la Convention européenne du 6 novembre 1997 sur la nationalité.

³²⁷ La Commission du droit international Rapport préliminaire sur la protection, juillet-août 1998, www.un.org : Affaire de l'acquisition de la nationalité polonaise, C.P.J.I., A.C. du 15 septembre 1923, série B, n°7.

doit être analysée comme un des corollaires de l'existence des Etats, quelle qu'en soit la forme de gouvernement ou de la population qui y vit. La nationalité permettra donc de déterminer l'existence de cette population³²⁸. Comme le fait remarquer le Professeur Audit, l'Etat va donc exercer : « à l'égard de ses nationaux une compétence dite personnelle, reconnue par le droit international. Celle-ci lui permet de prendre des mesures à leur égard où qu'ils se trouvent : les nationaux ne sont soumis au pouvoir normatif de l'Etat que du seul fait qu'ils franchissent la frontières. »³²⁹ En tant que lien juridique de rattachement, la nationalité produit donc des effets tant au plan interne qu'au plan international. Parmi ces effets, il serait hasardeux de ne pas mentionner la protection diplomatique. Ainsi, dans le cadre qui nous intéresse, le Professeur Perrin estime que, c'est en raison de l'incapacité traditionnelle des individus de se pourvoir devant les juridictions internationales que se justifie la protection diplomatique d'un Etat envers un individu. Pour lui : « l'une des conditions de l'exercice de cette protection est l'existence d'un lien juridique rattachant l'individu à l'Etat qui veut intervenir en sa faveur. »³³⁰ En effet, l'individu n'est sujet de droit international que dans la mesure où celui-ci lui reconnaît directement la capacité d'être titulaire de droits et d'obligations. Un traité, par exemple, qui impose à des Etats des obligations à l'égard des individus, ne fait pas de ceux-ci des sujets de l'ordre juridique. Dans ce cas l'individu n'est qu'un objet à propos duquel un traité a été conclu entre des Etats³³¹. En principe, le droit international ne reconnaît pas à l'individu la capacité juridique internationale³³². Cependant des récents dérogent à ce principe général, en accordant à l'individu des droits et devoirs directement sanctionnés par une procédure ou une action internationale. Cette évolution s'est manifestée d'abord sur le plan pénal où l'on a poursuivi des individus pour des actes portant atteinte à l'ordre public international, et, ensuite, sur le plan de la protection de l'individu en lui reconnaissant des droits et des libertés fondamentales³³³. C'est donc à partir de ce constat du rattachement national

³²⁸ En cela il faut se référer à la définition classique de l'Etat.

³²⁹ AUDIT (B.), *Droit international privé*, 3^{ème} édition, Paris, Economica, 2000, 973p, dont p.771.

³³⁰ PERRIN (G.), Les conditions de validité de la nationalité en droit international public, *in Hommages à Paul GUGGENHEIN*, I.H.E.I, 1968, pp.853-883.

³³¹ Voir DAVID (R.), *Droit international public*, Paris, Mémento Dalloz, 2006, pp.69-78 ; Dr. VESSELIN Popovski, Essai : « La souveraineté comme devoir pour protéger les droits de l'homme », *op.cit.*, p.100.

³³² La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, *in* DUBOIS (L.), GUEYDAN(C.), *Les grands textes du droit de l'Union européenne*, Paris, Tome I, 6^{ème} édition, Dalloz, 2002, pp.229-240.

³³³ La Convention européenne du 6 novembre 1997 sur la nationalité *in* www.convention.coe.int ; Le Protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales portant restructuration

permettant la protection diplomatique que seront axées nos investigations ultérieures³³⁴.

2. La détermination de la nationalité comme pouvoir discrétionnaire de l'Etat.

Il est unanimement approuvé, peut on même dire internationalement, qu'il appartient à l'Etat de fixer lui-même ses règles propres à la détermination et à l'attribution de sa nationalité. A partir du moment où l'attribution d'une nationalité relève exclusivement de la compétence souveraine d'un Etat, il est clair que la condition de nationalité, dans le contentieux de la protection diplomatique, présente un caractère éminemment étatique³³⁵.

D'une manière générale, pour attribuer une nationalité, un Etat va soit avoir recours aux critères soit du *jus sanguinis*, le lien du sang déterminé par la nationalité des parents, soit au *jus soli*, en référence au lieu de naissance sans référence aucune à la nationalité des parents. Il ne fait plus aucun doute du caractère discrétionnaire et éminemment étatique de l'attribution de la nationalité. En effet, depuis qu'il existe une Cour internationale, ce principe est, si non pas fréquemment rappelé, du moins officiellement posé en droit positif³³⁶.

Ainsi, chaque Etat jouit dans la détermination de ses nationaux d'une compétence exclusive. Au nom de l'égalité souveraine entre Etats, cette compétence est donc universellement reconnue à toutes entités étatiques. C'est en tout cas ce qu'il ressort de l'Avis consultatif de la Cour permanente dans l'affaire des *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*³³⁷. Cette affaire trouvait son origine dans un différend franco-britannique relatif à l'application aux ressortissants britanniques de décrets de nationalité pris par le gouvernement français dans ses deux protectorats nord-africains. Ainsi, elle estime que : « dans l'état actuel du droit international, les questions de

du mécanisme de contrôle établi par la Convention du 11 avril 1994, in DUPUY(P.M.), Grands textes du droit international public, Paris, 2^{ème} édition, Dalloz, 2000, pp.144-154.

³³⁴En aparté, il est utile de rappeler que la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 prévoit en sa article 15 que « *Tout individu a droit à une nationalité* ». Voir la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, [in www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

³³⁵ KISS(A.C.), *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Tome II, III et IV, Paris , C.N.R.S. PP.478-480.

³³⁶Voir le premier rapport de la Commission du droit international sur la protection diplomatique de l'individu, juillet-août 2000, [in www.un.org](http://www.un.org), p.759 et S.

³³⁷*Affaire des décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, C.P.J.I. A.C du 7 février 1923 série B, n°4, pp.24-30

nationalité sont, en principe, de l'avis de la Cour, comprises dans le domaine réservé des Etats ³³⁸».

La cour confirme donc ici la suprématie des Etats pour attribuer une nationalité à un individu. Ce principe est essentiel dans le cadre de la protection diplomatique puisque, si l'Etat a une compétence exclusive pour attribuer sa nationalité, il possède également le droit exclusif, et cette fois discrétionnaire, de mettre en œuvre la protection diplomatique en faveur de son national. Comme le remarque le Professeur Rigaux³³⁹, ce principe posé par la Cour permanente en 1923 a été confirmé en 1955 par la Cour internationale de justice, dans la célèbre affaire Nottebohm³⁴⁰. Cette espèce peut être considérée comme fondamentale puisque d'une part, elle reprend les préceptes de la Cour permanente en matière de nationalité et que d'autre part, et dans l'optique que nous suivons, elle pose les grands principes propres à la protection diplomatique des individus. Il était ici question d'un citoyen allemand résidant depuis plus de trente cinq ans au Guatemala et ayant acquis, par naturalisation, la nationalité de la Principauté de Liechtenstein. Pour ne pas s'attarder ici, sur les autres points de l'arrêt, il convient juste de préciser que la Cour a retenu à son tour qu'il « appartient au Liechtenstein comme à tout Etat souverain de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité ainsi que de conférer celle-ci par la naturalisation octroyée par ses propres organes conformément à cette législation la nationalité rentre dans la compétence nationale de l'Etat³⁴¹ ».

En fait la solution posée par la cour, tout en reprenant celle de l'avis consultatif de 1923, vient de confirmer le principe posé dans la convention de codification de la Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité. Ce texte, expression des principes généraux du droit international en matière de nationalité énonce de façon succincte en son article 1^{er} qu'il «*appartient à chaque Etat de déterminer par sa nationalité quels sont ses nationaux*³⁴²» comme viennent l'indiquer les travaux préparatoires à la Convention, les Etats, en inscrivant au texte un tel principe n'ont rien fait d'autre que de reprendre le droit coutumier en matière de nationalité. Dans le même ordre d'idée, logiquement, l'article 2 de même

³³⁸Voir A. HAUIRIOU, *Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux*, in R.G.D.I.P., n°1148/24, 1924, pp.208-281. Voir A. DE LA PRADELLE, *Les effets internationaux des nationalisations* Rapport présenté à l'institut de droit international, *Annuaire de l'Institut*, vol.48, 1950, T. I., pp.42-132.

³³⁹RIGAUX (F.), *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, p.486 et s.

³⁴⁰*Affaire Nottebohm Liechtenstein. Guatemala, 2^{ème} phase*, Rec, CIJ, 6avril 1955, pp.4- 27.

³⁴¹DELBEZ (L), *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J, 1962, p.340.

³⁴²ANZILLOTTI(D), *La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers* R.G.D.I.P., 1906, pp.5-29 et S.

convention prévoit lui que : « *Toute question relative au point de savoir si un individu possède la nationalité d'un Etat doit être résolue conformément à la législation de cet Etat*³⁴³ ». Cependant, l'article 1^{er} n'en vient pas moins poser certaines limites à l'action discrétionnaire des Etats puis qu'il prévoit que : « *Cette législation doit être admise par les autres Etats, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité* ³⁴⁴ ». Il est ici question des relations entre Etats souverains quant à la reconnaissance de la nationalité. Cette primauté reconnue à l'Etat en matière d'attribution et de contrôle de sa nationalité n'est donc pas absolue. En fait cette disposition traduit le principe du droit international selon lequel chaque Etat se doit reconnaître les législations internes d'un autre Etat, au nom de l'égalité souveraine. Pour que l'attribution de la nationalité produise ses effets en ce qui concerne la protection diplomatique, elle devra alors répondre à certaines conditions somme toute restrictives. En effet, cet article 1^{er} pose le principe que les législations de droit interne intéressant la nationalité doivent respecter les prescriptions du droit international. Les principes ainsi dégagés à la Haye, même s'ils ont pris forme conventionnelle, n'en demeurent pas moins la transposition du droit coutumier et de ce fait s'imposent à tous les Etats. Ainsi, un Etat lorsqu'il confère sa nationalité doit le faire, et ce fort logiquement, dans le respect de la coutume internationale, des principes généraux et surtout des conventions auxquelles il est lié. Cette règle de conformité avait déjà été énoncée puisque dans un avis consultatif de 1923, la Cour permanente retenait la liberté discrétionnaire de l'Etat en matière d'attribution de la nationalité « *n'est applicable que sous réserve des engagements conventionnels*³⁴⁵ » qui lient l'Etat concerné. Les Etats sont également limités dans leur liberté d'octroi de la nationalité par le contrôle de l'arbitre ou du juge international. En effet, le juge en vient souvent à effectuer un contrôle sous les conditions d'octroi de la nationalité, et notamment sur le caractère fictif ou non d'une naturalisation. Le juge va donc effectuer un contrôle permettant de vérifier si la nationalité ainsi octroyée est ou non opposable à un tiers³⁴⁶.

³⁴³Voir PETITI (L.E.), DECAUX(E.), IMBERT (P.H.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1995, p.1230.

³⁴⁴ KISS (A.C.), Protection diplomatique, Paris, in *Encyclopédie Dalloz de droit international*, pp.690-696.

³⁴⁵SINKONDO(M), *Droit international public*, Paris, Ellipses, 1999, p.508.

³⁴⁶En 1932, le Tribunal égypto-américain retenait comme principe que l'examen d'une réclamation ayant trait à l'attribution de la nationalité par naturalisation n'est absolument pas en conflit avec le principe reconnu de la compétence discrétionnaire d'attribution de l'Etat. Dans l'affaire Nottebohm, la Cour va quant à elle contrôler les conditions d'attribution de la nationalité par le Liechtenstein en tenant certes compte du principe

En tant qu'institution juridique en permanence évolution, la protection des nationaux à l'étranger est l'une des missions souveraine de l'Etat.

B. La protection des nationaux à l'étranger comme mission souveraine de l'Etat

La protection diplomatique est un pouvoir discrétionnaire de l'Etat qu'il peut exercer au profit de ses nationaux, personne physique ou personne morale. Dans cette perspective, on peut relever que les citoyens d'Etat sont les destinataires privilégiés de la protection diplomatique (1). Et, la nationalité est le lien de rattachement indispensable d'un individu à un Etat mais non suffisant (2).

1. Les nationaux, destinataires privilégiés de la protection diplomatique

La protection des nationaux à l'étranger est une mission de l'Etat en sa qualité de sujet de droit international public, il se caractérise par une population sur laquelle il exerce des droits mais envers laquelle il est soumis à un certain nombre d'obligations. Parmi celles-ci, on peut trouver, entre autres, celle de protéger ses ressortissants, sur l'ensemble du territoire national, mais aussi à l'étranger³⁴⁷. Cette mission prendra beaucoup plus d'ampleur dès lors que seront mis en jeu les droits d'un national. A partir de ce moment, un Etat est censé prendre fait et cause pour son ressortissant, se trouvant à l'étranger et en principe uniquement pour celui-ci. Cependant, ce lien de nationalité ne suffit pas à lui seul puisque pour que le mécanisme de protection soit déclenché, encore faut-il que ce lien de nationalité soit l'expression d'un rattachement réel et effectif³⁴⁸.

d'attribution discrétionnaire mais surtout en basant son argumentaire sur deux points : la fictivité de la naturalisation associée au caractère effectif de la nationalité ainsi accordée.

³⁴⁷V. VERZIJ, *La règle l'épuisement des recours internes*, Rapport à l'Institut de droit international, Paris, *Annuaire de l'Institut*, 1954, I, pp.5-112 ; A. SARHAM, *L'épuisement des recours internes en matière de responsabilité internationale*, thèse, Paris, 1962 ; J. CHAPPEZ, *La règle l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, Sirey 1972, p.745.

³⁴⁸On peut également invoquer dans le même sens le droit conventionnel, notamment l'article 4 de la Convention de la Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité : « Un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national ». La théorie aujourd'hui dominante est celle de la nationalité effective encore appelée théorie du lien, du rattachement réel, de la nationalité active, de l'appartenance effective. Voir Résolution 2625 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 24 octobre 1970, Déclaration relative aux principes de droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats, conformément à la Charte des Nations Unies, in DUPUY (P.M), *Les grands textes du droit international public*, Paris, 2^{ème} édition, Dalloz, 2000, pp.32-41.

Pour ce faire, les Etats ont pour mission traditionnelle de protéger les étrangers qui se trouvent sur leurs territoires. En effet, les Etats se doivent de protéger les individus sur leur territoire, sans discrimination aucune, pourvu qu'ils se réfèrent à un «standard minimum» dans le traitement des étrangers. Dès lors que cette protection identique, mais aussi spécifique, a fait défaut ou bien n'a pas été suffisamment efficace, le mécanisme de protection diplomatique peut se mettre en œuvre. Il est reconnu, tant par la doctrine que par la jurisprudence internationale, que le sujet de droit interne, et plus particulièrement l'individu, ne pourra bénéficier de l'assistance diplomatique de l'Etat dont il réclame la protection que s'il en est possesseur de la nationalité. Cette exigence, que l'on pourrait qualifier d'impérative, a été officiellement posée en jurisprudence internationale par la Cour permanente de justice internationale³⁴⁹, d'abord dans l'affaire Mavrommatis, puis réaffirmée en permanence par la suite. Dans une célèbre affaire opposant l'Estonie à la Lituanie, les juges internationaux ont reconnu que le droit à la protection diplomatique ne peut être nécessairement exercé qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique³⁵⁰.

Il est donc clair que si un Etat décide de prendre fait et cause pour un individu, il ne le fera qu'à la condition que celui-ci soit son national. L'individu lésé doit posséder un titre de rattachement suffisamment probant pour permettre une telle protection. Ce titre, en tant que tel ne peut être que la nationalité. Seul compte donc le lien de nationalité, puis que a, par exemple, été rejeté, comme justifiant la protection diplomatique, le seul lien ethnique. Ainsi, M. Delcassé, ministre français des affaires étrangères rappelait le 10 novembre 1902 à M. Bapst, chargé d'affaire de la France à Constantinople que : « le droit de protéger ses nationaux est pour chaque Etat un droit primordial, et aucun n'accepterait de paraître, par un acte écrit, déroger à sa propre souveraineté en aliénant une partie de ce droit³⁵¹ ».

³⁴⁹Bien que parfois la jurisprudence arbitrale ait retenu une solution analogue comme dans l'affaire des propriétés religieuses, et notamment la sentence arbitrale Dame Ménard C. Portugal du 2 septembre 1920, RSA, vol.35, p.13.

³⁵⁰PERRIN(G), La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la Commission du droit international, in *Mélanges Brindschedler*, Berne, VERLAG STAMPFLIE and Cie, 1980, pp.271-291.

³⁵¹Ainsi, selon le Mémoire français dans *l'affaire du Lottus, lorsque les sujets d'un Etat sont à la l'étranger, d'après le droit commun leur Etat national a le droit de demander à l'Etat de séjour que celui-ci les traite selon les règles du droit international* ; citéein KISS(A.C), *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, Tome III, CNRS, 1965, p.450.

En tant que telle, la suppression de la faculté d'intervention des gouvernements étrangers en faveur de leurs nationaux est contraire au Droit international. Sans cette condition de nationalité, l'endossement ne pourra ainsi pas être effectué. La protection pourra alors s'exercer en faveur de tous les nationaux qui subissent, en dehors du territoire national, en violation du droit international, un dommage direct. Pour qu'il y ait endossement, le national doit avoir subi un dommage touchant ses droits, ses biens tels que la propriété privée ou encore sa personne. Dans le cas particulier des personnes morales, les règles posées par la Cour permanente sont généralement reprises. Ainsi, dans la célèbre affaire de la *Barcelona Traction*, affaire phare en matière de protection diplomatique des sociétés, la Cour internationale de justice a estimé que lorsqu'il fallait établir un lien de rattachement entre une société et un Etat aux fins de protection diplomatique, il est utile de se fonder sur une analogie avec les règles qui régissent la nationalité des individus pour les juges : « La règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'Etat sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège³⁵². »

Ainsi, seul pourra donc être envisageable un endossement se faisant en faveur d'un national. Même si dans certains cas bien particuliers un Etat pourra choisir de protéger des étrangers, à l'étranger ces cas seront étudiés ultérieurement, il est unanimement reconnu que seul le national peut être protégé par son Etat de nationalité. Cependant, même si ce lien de rattachement qu'est la nationalité, s'avère nécessaire aux fins de la protection diplomatique, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas à lui seul suffisant.

2. La nationalité un lien de rattachement indispensable entre l'individu et l'Etat non suffisant

Dans la jurisprudence de l'affaire du Chemin de fer Panevezys Saldutiskis, *Charles de Vischer* et le Comte Rostworowski estimaient dans leur opinion individuelle que le lien de nationalité « constitue seulement le titre d'un Etat déterminé à produire une réclamation³⁵³ ». Cette opinion a pour avantage d'illustrer la nécessité du lien de nationalité dans le contentieux de la protection diplomatique, mais elle est restrictive à

³⁵² *Affaire du chemin de fer PANEVEZYS- SALDUTISKIS, Estonie-Lituanie*, Rec. C.P.J.I., 28 février 1939, pp.789-792.

³⁵³ VERWILGHEM (M.), *Conflits de nationalité, plurinationalité et apatride*, Paris ?in R.C.A.D.I., 1999, op.cit.,p.93.

outrance puisqu'elle limite la nationalité à simple moyen procédurale³⁵⁴. Cependant, en retenant que cet aspect de la nationalité les juges semblent avoir implicitement voulu reconnaître le caractère non suffisant du lien de rattachement dans la mise en œuvre de la protection diplomatique. En effet, depuis l'affaire Nottebohm, la Cour internationale de Justice a officiellement reconnu que, aux de la protection diplomatique, le lien de nationalité de la personne dont les droits ont été bafoués doit traduire un véritable lien de rattachement effectif. Comme le note très pertinemment Suzanne Bastid :

Il est assez remarquable de noter que c'est la première fois que la Cour internationale de justice a eu à se prononcer sur l'application du principe bien établi du droit international, suivant lequel c'est le lien de la nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique et notamment le droit d'user de cette forme qu'est l'action judiciaire internationale³⁵⁵.

Dans cette affaire, le sieur Nottebohn, né à Hambourg en 1881, de nationalité allemande, se rend au Guatemala au tout début du 20^{ème} siècle, s'y installe, y fonde une famille et y développe de prospères affaires. Il conserve des relations commerciales avec l'Allemagne et se rend occasionnellement au Liechtenstein en visite chez un de ses frères. Au tout début de la seconde guerre mondiale, étant resté de nationalité allemande, il présente une demande de naturalisation auprès des autorités de Liechtenstein, naturalisation qui lui est accordée le 16 novembre 1939 sur décision souveraine du prince régnant. Muni d'un passeport Liechtensteinois, il retourne en 1940 au Guatemala où il est arrêté en 1943 et emprisonné jusqu'en 1946. De 1943 à 1950, la quasi-totalité de ses biens a fait l'objet de mesures de séquestres puis d'expropriations. C'est à ce moment que va intervenir le Liechtenstein pour prendre fait et cause de son national. Il est intéressant de noter que la naturalisation de Nottebohn est basée sur une loi du 4 janvier 1934. Cette loi subordonne la naturalisation à la réalisation de nombreuses conditions, dont celle de l'exigence d'un domicile légal en principauté depuis au moins trois ans. Cependant, cette condition n'est rien absolue puisqu'il est toujours possible d'y échapper, à titre exceptionnel et dans des cas « particulièrement *dignes d'intérêt*³⁵⁶ ». Il ne fait aucun doute que dans

³⁵⁴Dans ce contexte, la responsabilité internationale d'un Etat ne peut être engagée que si l'Etat national de l'individu lésé prend fait et cause pour lui, c'est-à-dire endosse la réclamation de l'individu. Voir ROUGIER (A.), La théorie de l'intervention d'humanité, Paris, R.G.D.I.P., 1910, pp.468-526.

³⁵⁵*Affaire de la Barcelona Traction entre Belgique et l'Espagne, du 5 février 1970, Rec, CIJ, 1970, pp.43-48*

³⁵⁶ En se fondant sur cette loi, sera avancé l'argument de la naturalisation frauduleuse de Nottebohm car, n'ayant pas de domicile légal au Liechtenstein, la nationalité lui fût malgré tout accordée, selon ces cas

cette espèce, le problème du rattachement à un Etat est primordial, puisque la nationalité permet de mettre en jeu la protection diplomatique, mais encore faut-il que cette nationalité présente certaines caractéristiques dont celle de l'effectivité. La Cour va ainsi « *chercher les critères permettant de donner plein effet à la nationalité invoquée* ». Selon la Cour, pour permettre un éventuel endossement :

La nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments joints à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'Etat qui la lui confère qu'à tout autre Etat ³⁵⁷.

La Cour a ainsi inauguré sa théorie du degré minimum d'effectivité. Selon le célèbre dictum³⁵⁸ de la Cour, la règle de l'effectivité permet de déterminer si la nationalité accordée par un Etat lui donne un titre suffisant pour exercer la protection diplomatique vis-à-vis d'un autre Etat. Ceci est donc une véritable question d'opposabilité³⁵⁹. Ainsi, sera considérée comme effective une nationalité permettant un rattachement plus qu'étroit à un Etat déterminé. Le critère de la nationalité effective est donc primordial dans la mise en œuvre de la protection diplomatique, puisque ce sera au nom de ce rattachement réel entre l'Etat et l'individu que celui-ci pourra voir sa cause défendue au plan international. Toujours selon Mme Bastid, il est donc nécessaire « *d'attacher la protection diplomatique non à un élément purement formel mais à une situation réelle, à un lien effectif*³⁶⁰ ». La Cour va donc analyser le degré d'effectivité et retenir que, à la différence des liens qu'entretient Nottebohm avec l'Allemagne ou le Guatemala, « *ses liens de fait avec le Liechtenstein sont extrêmement ténus*³⁶¹ », puisque rien ne le rattache réellement à la principauté, si ce n'est la possession d'un passeport.

particulièrement dignes d'intérêts. Or, rien l'espèce ne nous laisse penser que la situation du requérant rentre dans de telles considérations. Ces dernières peuvent être largement et frauduleusement interprétées.

³⁵⁷Voir BASTID (S.), L'affaire Nottebohm devant la Cour internationale de justice, Paris, R.G.D.I.P., 1956, pp.607-633.

³⁵⁸Voir NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER(P.), PELLET (A.), *Droit international public*, Paris, 6^{ème} édition, L.G.D.J., 1999, p.1455.

³⁵⁹Voir SCELLE (G), *Précis de droit des gens*, Paris, vol II, Sirey, 1934, p.558.

³⁶⁰Affaire BASTID(S.), op.cit., p.632. Voir GUEYDAN(C.), Les grands textes du droit de l'Union européenne, Paris, Tome I, 6^{ème} édition, Dalloz, 2002, pp. 3-24.

³⁶¹Pacte international aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, in www.legifrance.gouv.fr. Voir YANGUAS MASSIA (J.), La protection diplomatique en cas de double nationalité, in *Hommages d'une génération de juriste au Président Basdevant*, Paris, Pedone, 1960, pp.546-558.

En se basant sur le principe qu'elle-même dégagé, la Cour estime donc qu'au moment de sa naturalisation le sieur Nottebohm n'avait pas fait acte de résidence prolongée à Vaduz³⁶², qu'il n'avait pas l'intention d'y fixer sa résidence principale et qu'aucun intérêt d'ordre économique ou privé ne justifiait sa présence dans la Principauté³⁶³. La demande du Liechtenstein est donc déclarée irrecevable. Dès lors, le principe est posé : pour qu'un Etat prenne fait et cause pour un individu, il faut que celui-ci lui soit rattaché par un lien de nationalité effectif³⁶⁴.

Reconnaître à la protection diplomatique la qualité de droit éminemment étatique, droit propre de l'Etat, n'est en soi pas chose nouvelle. En effet, cette théorie doit être considérée comme une des grandes théories classiques, traditionnelle et constante du droit international. Alors, comment peut-on apprécier la relation entre nationalité et protection diplomatique ?

II. APPRECIATION DE LA NATIONALITE ET LA PROTECTION DIPLOMATIQUE

Une fois que soit établi un lien de nationalité effectif, un Etat peut, en théorie, mettre en œuvre les mécanismes propres à la protection diplomatique pour prendre fait et cause pour un de ses ressortissants. En d'autres termes, il se pose le problème de l'appréciation nécessaire de la date critique(A). Ensuite, reste l'examen de la question de la preuve de cette nationalité (B.)

A .De la naissance du préjudice à l'appréciation nécessaire de la date critique de la nationalité

En droit international, il est reconnu que lorsqu'un Etat décide de prendre fait et cause pour un de ses nationaux c'est parce que celui-ci a subi un préjudice, qu'il a été victime d'un dommage à l'encontre de ses biens, ses droits ou bien encore de sa personne. Mais seul un national peut prétendre jouir de la protection diplomatique de son Etat. Toutefois, il convient de se demander à quel moment doit survenir le préjudice pour

³⁶²Voir DUBOUIS (L.), La distinction entre le droit de l'Etat réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique, R.C.D.I.P, 1978, pp.615-640.

³⁶³STERN (B.), Les questions de nationalité des personnes physiques et de nationalité et de contrôle des personnes morales devant le Tribunal des différends irano-américains, A.F.D.I, 1985, pp.425-445.

³⁶⁴Voir AUDIT (B.), Droit international privé, 3^{ème} édition, Economica, 2000, p.807.

qu'il y ait protection diplomatique ? Autrement dit, tout est question de la nationalité et de la date critique(1). De même, il est possible de se poser une question comparable en cas de changement de nationalité(2).

1. Nationalité et appréciation de la date critique

Il est évident que si le lien de nationalité entre un individu et un Etat a été établi, l'une des conditions fondamentales de la protection diplomatique a été remplie³⁶⁵. Cependant, il n'en reste pas moins à déterminer la date à laquelle doit exister la nationalité de la victime pour que la réclamation puisse être endossée³⁶⁶. On parle ici de la date critique en référence au moment où la nationalité de l'individu pourra être effectivement opposée à l'Etat l'auteur du préjudice³⁶⁷. Une chose est sûre, pour que l'Etat intervienne en faveur de son national aux fins de la protection diplomatique, la demande doit être nationale dès l'origine. En effet, en reprenant l'adage « *a claim must be national in origin* »³⁶⁸, tant la doctrine que la jurisprudence s'accorde à reconnaître que la personne lésée doit, au moment de la survenance du préjudice, posséder la nationalité de l'Etat dont elle espère l'intervention. La date critique sera donc celle du jour de la survenance du fait illicite³⁶⁹. Par conséquent, la règle de la nationalité d'origine justifie la théorie classique de la protection diplomatique³⁷⁰ puisqu'elle est parfois perçue comme un relais entre le préjudice privé et le préjudice devenu étatique par endossement, ce qui accrédite l'idée de la dualité de victimes, l'individu et l'Etat étant frappés simultanément par l'acte dommageable³⁷¹. Cette idée du caractère national de la réclamation à l'origine n'est pas récente puisque dès 1932, le rapporteur spécial de l'Institut du droit international, le professeur Borchard, proposait, dans un projet de résolution, une théorie comparable. En effet, selon lui,

³⁶⁵Voir VERGNAUD(P.), L'idée de la nationalité et la libre disposition des peuples dans ses rapports avec l'idée de l'Etat, Domat-Montchrestien, Paris, 1955, pp.123-129.

³⁶⁶CARPENTIER (Ch.), Le principe mythique des nationalités : tentative de dénonciation d'un prétendu principe, in *Revue Belge de droit international*, Bruxelles, 1992, pp.351-389.

³⁶⁷PINTO(R.), Les problèmes de nationalités devant le juge international, *A.F.D.I.*, 1963, pp.361-375.

³⁶⁸WYLER(E.), *La règle dite de la nationalité dans le contentieux international*, Genève, PUF, 1990, p.293.

³⁶⁹Voir REZER (J. F.), Le droit international de la nationalité, RCADI, 1986-III, tome 198, pp. 333-400

³⁷⁰PERRIN (G.), Les conditions de validité de la nationalité en droit international public, *Recueil d'études de droit international en Hommage à Paul GUGGENHEIM*, Genève, *La tribune de Genève*, 1968 ? PP.853-887.

³⁷¹D'une manière générale, la perte ou la déchéance de la nationalité peut dépendre de plusieurs conditions telles que : le changement d'état tel que le mariage, dissolution du mariage, légitimation, reconnaissance ou adoption etc. Voir CLOSSET (Ch.L.), *Traité de la nationalité en droit Belge*, Bruxelles Larcier, 1993, p.457.

La protection diplomatique peut être exercée en vue de présenter une réclamation pour préjudice subi par une personne, à condition qu'au moment où le dommage a été causé, la personne qui a subi le dommage d'où la demande a surgi, ait été un national de l'Etat requérant et n'ait pas été un national de l'Etat contre lequel la demande est introduite³⁷².

Bien que cette résolution ait été rejetée pour d'autres raisons, elle n'en traduit pas moins l'état du droit international en la matière, surtout du droit coutumier, à savoir la nécessité du caractère national de la réclamation et ce dès l'origine du préjudice subi, pour que soit mise en œuvre la protection diplomatique³⁷³. Cette position a d'ailleurs été maintes fois reprise et semble être une modalité nécessaire et récurrente de la protection diplomatique³⁷⁴.

Une autre règle propre à la protection diplomatique, concernant la nationalité de la victime, et touchant directement la date critique est celle de la continuité de la nationalité. Ayant fait l'objet de nombreuses controverses, cette règle n'en demeure pas moins, elle est aussi primordial, car elle est considérée comme un corollaire du principe selon lequel la protection diplomatique dépend de la nationalité de la personne en cause. En effet, il convient à juste titre de se demander jusqu'à quelle date doit persister la nationalité du réclamant pour qu'il ait un éventuel endossement. Deux conceptions sont ainsi envisageables. Tout d'abord, la victime devrait posséder la nationalité de l'Etat réclamant depuis la commission de l'acte dont elle s'estime

³⁷²Voy, Chroniques n°1782, RBDI 1986, p.518, n°1804, RBDI 1986, p.556 et n°2211 RBDI, 1992, p.206 ; sur cette question voir BONNEAU(H.), Le retrait de la nationalité en droit des gens, in RGDIP, 1948, pp.50-81. Voir KUNZ (J.L.), L'option de la nationalité, in RCADI, 1958, pp107-176. Voir dans ce sens, le site <http://www.un.org> et commentaire de Gérard Hafner et Léonore Lange dans l'annuaire français du droit international, 2004 ; <http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi>. La seule notion qui présente de l'intérêt au point de vue du droit international est la nationalité, c'est-à-dire le lien juridique qui lie les particuliers (personnes physiques ou ; éventuellement les personnes morales) à un Etat déterminé. La Convention européenne du 6 novembre 1997 sur la nationalité in RGDIP, 1997, p.1092, réserve la notion de nationalité aux personnes physiques à son article 2.

Il faut également ajouter dans cette que la CIJ a défini la nationalité comme un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs comme dans l'affaire de Nottebohm, arrêt du 6 avril 1955, Recueil 1955, p. 23.

³⁷³Voir COLLIARD (C.-A.), *Les données fondamentales des relations internationales*, Cours de l'Institut des Hautes Études Internationales, Paris, 1962-1963, PP.453-465.

³⁷⁴ Pour preuve, l'Institut de droit international, à session de Varsovie en 1965, a repris de nouveau ce principe dans un nouveau projet de résolution concernant « *le caractère national d'une réclamation internationale présentée en raison d'un dommage subi par un individu* ». L'article 3. a) retient ainsi *le caractère national d'un Etat lorsque cet individu est un national de cet Etat ou une personne que cet Etat est autorisé, en vertu du droit international, à assimiler à ses propres nationaux aux fins de la protection diplomatique* », in AIDI, 1965, vol.51, p.261.

victime jusqu'au prononcé de la décision de son Etat. C'est certainement la position la plus restrictive puisqu'elle subordonne l'intervention d'un Etat à la continuité permanente de la nationalité. Une autre conception envisageable peut être celle de la nationalité au moment de la requête, selon laquelle l'individu doit jouir de la nationalité de l'Etat dont il réclame protection, « au moment où la réclamation est portée sur la scène internationale ». C'est en tout cas ce qui ressort de la jurisprudence arbitrale qui reconnaît que :

C'est un principe bien établi de la jurisprudence internationale qu'une réclamation doit être nationale du point de vue de l'Etat demandeur dès l'origine jusqu'à sa présentation comme réclamation de droit international³⁷⁵.

Le débat quant à la nature de cette règle peut se prononcer sur les effets du traité de cession d'Etat qui entraînera le changement de la nationalité de l'individu.

2. Changement de nationalité et date critique

Un problème peut se poser en matière de continuité de la nationalité lorsque la victime lésée a, en cours d'instance, c'est-à-dire entre le dommage subi par elle et le prononcé de la décision internationale, changé de nationalité. Quel Etat va pouvoir alors protéger diplomatiquement la victime, son Etat de nationalité lors de la survenance du préjudice ou bien son nouvel Etat de nationalité ? A partir de quel moment doit être pris en compte ce changement de nationalité pour le rendre opposable à l'Etat ? Comment un individu peut-il changer de nationalité ? Ce changer peut s'opérer soit par voie de naturalisation, soit par mariage, si une femme épouse un homme qui n'a pas sa nationalité ou bien encore par cession de territoire d'Etats. Le cas le plus fréquent demeure cependant celui du changement volontaire de nationalité par le mariage. En ce cas, l'une des affaires les plus célèbres de la jurisprudence arbitrale, souvent citée pour illustrer le cas de changement de nationalité appliqué à la protection diplomatique, demeure l'affaire dite des veuves du *Lusitania*³⁷⁶.

En plein première guerre mondiale, le *Lusitania*, paquebot anglais, fut coulé par le sous-marin allemand U-20 le 7 mai 1915³⁷⁷. A son bord se trouvaient un certain nombre de ressortissants américains qui périrent et laissèrent sur terre leurs veuves éplorées. A

³⁷⁵ Affaire BENCHITON, S.A de Max Hubert du 1^{er} mai 1925, in R.S.A., vol II, p.706.

³⁷⁶ Voir l'affaire des veuves du *Lusitania* a donné lieu à plusieurs décisions reproduites dans le R.S.A., vol VII, 1915, Recueil 1915, pp.789-802.

³⁷⁷ Voir MIAJA DE LA MUELA(A.), Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux, in Mélanges offerts à Juraj Andrassy, La Haye, Martinus Nijhoff, 1968, pp.189-213.

la fin de la guerre, certaines d'entre-elles, par le biais de la protection diplomatique, décidèrent de se retourner contre le gouvernement allemand pour obtenir réparation du préjudice moral subi. Pour répondre à leurs attentes, une Commission des réclamations germano-américaine a été instituée par le Traité de Berlin du 25 août 1921³⁷⁸. Cependant, entre temps, quelques-unes de ces veuves décidèrent de se remarier, perdant ainsi leur nationalité américaine. Le surarbitre Parker a alors rendu deux types de décisions. Tout d'abord, il a estimé que la veuve qui s'était remariée et qui n'avait donc plus la nationalité américaine lors de l'entrée en vigueur du Traité de Berlin, n'avait pas droit à indemnité et ne pouvait plus bénéficier de la protection du gouvernement américain du fait de son nouveau statut matrimonial. En revanche, il a été décidé qu'une américaine, dont l'époux britannique avait péri en mer, et ne s'étant pas remariée, était redevenue ressortissante américaine et l'était restée jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord de conciliation. A ce titre, la Commission lui reconnût qualité pour présenter une réclamation et lui indemnisa son préjudice. Il semblerait donc que dans cette espèce ait été appliquée l'approche restrictive de la règle de la continuité de la nationalité. En effet, le surarbitre a d'une part, et fort logiquement, fait œuvre de classicisme en se référant tout d'abord à la nationalité à l'origine, mais il a estimé, à juste titre que la nationalité des victimes devait perdurer jusqu'à l'entrée en vigueur de l'accord de conciliation, c'est-à-dire jusqu'à la mutation du préjudice en préjudice international. Le Changement de nationalité empêchera donc certains cas la mise en jeu de la protection diplomatique tel le lien de nationalité nécessaire et effectif³⁷⁹.

La commission du droit international s'est également penchée sur cette question. En effet, dans son deuxième rapport sur la protection diplomatique, elle prévoit un article 9 au terme duquel :

Si une personne lésée a changé de nationalité de bonne foi après avoir subi un dommage, le nouvel Etat de nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne pour ce dommage, à condition que l'Etat de nationalité d'origine n'ait pas exercé ou ne soit pas en train d'exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à la date du changement de nationalité³⁸⁰.

³⁷⁸Voir DUBOIS (L.), La distinction entre le droit de l'Etat réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique, R.C.D.I.P, 1978, pp.615-640.

³⁷⁹Voir PERRIN(G), Réflexions sur la protection diplomatique, Mélanges BRIDEL, Lausanne, 1968, pp.379-411.

³⁸⁰Voir VISSCHER de (P.), Cours général de droit international public, in R.C.A.D.I, 1972, vol 136, pp.9-202.

Ainsi, la Commission va retenir la règle de la continuité de la nationalité, mais va la codifier en la reliant aux règles particulières du changement de nationalité³⁸¹. Il est donc établi ici un lien fort entre la règle de la continuité de la nationalité et la cession de réclamation internationale. La règle de la continuité amène donc logiquement à une cession de la réclamation, sous réserve d'une part de la bonne foi de l'individu, et d'autre part du droit d'endossement étatique qui demeure discrétionnaire et subjectif³⁸². Un autre aspect du changement de nationalité peut, à l'aune des règles de la protection diplomatique, poser certains problèmes, celui du changement involontaire de nationalité dû à une succession de souveraineté étatique sur un territoire et sur sa population. En effet, à qui va revenir le droit d'endossement ? La question n'a pas été traitée dans l'optique de la protection diplomatique, cependant, la Commission du droit international s'est intéressée à cette question de la nationalité. Tout d'abord la succession d'Etat peut se définir comme la substitution d'un Etat à un autre dans la gestion d'un territoire, aussi bien au plan interne que dans le cadre plus large des relations internationales. Dans son projet de codification des règles de la nationalité en relation avec la succession d'Etats, la Commission de droit international a retenu, dès son article 1er que : « Toute personne physique qui, à la date de la succession d'Etats, possédait nationalité de l'Etat prédécesseur, quel qu'ait été le mode d'acquisition de cette nationalité, à droit la nationalité d'au moins un des Etats concernés, conformément aux présents articles³⁸³ ». Cette disposition est primordiale dans le projet parce qu'elle énonce le principe selon lequel tout individu a droit une nationalité, même en cas de succession d'Etat³⁸⁴. Bien que cette disposition ne soit pas expressément prévue pour produire des effets sur la règle de la protection diplomatique des individus, on peut par analogie l'appliquer à la procédure. Dans cet ordre d'idée a été établie une présomption de nationalité en fonction du lieu de résidence des individus touchés par la succession ou les différents changements d'Etats³⁸⁵. Ainsi, pour la mise en œuvre de

³⁸¹WEIS(P.), *Diplomatic protection of national and international protection of human rights*, RDH, vol III, 1971, pp.643-678.

³⁸²WEKEL(P.), *Chronique de jurisprudence internationale*, Avis consultatif du 1^{er} octobre 1999, in RG DIP, 2000, vol 2, pp.788-796.

³⁸³La nationalité en relation avec la succession d'Etats, A.C.D.I, 1997, vol II, p.19 ; Voir BAUCHOT (B.), mémoire de recherche en vue de l'obtention du D.E.A. de droit international et communautaire ''*La protection diplomatique des individus en droit international*'' ; 2002, pp. 36-38.

³⁸⁴Cette disposition du projet s'inspire de l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

³⁸⁵Ainsi, l'article 4 du projet prévoit que : « Sous réserve des dispositions des présents articles, les personnes concernées qui ont leur résidence habituelle sur le territoire affecté par la succession d'Etats sont présumées acquérir la nationalité de l'Etat successeur à la date de la succession ».

la protection diplomatique à ce niveau il se pose la question de la preuve de la nationalité.

B. La preuve de la nationalité

Dès que le lien de rattachement effectif et la date critique soient établis, la preuve de la nationalité permettra en un mot une justification normale de la protection diplomatique(1). **Restera** alors à examiner la question des modalités de preuve de la nationalité(2).

1. La place de la preuve de la nationalité dans le contentieux de la protection diplomatique.

Prouver sa nationalité permet, dans le contentieux de la protection c'est fournir ce que l'on pourrait appeler une justification ultime à l'intervention étatique en faveur du national. Il se pose alors la question de savoir à qui appartient la charge de la preuve, au requérant individuel ou à l'Etat intéressé ? Il est possible de distinguer entre trois systèmes de la preuve de la nationalité.

Tout d'abord, le système qui a priori semble d'une logique impitoyable reste celui de la preuve selon la loi de l'Etat dont l'individu se dit ressortissant. Selon cette approche, la loi de l'Etat est la seule à pouvoir fixer les conditions propres à la nationalité de ses ressortissants.

Un second système prône quant à lui que la preuve de la nationalité, permettant l'endossement étatique, doit être fournie par la législation de l'Etat qui, par son action ou son omission est responsable du préjudice subi.

Enfin, un dernier système doit être mis en évidence, celui selon lequel la nationalité est déterminée par le juge international en fonction du seul droit qu'il est amené à appliquer, le droit international. **Selon Charles Rousseau**, « *ce système n'est que l'application de la règle plus large d'après laquelle le juge ou l'arbitre doit avoir toute liberté dans l'établissement de la preuve* ³⁸⁶ ». Ce qui confirme la position que le juge international a la possibilité de vérifier la nationalité du requérant qui se voit défendu par son Etat, à raison de la protection diplomatique. Un tel système semble avoir les préférences de la doctrine puisqu'il a pour avantage être le seul qui par définition est idéologiquement neutre. En effet, le juge international, encore plus l'arbitre, se

³⁸⁶ROUSSEAU(Ch.), *Droit international public*, op.cit., pp.107-109 ; Voir le Rapport sur la protection diplomatique, juillet-août 2000, [in www.un.org](http://www.un.org).

caractérise par sa neutralité et son impartialité. Appliquer à un cas analogue, le droit international revient à appliquer le droit en vigueur entre tous les Etats, c'est-à-dire le droit des relations internationales³⁸⁷. Ce droit est par définition supérieur et indépendant de toutes les législations nationales. Ce fait, il donc neutre, puisque applicable juridiquement à toute entité souveraine sans restriction. Retenir le droit interne soit de l'Etat requérant, soit de l'Etat requis, dans le cadre normal de la recherche de la preuve de la nationalité aurait ainsi, pour conséquences d'appliquer un droit qui sera appliqué dans la résolution du litige. Dans ce cas, il appartient au juge de vérifier, en toute objectivité les preuves apportées au titre de la nationalité et d'en déclarer le bien fondé pour l'affaire, au regard du droit international, dans l'optique de la protection diplomatique³⁸⁸.

La grande affaire généralement citée en matière de la nationalité dans le cadre du contentieux de la protection diplomatique demeure *l'affaire des propriétés religieuses*. Suite à l'instauration de la République au Portugal en 1910³⁸⁹, des biens religieux appartenant à des ressortissants français, britanniques et espagnols furent confisqués puis nationalisés. Vingt réclamations furent soulevées par ces trois Etats qui agissaient pour le compte de leurs ressortissants lésés, par le biais de l'action diplomatique. Dix huit de ces sentences ont pour objet des biens appartenant à des ressortissants espagnols. Les réclamations espagnoles ont toutes été rejetées, se basant sur la règle que la nationalité des requérants doit être prouvée selon la législation de l'Etat responsable, le Portugal, à défaut selon la loi espagnole³⁹⁰. Ainsi, qu'elles aient trait à des biens meubles ou immeubles les réclamations espagnoles ont été déclarées sans objet ou irrecevables, au motif commun que « *le réclamant ne prouve pas, de la manière qui est prescrite tant par le code civil espagnol que par le Code civil portugais, qu'il appartient à une des nationalités susdites* »³⁹¹. Dans ce cas, ont été appliquées les deux premières règles précitées.

2. Les modalités de preuve de la nationalité.

Une fois qu'ont été établies les règles applicables en droit international en matière de preuve de la nationalité, il reste à évoquer rapidement par quels moyens ce lien

³⁸⁷Voir LECKER-STERN (B.), *Le préjudice dans la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, p.209.

³⁸⁸Voir VIRALLY (M.), « *Cours général de droit public* », R.C.A.D.I, 1983, Tome 183, p. 27.

³⁸⁹Voir REUTER(P.), *Organisations internationales et évolution du droit international public*, Mélanges à l'honneur du Professeur Achille Mestre, éditions Sirey, Paris, Paris, 1956, pp.456-458.

³⁹⁰Voir DELBEZ (L.), *Les principes généraux du contentieux international*, Paris, L.G.D.J, 1962, p.340 et S.

³⁹¹Voir REUTER(P.), *Le développement de l'ordre juridique international*, Economica, Paris, 1995, pp. 124-126.

d'allégeance peut, dans les faits, être réellement prouvé. Souvent la preuve de la nationalité reposera sur une présomption que viendra étayer la fourniture d'actes officiels. Plusieurs possibilités s'offrent alors au requérant. La meilleure possibilité offerte en matière de preuve de la nationalité demeure la fourniture de documents officiels d'état civil. Les documents qui retiennent le plus l'attention des juges restent les certificats consulaires d'immatriculation et d'enregistrement. Pourvu qu'ils soient régulièrement établis, ils présentent un caractère probant tout à fait pertinent. Ainsi, dans la décision concernant le cas de *Dona Tomasa Rocatallada y Escartin*, les arbitres chargés de régler le litige ont estimé, que la demanderesse a suffisamment prouvé sa nationalité en produisant « *un certificat du Consulat d'Espagne considéré comme suffisant* ³⁹² ». Dans l'affaire *Georges Pinson*, l'arbitre estima que : « *les certificats d'immatriculation à titre de ressortissants français, délivrés par les consulats de France au Mexique, en conformité avec la législation spéciale, ont pour moi une forme probante telle, que je les accepte comme pleinement suffisants à asseoir ma conviction que le porteur du document est de nationalité française* ³⁹³ ». Dans le même esprit, concernant les actes de naissance, bien que leur valeur soit jugée inférieure aux certificats consulaires, il n'en demeure pas moins que s'ils ont été officiellement établis, ils sont considérés comme une preuve suffisante de la nationalité. En revanche, les certificats de baptême présentent une valeur probante tout à fait discutable étant donné leur caractère non officiel, du fait de la non intervention d'un officier d'état civil, garant et représentant de son Etat.

Enfin il convient peut être de réserver des développements, certes rapides mais nécessaires, tout au moins à part, en ce qui concerne les certificats de naturalisation. En effet, leur valeur en ferait une preuve négligeable de la possession d'une nationalité précise et du nouveau lien de rattachement d'un individu à un Etat, mais l'apport de la jurisprudence Nottebohm vient en limiter les effets. Ainsi, la Cour internationale de justice, en reconnaissant que « *la naturalisation n'est pas une chose à prendre à la légère* ³⁹⁴ » vient implicitement limiter la force probante des certificats de naturalisation. Ainsi, et suivant cette position, pour qu'une naturalisation soit une preuve suffisante de la nationalité, encore faut-il qu'elle ait été accordée sans et surtout qu'elle traduise explicitement ce fameux lien de rattachement réel et effectif.

³⁹² Voir la décision *Dona Tomasa Rocatallada et Escartin* 1928, Recueil, 1928, pp.371-378.

³⁹³ Affaire *Georges Pinson*, Commission franco-mexicaine des réclamations, S.A. ? 19 OCTOBRE 1928, R.S.A vol V, pp.361-369.

³⁹⁴ Voir Affaire *Nottebohm*, op.cit., p.24

Conclusion

Quelles conclusions peut-on tirer de cette réflexion sur la protection diplomatique des individus ? Il est évident que dénier le caractère éminemment étatique et hautement discrétionnaire de l'institution reviendrait à remettre en cause des siècles de doctrine, de jurisprudence et de pratiques étatiques. Tel n'a pas été notre but. En revanche, ce qui peut paraître paradoxal c'est que l'individu n'est que le bénéficiaire d'un droit dont l'Etat est le seul titulaire, alors même qu'il a directement subi un préjudice.

Faire de la protection diplomatique un droit subjectif de l'Etat est la norme en cours actuellement. Faire de cette même protection un droit subjectif de l'individu ne semble pas encore être à l'ordre du jour. Cependant, certains indices nous laissent penser que l'individu pourrait bien être un jour titulaire d'un tel droit. En effet, alors que pendant des siècles il était totalement dépourvu sur la scène internationale, l'individu commence à se voir reconnaître un statut à part entière, au sein de ce groupement fort élitiste qu'est la société internationale. L'on assiste de plus en plus à une reconnaissance, en faveur de l'individu, des droits naturels et fondamentaux. Peut-on considérer que la protection diplomatique soit comprise au nombre de ces droits ? Pourquoi pas. En tout cas, ce qui est certain c'est que l'Institution a tendance à évoluer. En effet, comment expliquer que certaines constitutions prévoient en leur sein des dispositions qui font de la protection des nationaux à l'étranger une des missions sacrées et reconnues de l'Etat ? De même, comment expliquer que dans le cadre de l'Union Européenne, un traité reconnaisse aux citoyens européens un véritable droit à la protection diplomatique sous la forme de l'assistance consulaire ? Pourquoi la Commission du droit international vient-elle, il y a quelques jours de rendre un rapport au terme duquel est reconnue la validité de la renonciation individuelle à la protection diplomatique ? Si de telles possibilités ont été prévues, c'est que le passage d'un droit objectif à un droit subjectif est envisageable. Si tel est le cas, n'en reviendrait-on pas au système moyenâgeux des lettres de représailles ? Ces indices sembleraient alors constituer les prémices d'une reconnaissance, en droit international, d'un véritable droit subjectif et individuel à la protection diplomatique.

Quand bien même cela ne serait pas le cas, les mécanismes des droits de l'homme permettent désormais aux individus de se défendre eux-mêmes, en invoquant leur qualité de victime directe, au plan international. La protection diplomatique disparaîtra-t-elle au profit de ces nouveaux mécanismes ? Cela semble difficilement envisageable, même si les individus préféreront peut-être y avoir recours plutôt que de devoir attendre une hypothétique intervention de leur Etat.