

# LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES DOUBLES NATIONAUX : RECONSIDÉRATION DES FONDEMENTS DE LA RÈGLE DE NON-RESPONSABILITÉ \*

PAR

Pierre KLEIN

Assistant à la Faculté de droit de l'U.L.B.

La protection diplomatique est une institution classique du droit des gens. Elle peut être définie comme étant l'

« [a]ction d'un Gouvernement auprès d'un Gouvernement étranger pour réclamer à l'égard de ses nationaux ou, exceptionnellement, de certaines autres personnes, le respect du droit international ou pour obtenir certains avantages à leur profit » (1).

Une telle action requiert la réunion de deux conditions : l'épuisement des voies de recours internes de l'Etat auteur de l'acte illicite (2), d'une part, et un lien de nationalité entre l'individu et l'Etat qui prétend le protéger (3), d'autre part.

Ce dernier principe, apparemment simple, se complique lorsque la personne protégée possède deux ou plusieurs nationalités. Le problème peut se poser en cas d'exercice de la protection diplomatique d'une telle personne par l'un des Etats dont il est ressortissant soit à l'encontre de l'autre Etat national de l'individu, soit à l'encontre d'un Etat tiers. Ce second cas de figure ne crée guère de difficultés : la règle posée par l'article 5 de la convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité est unanimement acceptée. Cet article dispose que

« [d]ans un Etat tiers, l'individu possédant plusieurs nationalités devra être traité comme s'il n'en avait qu'une, sans préjudice des règles de droit appliquées dans l'Etat tiers en matière de statut personnel et sous réserve des conventions en vigueur. Cet Etat pourra sur son territoire reconnaître exclusivement parmi les nationalités que possède un tel individu soit la nationalité du pays dans

\* Nous tenons tout particulièrement à remercier le professeur Jean Salmon pour les conseils précieux qu'il nous a prodigués ainsi que P.V. pour l'efficacité de son assistance.

(1) BASDEVANT, Jules, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, p. 485.

(2) C.I.J., *Affaire de l'Interhandel*, *Recueil* 1959, p. 27.

(3) C.P.J.I., *Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, *Série A/B*, n° 76, pp. 16-17.

lequel il a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparaît comme se rattachant le plus en fait. »

La même unanimité ne règne assurément pas pour ce qui est de la première hypothèse, pourtant réglée elle aussi par le même texte. L'article 4 de la convention de La Haye prévoit en effet qu'« un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national ». Cette disposition constitue l'expression de la théorie dite de la non-responsabilité qui veut qu'un Etat ne puisse encourir de responsabilité internationale pour le traitement auquel il soumet ses propres ressortissants et que ceux-ci, possédassent-ils une autre nationalité, ne puissent traduire leur propre Etat devant une juridiction internationale (4).

Il fut longtemps prétendu que la règle contenue dans cet article constituait l'exacte traduction de la pratique internationale dans ce domaine. Mais dès le départ, une autre théorie concurrençait celle dont nous venons de parler : celle de la nationalité effective et dominante. Elle consiste à prendre en compte l'effectivité des liens qu'un réclamant investi des nationalités de l'Etat demandeur et de l'Etat défendeur peut avoir avec chacune de ses patries et à se baser sur celle-ci pour décider de la recevabilité de sa plainte, cette dernière étant rejetée lorsque ces liens avec l'Etat défendeur sont prédominants.

C'est sur base de cette seconde théorie que nombre de cas ont été tranchés tant avant qu'après l'adoption de la convention de La Haye de 1930 et la jurisprudence la plus récente confirme la faveur dont elle continue de bénéficier auprès des arbitres saisis de tels litiges (5).

Nous tenterons de démontrer ici que cette théorie des liens effectifs et dominants constitue en fait le droit applicable aux situations de protection diplomatique des doubles nationaux, à l'exclusion de la règle de la non-responsabilité.

Nous estimons en effet la valeur coutumière de cette dernière discutable (Section I), sa valeur conventionnelle réduite (Section II) et les arguments de fond avancés en sa faveur souvent caducs (Section III).

(4) C'est pour des commodités de langage que nous nous référerons par la suite à cette théorie sous l'appellation de « règle de non-responsabilité » — la règle est en effet généralement connue sous cette dénomination, plus rarement sous celle de règle d'égalité — même s'il est clair que nous sommes ici en présence d'une question de recevabilité des demandes de doubles nationaux. La non-responsabilité de l'Etat ne constitue que la conséquence de l'irrecevabilité de la plainte formulée contre lui.

(5) Dans son arrêt *A/18* de 1984, le tribunal des différends irano-américains a déclaré cette théorie applicable à toutes les demandes introduites par des doubles nationaux ; voyez *infra*, pp. 208 et 209.

SECTION I<sup>re</sup>. — LA VALEUR COUTUMIÈRE  
DE LA RÈGLE DE NON-RESPONSABILITÉ EST DISCUTABLE

La règle posée par l'article 4 de la convention de La Haye de 1930 se veut une codification des principes se dégageant de la jurisprudence antérieure et de la pratique des Etats. Si cette dernière présente une certaine constance, pour certains Etats tout au moins, les sentences du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle sont par contre loin d'être univoques. C'est d'ailleurs pourquoi la qualification d'article codificateur de coutume donnée à cette disposition (6) fut ultérieurement contestée (7). La jurisprudence antérieure à 1930 n'a fait qu'une application parcimonieuse de la règle de non-responsabilité et dans quatre des sept applications que nous avons recensées, l'arbitre recourt parallèlement à des notions d'effectivité.

La question de la recevabilité de plaintes émanant de doubles nationaux s'est posée à maintes reprises aux commissions et juridictions arbitrales mixtes qui fleurissaient à une époque où des situations révolutionnaires ou insurrectionnelles prévalaient en de nombreux points du globe. Elles étaient la conséquence du souci des puissances de l'époque d'assurer à leurs ressortissants la réparation des préjudices qu'ils avaient pu subir au cours de tels événements.

Et il arrivait, bien plus souvent que ne l'avaient pu penser les rédacteurs des traités instituant pareilles commissions, que des réclamations soient introduites par des personnes possédant à la fois la nationalité de l'Etat auteur du dommage et celle de l'Etat qui endossait leur plainte. Le problème n'étant pas réglé par ces textes, c'était aux arbitres que revenait le périlleux honneur de le résoudre.

La première énonciation de la règle de la non-responsabilité peut être trouvée dans l'opinion émise par le commissaire américain Frazer (8), membre de la commission anglo-américaine, dite de Newport, dans l'affaire *Alexander* (9).

(6) ROUSSEAU, Charles, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1953, p. 364; WEIS, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, London, Stevens and Sons, 1956, p. 195; BAAR-YACOV, N., *Dual Nationality*, London, Stevens and Sons, 1961, p. 76 et de manière plus nuancée, FLOURNOY, R.W., *Nationality Convention, Protocols and Recommendations adopted by the First Conference on the Codification of International Law, A.J.I.L.*, 1930, p. 471.

(7) Ainsi, L. Siorat estime que cette solution « fut un moment sur le point d'avoir valeur de coutume internationale (La protection diplomatique, in *Juris-Classeur de droit international*, T. III, Paris, Ed. Techniques, 1965, Fasc. 250-B, n° 20) et P. WEIS, dans la nouvelle édition de son *Nationality and Statelessness in International Law* (Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhof, 1979), pense qu'il est « doubtful whether this [qualification] is still correct today in view of the practice of international tribunals to apply the concept of effective link » (p. 200).

(8) Le laconisme des premières sentences arbitrales examinées oblige souvent à se référer aux opinions concurrentes des commissaires pour connaître les motivations de la décision.

(9) MOORE, John Basset, *International Arbitrations* (ci-après *I.A.*), T. III, p. 2531.

Né aux Etats-Unis de père britannique, un certain Alexander possédait les deux nationalités américaine et britannique. Il était retourné dans sa jeunesse en Ecosse où il avait exercé diverses fonctions officielles et résida par la suite pour partie en Ecosse et pour partie au Kentucky où il mourut. Ses héritiers demandaient aux Etats-Unis la réparation de dommages occasionnés à la propriété du *de cuius* durant la guerre de Sécession. Leur réclamation fut rejetée sur base du fait que

« [t]he practice of nations in such cases [de double nationalité] is believed to be for their sovereign to leave the person who has embarrassed himself by assuming a double allegiance to the protection which he may find provided for him by the municipal laws of that other sovereign to whom he thus also owes allegiance. To treat his grievances against that other sovereign as subjects of international concern would be to claim a jurisdiction paramount to that of the other nation of which he is also a subject. Complications would inevitably result, for no government would recognize the right of another to interfere thus in behalf of one whom it regarded as a subject of its own ».

Les deux arguments essentiels découlant du principe de souveraineté de l'Etat et qui seront largement repris par la suite sont ici mis en avant :

- seules les voies de recours qui lui sont ouvertes par l'Etat responsable du dommage sont accessibles au double national qui demande réparation car il ne pourrait assigner son propre Etat devant une juridiction internationale ;
- le fait pour un Etat de prendre fait et cause pour un de ses nationaux contre l'Etat dont celui-ci est également ressortissant créerait inévitablement des frictions car cela correspondrait à une intervention dans les affaires intérieures de cet Etat. (10)

Le troisième argument, conséquence du principe d'égalité des Etats, est énoncé par le commissaire Findlay, membre américain de la commission américano-vénézuélienne instituée par le traité du 5 décembre 1885, dans l'affaire *Hammer et De Brissot* (11). Les deux plaignantes, vénézuéliennes de naissance et américaines par mariage demandaient réparation au Venezuela du dommage qui résultait pour elles de la mort de leurs maris, tués par des éléments factieux de l'armée de ce pays. Findlay, s'interrogeant sur les effets extraterritoriaux que pourrait avoir, « against the will and policy of another country », la loi américaine accordant la nationalité de leur mari aux étrangères qui épousent des citoyens américains conclut que

« [w]hatever rights the United States has in its power to bestow will unquestionably pass under the law establishing the status of citizenship in favor of non-resident aliens, including the right [...] to prosecute any claim against the United States ; but more than this cannot be done, without interfering with the rights

(10) V. aussi l'opinion dissidente du même commissaire, *in fine*, dans l'affaire *Agnès Pollock later J.B. Halley* devant la même commission (MOORE, *I.A.*, T. III, p. 2242).

(11) MOORE, *I.A.*, T. III, p. 2456.

of other states and involving them and herself in conflicting claims of the most absurd character » (12).

La plainte d'un double national doit donc être déclarée irrecevable car admettre le contraire serait donner la préférence à la nationalité de l'Etat demandeur et, par là, reconnaître la supériorité de sa loi sur celle de l'Etat défendeur.

Les troubles internes qu'a connus le Venezuela se sont poursuivis jusqu'au début de ce siècle et ont constitué la source d'un important contentieux entre ce pays et les puissances européennes intervenant en faveur de leurs ressortissants lésés.

C'est dans ce cadre qu'ont été rendus ce qu'il est convenu de nommer les « arbitrages vénézuéliens ». De claires références au principe de non-responsabilité peuvent être trouvées dans certaines sentences. Elles ne nous semblent cependant en constituer la *ratio decidendi* qu'extrêmement rarement. L'ensemble de ces décisions prête une grande attention aux liens effectifs des demandeurs avec l'un ou l'autre des Etats en cause et c'est pourquoi nous les retrouverons aussi plus loin.

Tout comme dans la précédente sentence, le surarbitre Plumley, président de la commission anglo-vénézuélienne, insiste, dans l'affaire *Stevenson*, sur le fait que les lois étrangères sur la nationalité ne peuvent avoir d'effet au Venezuela que dans la mesure où ce pays le leur permet (13).

De même dans l'affaire *Maninat* (14) dont a eu à connaître la commission franco-vénézuélienne instituée par le Protocole de Paris du 19 février 1902, l'arbitre a précisé, en présence d'une réclamation émanant de personnes nées de parents français sur le territoire du Venezuela, que

« France may not intervene, as to do so would make her law superior to the law of Venezuela, which is not permissible as between two sovereign nations. The right of Venezuela, as the respondent Government, to regulate her own internal affairs and to determine who are her citizens, involving mutual protection and support, is too essential an attribute of sovereignty to be invaded or disturbed » (15).

Enfin, le même arbitre a réaffirmé dans l'affaire *Massiani* (16) que

« to be sovereign and independant, each country must be master of its internal policy and subject neither to advice nor control by any other country or by all other countries in respect to such matters. France would not brook that Venezuela should name to her who are her citizens : she must be content to ascribe equal privileges of selection to her Sister Republic » (17).

(12) *Ibid.*, p. 2460.

(13) *R.S.A.*, vol. IX, pp. 507-508.

(14) *R.S.A.*, vol. X, p. 55.

(15) *Ibid.*, p. 79.

(16) Même commission, *Ibid.*, p. 159.

(17) *Ibid.*, p. 184.

Ce sont là les seules décisions énonçant des justifications à la règle. En effet, si, comme nous le verrons, celle-ci fut répétée par la suite, aucun argument nouveau — voire aucun argument du tout — n'est invoqué à son appui. Il ne s'agit plus alors que de la répétition mécanique d'une règle qui paraît solidement ancrée.

Ainsi, bien qu'il exclue son application dans le cas d'espèce, le professeur Verzijl, président de la commission franco-mexicaine, se réfère dans l'affaire *Pinson* (18) à

« la doctrine assez généralement admise en droit des gens [...] selon laquelle un Etat n'est pas qualifié à se prévaloir de son droit de protéger ses ressortissants par la voie diplomatique dans le cas où les ressortissants à protéger possèdent en même temps le *status* de nationaux de l'Etat vis-à-vis duquel ledit droit de protection doit être mis en action » (19).

De même, la commission anglo-mexicaine s'est ralliée aux conclusions de l'agent mexicain lorsqu'il affirmait dans l'affaire *Oldenburg* (20) qu'

« in such cases, the principle generally followed has been that a person having dual nationality cannot make one of the countries to which he owes allegiance a defendant before an international tribunal. A person cannot sue his own government in an international court, nor can any other government claim on his behalf ».

Il faut noter qu'il ne s'agit ici que d'une répétition littérale des propos du professeur Borchard (21).

On le voit, les affirmations jurisprudentielles de la règle de non-responsabilité ne sont pas légion. La pratique des Etats aurait pu lui fournir une base plus solide si elle avait présenté une plus grande uniformité. Tel n'était pas le cas.

En effet, si plusieurs Etats se prononçaient clairement en faveur de la règle de la non-responsabilité, comme en témoignent les réponses dépourvues de toute ambiguïté qu'ils firent aux questions qui leur furent posées dans le cadre de l'élaboration de la convention de La Haye de 1930 (22),

(18) *R.S.A.*, vol. V, p. 327.

(19) *Ibid.*, p. 381. M. Verzijl poursuit : « Tout en reconnaissant le bien-fondé de cette doctrine pour les cas où l'individu en question est *effectivement* considéré et traité comme sujet par chacun des deux Etats en cause [...], je crois cependant devoir formuler certaines réserves quant à son admissibilité dans le cas où l'une ou l'autre de ces deux conditions ne se trouverait pas remplie ». Comme l'a précisé la commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé-Strunsky* (*R.G.D.I.P.*, 1959, p. 125 — voir *infra*), « bien que le mot 'effectivement' semble se rapporter au principe de la nationalité effective [et dominante], il n'en va pas ainsi dans le cas d'espèce, parce que l'hypothèse envisagée par le professeur Verzijl n'est pas celle qui consiste à choisir entre deux nationalités, mais seulement celle de déterminer lequel des deux Etats concurrents considère et traite effectivement comme son national la personne en question » (p. 135).

(20) Décision du 19 décembre 1929, *R.S.A.*, vol. V, pp. 74-75.

(21) *V. infra*, p. 191.

(22) Ko Swan Sik, dans son analyse très détaillée de la Conférence (*De meervoudige nationaliteit*, Leiden, Sijthoff, 1957, pp. 198 à 228) distingue cinq types de positions différentes des Etats. Nous retiendrons uniquement la ligne de partage entre Etats favorables à la théorie des liens effectifs et dominants et Etats partisans de la théorie de la non-responsabilité.

nombre d'autres membres de la communauté internationale optaient dans le même temps en faveur de la théorie des liens effectifs et dominants, comme nous le verrons plus loin.

Parmi les partisans de cette première théorie figurait l'Allemagne : « [s]elon l'usage allemand, la protection diplomatique ne saurait en aucun cas être exercée en faveur d'un individu possédant deux nationalités à l'encontre de l'autre Etat dont cet individu est également ressortissant » (23).

Le gouvernement autrichien « ne reconnaît pas à un autre Etat le droit d'exercer en Autriche sa protection diplomatique au profit d'un individu qui, d'après les lois autrichiennes, est à considérer comme autrichien » (24).

Pour la Finlande, « [p]ourvu qu'un Etat A admette, de sa part, que l'individu en question est à considérer en même temps comme ressortissant d'un autre Etat B, conformément à la législation de celui-ci et, en vertu de considérations autres que celles de simple résidence dans le pays, il doit, en principe, s'abstenir d'exercer sa protection diplomatique au profit de cet individu » (25).

Les gouvernements polonais (26) et suédois (27) défendent un point de vue identique.

La Grande-Bretagne, se référant à l'affaire *Stevenson* précitée estime que si un « individu est à la fois ressortissant de l'Etat A et de l'Etat B [...], l'Etat A ne saurait prétendre lui accorder la protection diplomatique contre l'Etat B » (28).

Cette position britannique est partagée par l'Inde (29) et la Nouvelle-Zélande (30).

Ainsi, sur les 27 Etats qui se sont exprimés sur la question à l'époque, huit seulement ont pris clairement position en faveur de la règle de la non-responsabilité. L'article 4 fut cependant adopté à une majorité de 29 voix contre 5.

La doctrine a joué un rôle déterminant dans l'évolution des esprits à l'égard de cette règle. C'est sur base des analyses des précédents jurisprudentiels faites par quelques auteurs que les opinions se sont forgées, au début de ce siècle. Or ceux-ci se sont le plus souvent arrêtés à la solution

(23) Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion*, T. I, Nationalité, Genève, 1929, p. 25.

(24) *Ibid.*

(25) *Ibid.*, p. 27. Le gouvernement finlandais souhaitait toutefois qu'une exception soit faite « pour le cas où cet individu serait traité par l'Etat B d'une manière incompatible avec les droits de l'homme et du citoyen, tels qu'ils sont reconnus par les nations civilisées, notamment si ce traitement inéquitable se présentait comme une conséquence de sa double nationalité ». On le sait, la Conférence a préféré ne pas s'embarrasser de pareilles nuances.

(26) *Ibid.*

(27) *Ibid.*

(28) *Ibid.*, p. 28.

(29) *Ibid.*

(30) *Ibid.*, p. 29.

apportée dans chaque cas d'espèce sans s'inquiéter des motivations des décisions et du chemin parcouru par les arbitres pour arriver à cette solution. La règle générale était d'autant plus facile à déduire que dans tous les cas, la demande émanant d'un double national fut en fin de compte rejetée.

Dès 1910, Ralston — qui présida plusieurs commissions arbitrales — écrivait dans son *Law and procedure of international tribunals* (31) que

« the general rule of commissions may be summed up as being [...] that when a claimant is a citizen by the respective laws of both demandant and respondent countries, no recovery may be had, because it is the right of neither state to force upon the other its laws in determining the question of right, and in parity of right, the claim fails » (32).

L'irrecevabilité est donc justifiée ici par le principe d'égalité des Etats. Dans son célèbre *Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (33), le professeur Borchard résume la jurisprudence comme suit :

« [t]he principle generally followed has been that a person having dual nationality cannot make one of the countries to which he owes allegiance a defendant before an international tribunal »,

ce qu'il justifie par le fait qu'« a person cannot sue his own government in an international court, nor can any other government claim on his behalf ».

Nous avons vu que l'autorité de ces propos fut telle que certaines sentences arbitrales se réfèrent à eux seuls pour rejeter les plaintes de doubles nationaux (34). L'auteur réserve cependant la place importante accordée par les sentences au domicile du plaignant. Ce n'est que

« [i]f it appeared that the claimant had elected the citizenship or that he could properly be regarded as a citizen of the defendant country [que] the claim was dismissed for lack of jurisdiction » (35).

Ces nuances ont cependant disparu de son propos lorsque, quelques années plus tard, il affirme en tant que rapporteur sur la question de « la protection diplomatique des nationaux à l'étranger » à la session d'Oslo de l'Institut de droit international que

« c'est une règle bien établie du droit international qu'un individu possédant deux nationalités ne peut exiger que l'un des pays auxquels il doit allégeance soit traduit comme défendeur devant un tribunal international » (36).

On retrouve la même assurance dans les « Draft Articles on the Responsibility of States for Damages Done in their Territory to the Person or Pro-

(31) Revised edition, Stanford University Press, 1926.

(32) § 311, p. 172.

(33) New York, Banks Law Publishing Co., 1922, p. 588.

(34) V. spécialement *supra*, p. 189, l'affaire *Oldenbourg* et *infra*, p. 205, l'affaire *Adams et Blackmore* devant la commission anglo-mexicaine.

(35) *Ibid.*

(36) *A.I.D.I.*, 1931, T. I, p. 289 ; nous soulignons.



perty of Foreigners » de la Harvard Law School (37). En effet, l'article 16(a) qui prévoit qu' « [a] State is not responsible if the person injured or the person on behalf of whom the claim is made was or is its own national » reflète, selon ses rédacteurs,

« a well-established rule that on behalf of a person having dual nationality, one of the States of which he is a national cannot make the other State of which he is a national a defendant before an international tribunal » (38).

Si pendant la période antérieure à 1930 quelques décisions font donc effectivement application du principe de non-responsabilité pour rejeter les demandes de doubles nationaux, d'autres, nous le verrons, les rejettent sur des bases toutes différentes. De plus, il est important de relever que quatre décisions sur les sept citées font dans le même temps appel à la notion de nationalité effective. Les précédents qui militent en faveur de la règle de non-responsabilité sont donc peu nombreux. Ceci n'empêche pas un important et influent courant doctrinal de poser cette théorie en règle générale et absolue.

Pourtant, des applications de la théorie de la nationalité effective et dominante peuvent être décelées dans la jurisprudence la plus ancienne ainsi que dans la pratique de nombre d'Etats.

Dans de très nombreuses sentences en effet, les arbitres se livrent à un examen minutieux du comportement antérieur du demandeur ; ils s'attachent à déterminer celle de ses patries avec laquelle le double national présente les liens les plus importants et sa plainte est rejetée toutes les fois où ceux-ci le rattachent plus à l'Etat défendeur. Si les plaintes introduites par des doubles nationaux contre l'un des Etats dont ils possèdent la nationalité sont rejetées, ce n'est de toute évidence pas en application de la théorie de la non-responsabilité. En effet, s'il suffisait d'appliquer cette règle de manière automatique, l'arbitre ne se préoccuperait guère des liens du demandeur avec l'un ou l'autre des Etats en cause et la plainte du double national serait déclarée irrecevable *de plano* (39).

La première trace de la théorie de la nationalité effective et dominante peut être trouvée dans l'affaire *Drummond*, en 1834. Techniquement, il ne s'agit pas d'un cas de protection diplomatique mais bien de réparation sur base du traité de Paris du 30 mai 1814. Il nous semble cependant intéressant de conserver ce précédent car la question qui se pose est tout de même celle de la recevabilité d'une plainte d'un double national contre un des Etats dont il possède la nationalité. La réclamation que Drummond avait introduite devant les « commissioners for liquidating British claims on

(37) *A.J.I.L.*, 1929, Sp. Supp., p. 135.

(38) *Ibid.*, p. 200.

(39) Voyez à cet égard et dans le même sens l'analyse très complète de GRIFFIN, W.L., *International Claims of Nationals of Both the Claimant and Respondent States — The Case History of a Myth*, *International Lawyer*, 1966-1967, pp. 400 à 423.

France » pour obtenir réparation des dommages consécutifs à la confiscation de ses propriétés lors de la Révolution française ayant été rejetée, il avait interjeté appel de cette décision devant le « Judicial Committee » du « Privy Council ». Cette dernière instance rejeta son appel, estimant qu'

« [a]lthough J.L. Drummond was technically a British subject in the years 1792 and 1794, yet he was also, at the same time, in form and in substance, a French subject, domiciled in France, with all the marks and attributes of French character. He and his family had resided in France for more than a century ; and the act of violence that was done towards him was done by the French Government in the exercise of its municipal authority, over its own subjects » (40).

La résidence du requérant en France ainsi que le fait que sa famille était établie dans ce pays depuis plus d'un siècle ont amené les juges britanniques à estimer que les liens plus importants qui le rattachaient à ce pays l'empêchaient d'intenter une action contre lui, bien qu'il fût dans le même temps sujet britannique.

Le rôle fondamental de l'effectivité à travers l'élection de domicile par le plaignant dans l'un ou l'autre des pays dont il possède la nationalité apparaît aussi clairement dans l'opinion dissidente du commissaire Frazer dans l'affaire *Agnes Pollock later J.B. Halley* dont a eu à connaître la commission de Newport (41). Alors que la commission accorde réparation aux héritiers anglo-américains d'un sujet britannique malgré le fait que les premiers résidaient aux Etats-Unis, le commissaire américain estime pour sa part que cette résidence aux Etats-Unis devrait rendre leur réclamation irrecevable car

« one born in the United States of British parents residing here would be protected by the United States as fully as any American against wrongs from other countries [...] and if born here of British parents during a temporary sojourn, but afterwards domiciled in England and never residing here, the United States would practically treat him as not an American refusing to intervene on his behalf against any other government » (42).

D'autres éléments que la seule résidence seront pris en compte par les commissaires français et américains dans l'affaire *Lebret* (43). Cette veuve d'un Français naturalisé américain possédait la nationalité américaine pour les Etats-Unis et la nationalité française pour la France. Elle demandait réparation des dommages causés à sa propriété de Louisiane pendant la guerre de Sécession. Les membres de la commission vont s'accorder à reje-

(40) (1834) 2 *Knapp* 295, in *B.I.L.C.*, T. IV, p. 561.

(41) *MOORE, I.A.*, T. III, p. 2242.

(42) *Ibid.* Le fait que cette opinion émane du même Frazer que nous mentionnions plus haut comme défenseur de la théorie de la non-responsabilité (dans l'affaire *Alexander*) montre bien qu'en cette matière, la prudence s'impose. La *ratio* de nombreuses décisions de la fin du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle n'était de toute évidence pas toujours aussi nette qu'on a bien voulu l'affirmer.

(43) *Ibid.*, p. 2488.

ter sa plainte sur base du fait que ses liens avec la France sont trop distendus pour justifier que cet Etat puisse la protéger encore.

Ainsi, pour le commissaire américain Alvis, les Lebret

« accumulated a large property [...], they have never returned to France, and have never shown the least intention of returning there ; have never contributed anything to aid France in Peace or War [...] ; she [la demanderesse] is 73 years old and all her interests and relatives appear to be in this country » (44).

De la même manière, M. de Geofroy, le commissaire français relève que

« tout en invoquant la protection de la France pour ces intérêts foncièrement américains, elle [la plaignante] n'a jamais manifesté aucune disposition à se rattacher d'une manière effective à la mère patrie, que depuis 40 ans elle n'a servie en aucune manière, ni en lui fournissant des citoyens au cas où elle a eu des enfants, ni en contribuant à ses impôts » (45).

Et il ajoute :

« je ne la déclare pas dénationalisée, je n'en aurais d'ailleurs pas le droit, mais je ne considère pas la France comme tenue de protéger indéfiniment une nationalité aussi platonique [...] ni d'engager son action en faveur de tels ressortissants et de tels intérêts » (46).

Combinée avec la résidence, l'absence de retour et, *a fortiori*, d'intention de retour vers le pays dont le réclamant a aussi la nationalité et où il ne réside pas, est souvent prise en compte par les arbitres pour décider de la recevabilité de la plainte. C'était le cas dans l'affaire *Lebret*, ce l'est aussi dans l'affaire *Hammer et De Brissot*, précitée (47).

Le commissaire vénézuélien Andrade concluait à l'irrecevabilité de la plainte des requérantes, doubles nationales américano-vénézuéliennes, sur base du fait que

« while [...] they have, after becoming widows, continued to reside in Venezuela without having ever made any declaration whatever as to their desire of preserving such [American] citizenship or without having ever come to the United States, which seems to show not only by the fact of their birth but also by their own free will that they prefer the Venezuelan citizenship » (48).

La commission estime dès lors que

« in case of conflict between several citizenships, that is to be preferred which is more in accordance with the actual position of the person, namely that of the place of his actual residence and domicile » (49).

(44) *Ibid.*, p. 2506.

(45) *Ibid.*, p. 2496.

(46) *Ibid.*, p. 2497.

(47) *Supra*, p. 187.

(48) MOORE, *op. cit.*, pp. 2458 et 2459.

(49) *Ibid.*, p. 2459.

L'ensemble des arbitrages vénézuéliens présente certaines particularités, telles les motivations parfois confuses des sentences ainsi que la place accordée aux débats sur la nationalité et principalement sur les modes d'attribution de celle-ci. On y trouve de longues controverses sur la préférence qui doit être accordée pour les uns au *jus soli* et pour les autres au *jus sanguinis* et les arbitres vont dans certains cas jusqu'à décider que les plaignants ne possèdent qu'une seule nationalité alors qu'il est manifeste qu'ils sont doubles nationaux (50)... toutes choses ne rendant pas l'analyse plus aisée.

Certains traits dominants se dégagent cependant de cette jurisprudence dans le domaine qui nous intéresse et particulièrement la grande attention prêtée par les arbitres aux liens des réclamants avec l'un ou l'autre des pays dont ils ont la nationalité, en particulier du fait du domicile.

Dans l'affaire *Mathison* (51), le surarbitre Plumley, président de la commission anglo-vénézuélienne insiste sur les liens étroits du réclamant avec le Venezuela ; il décide que s'il possède réellement deux nationalités, « then the law of domicile prevails » et que la plainte doit en conséquence être rejetée. Le même Plumley sera beaucoup plus explicite dans l'affaire *Stevenson*, portée devant la même commission (52).

La plaignante, vénézuélienne de naissance, était devenue britannique par son mariage avec un sujet de Sa Gracieuse Majesté et, au décès de celui-ci, avait recouvré sa nationalité d'origine à l'égard du Venezuela, conformément à la loi de ce pays.

Le surarbitre va conclure au rejet de sa demande car ses liens avec le Venezuela étaient de très loin plus importants que ceux qu'elle pouvait avoir avec la Grande-Bretagne :

« In Venezuela is found the home of her parents, her own birthplace, the old family rooftree, the graves of her family, and of her kindred and all of the tender associations which cluster around the home of one's youth. Here she found her husband ; here her children were born ; here she erected her own family altar ; here remained the friends of her childhood, and here were all children when her husband died ; here were all the familiar scenes which had become woven into the warp and woof of her life [...]. There is not the slightest evidence that she ever had a thought of allegiance to Great Britain or ever suggested to her sons in their strenght that their hearts should be fixed in loyalty to the British sovereign and their hands ready for his defense » (53).

Et plus loin, afin qu'aucun doute ne puisse subsister sur cet examen aux inhabituelles qualités poétiques, Plumley précise :

(50) Il s'agit soit d'épouses vénézuéliennes d'origine qui perdent leur nationalité d'origine durant toute la durée de leur mariage avec un étranger et la recouvrent à la mort de celui-ci, conformément à la législation vénézuélienne — elles sont donc à ce moment vénézuéliennes pour le Venezuela et de la nationalité de leur mari pour l'Etat dont celui-ci était ressortissant —, soit des enfants nés au Venezuela de père étranger qui possèdent la nationalité vénézuélienne *jure soli* et celle de leur père *jure sanguinis*.

(51) *R.S.A.*, vol. IX, p. 489.

(52) *Ibid.*, p. 494.

(53) *Ibid.*, pp. 498 et 499.

« Had Mr. Stevenson taken his wife within the dominions of Great Britain to reside, and had he there remained and died leaving her domiciled there, and were she asserting a claim before this tribunal as one still domiciled in Great Britain or its dependencies, in the opinion of the umpire the law of Great Britain might well be taken as the controlling law and she be held to be a citizen of Great Britain as against Venezuela, notwithstanding the law of Venezuela reestablishing her citizenship in that country after the death of her husband » (54).

Des liens plus importants de la requérante avec la Couronne aurait donc bien amené la commission à lui accorder une réparation à charge du Venezuela alors qu'elle possédait aussi la nationalité de ce dernier pays.

Une compensation est finalement accordée aux seuls enfants du *de cuius* qui sont nés en dehors du territoire vénézuélien et qui ne possédaient dès lors que la nationalité britannique.

La commission italo-vénézuélienne sera, elle aussi, confrontée à des cas de double nationalité dans les affaires *Brignone* (55) et *Miliani* (56).

Dans la première espèce, l'arbitre s'est référé à l'autorité de Bluntschli, de Philimore et à la sentence *Hammer et De Brissot* précitée pour décider que la préférence doit être accordée à la nationalité de fait, c'est-à-dire celle qui s'unit au domicile. La réclamation introduite par la veuve vénézuélienne d'un ressortissant italien ayant toujours résidé au Venezuela est rejetée sur cette base.

L'on retrouve pourtant dans le sommaire de la décision l'affirmation selon laquelle « in the event of conflict of laws creating double citizenship, that of respondent nation must control » (57).

Rien d'étonnant dès lors à ce que cette décision soit fréquemment citée, comme la quasi-totalité des arbitrages vénézuéliens à l'appui de la théorie de la non-responsabilité. Nous pensons pourtant qu'entre accorder la préférence à la loi de l'Etat sur le territoire duquel le plaignant est domicilié et l'accorder à la « respondent nation », il y a plus qu'une nuance.

La solution apportée par l'arbitre dans cette affaire lui servira de modèle dans la seconde espèce.

Après avoir relevé que la veuve de Miliani, vénézuélienne de naissance, avait toujours vécu dans son pays d'origine, qu'elle présentait des liens plus importants avec le Venezuela qu'avec l'Italie et ne pouvait dès lors se voir reconnaître le *locus standi* devant le tribunal arbitral, l'arbitre observe que ses enfants se trouvent dans la même situation. Outre le fait qu'on suppose qu'ils ont toujours leur résidence au Venezuela,

(54) *Ibid.*, p. 500.

(55) *R.S.A.*, vol. X, p. 542.

(56) *Ibid.*, p. 584.

(57) *Op. cit.*, p. 542.

« [the] children were all born here, and, so far as it appears, have never claimed Italian citizenship till now or lived in Italy. It is scarcely to be supposed that they have any intention of living upon Italian soil » (58).

C'est en se référant à ces deux sentences que la commission franco-vénézuélienne va elle aussi résoudre le problème en accordant la préférence à l'Etat du domicile dans l'affaire *Maninat* (59). L'arbitre estime que « in a conflict of laws as to nationality, the law of the place of domicile should prevail » (60).

Les plaignants, nés de père français au Venezuela et ayant quasi constamment résidé dans ce pays, ne peuvent avoir accès à la juridiction arbitrale.

Enfin, dans l'affaire *Massiani* (61), la même commission rejette les plaintes tant de la femme que des enfants de celui-ci, visant à obtenir réparation du dommage qu'ils avaient subi consécutivement au décès de leur mari et père.

C'est sur base de la résidence continue de la femme au Venezuela que l'arbitre estime que sa nationalité vénézuélienne doit prévaloir. De même pour les enfants :

« [h]is children have attained full age and have also remained. The ties of race on the paternal side have been to them less strong than the ties which bound them to the country of their birth and the land of their maternal nationality »

alors qu'il leur aurait suffi de résider en France pour que cette nationalité soit considérée comme prédominante et que la réclamation des requérants soit recevable (62).

Comme nous l'avons remarqué plus haut, en abordant le problème comme un conflit de nationalités qu'il leur fallait trancher, les arbitres en arrivent plus d'une fois à priver d'une de leurs deux nationalités des personnes qui sont de toute évidence bi-nationales. Le domicile du requérant dans l'un des deux pays dont il possède la nationalité entraîne, du point de vue des arbitres, la perte de son autre nationalité. En fait, l'arbitre n'a pas le pouvoir de priver un bi-national d'une de ses nationalités, et il le sait. En choisissant une des deux nationalités et en rejetant l'autre, il préfigure en quelque sorte la solution qui sera dégagée par les juges de la Cour internationale de Justice dans l'arrêt *Nottebohm*, plus d'un demi-siècle plus tard ; il décide en fait de la nationalité qui doit être prise en compte par la commission, qui lui est opposable : la nationalité effective et dominante.

(58) *Op. cit.*, p. 581.

(59) *R.S.A.*, vol. X, p. 55.

(60) *Ibid.*, p. 78.

(61) *R.S.A.*, vol. X, p. 159.

(62) *Ibid.*, p. 184. V. aussi la très explicite opinion du commissaire vénézuélien, spécialement p. 161.

En ce qui concerne d'autre part l'importance accordée par les sentences au domicile, l'argument selon lequel il ne faudrait y voir que l'influence de la doctrine d'après laquelle l'état des personnes est régi par la loi du domicile, a été réfuté dès 1909 par Jules Basdevant (63). Selon lui, s'il est exact que celle-ci régit, dans certains pays, l'état des personnes, c'est seulement de leur état civil et des matières touchant à la condition privée des personnes qu'il s'agit. Or la nationalité relève du droit public. Pour l'éminent juriste, le domicile met en lumière le fait que cette nationalité correspond à la réalité, qu'elle est effective : « l'établissement du domicile prouve que cette nationalité a été préférée par l'intéressé ; c'est pourquoi on la fait prévaloir » (64).

Ces décisions et le recours systématique qu'elles font à la notion de nationalité effective — celle-ci étant mise en évidence par le domicile — illustrent donc parfaitement notre propos.

Souvent citée comme topique dans cette matière, la sentence *Canevaro* a été rendue en 1912 par la Cour permanente d'Arbitrage de La Haye, présidée par Louis Renault. Le requérant possédait les deux nationalités italienne et péruvienne selon les législations de ces deux pays et réclamait par l'entremise du gouvernement italien réparation des dommages causés à sa société par une série de mesures financières prises par le gouvernement péruvien.

Sa demande fut rejetée sur base du fait que ses liens avec le Pérou étaient bien plus importants que ceux qu'il pouvait encore avoir avec l'Italie, ce qui se traduisait d'ailleurs dans ses agissements :

« en fait Raffaele Canevaro s'est, à plusieurs reprises, comporté comme un citoyen péruvien, soit en posant sa candidature au Sénat où ne sont admis que les citoyens péruviens et où il est allé défendre son élection, soit surtout en acceptant les fonctions de Consul Général des Pays-Bas après avoir sollicité l'autorisation du Gouvernement puis du Congrès péruvien » (65).

L'Italie ne pouvait prétendre pouvoir défendre un individu dont les liens avec l'Etat contre lequel l'action était intentée étaient de toute évidence de loin supérieurs à ceux qu'il pouvait avoir avec elle puisqu'il avait brigué à plusieurs reprises des charges publiques dans cet autre pays où il était établi depuis de nombreuses années.

Après la première guerre mondiale, la théorie aura pour la première fois pour effet de faire déclarer recevable la plainte d'une bi-nationale contre un des Etats dont elle a la nationalité. Dans l'affaire *Dame Barthez de Montfort contre Treuhander*, le tribunal arbitral mixte franco-allemand a décidé que

(63) Conflits de nationalité dans les arbitrages vénézuéliens de 1903-1905, *R.D.I.P.*, 1909, pp. 41 à 63.

(64) *Ibid.*, p. 58.

(65) *R.G.D.I.P.*, 1913, p. 329.

« le principe de la nationalité active, c'est-à-dire la détermination de la nationalité par une combinaison d'éléments de fait et de droit [...] forme une base adéquate pour trancher le présent conflit de lois ; [...] la requérante, née à Montpellier, n'a jamais cessé d'avoir son domicile dans cette ville et d'y remplir ses devoirs civiques ; [...] il est seulement établi que, pendant la guerre, elle s'est réclamée de la nationalité allemande afin de faire virer les intérêts de sa créance inscrite au Reichsschuldbuch à la Württembergische Vereinsbank » (66).

C'est aussi la première fois que la théorie de la nationalité effective et dominante est clairement formulée en tant que telle (67) (68).

La commission tripartite américano-austro-hongroise est saisie à la même époque de deux affaires dans lesquelles les requérants, Tellech (69) et Fox (70), nés aux Etats-Unis et résidant en Autriche depuis leur enfance, se plaignaient d'avoir été mobilisés dans les forces armées autrichiennes. Tout en reconnaissant que Tellech n'a pas perdu sa nationalité américaine, la commission constate que

« [p]ossessing as he did dual nationality, he voluntarily took the risk incident to residing in Austrian territory and subjecting himself to the duties and obligations of an Austrian citizen arising under the municipal laws of Austria. Under the laws of Austria, to which claimant had voluntarily subjected himself, he was an Austrian citizen » (71)

et la protection des Etats-Unis ne pouvait dès lors lui être accordée.

La commission procéda par identité des motifs dans l'affaire *Fox*. Les commissaires ont donc pris en compte dans ces deux affaires la résidence de longue durée des requérants sur le territoire de l'Etat défendeur — ils résidaient en Autriche depuis l'âge de cinq ans — pour déclarer leur demande irrecevable.

Tout au long de cette première période, le domicile du plaignant apparaît ainsi comme un des révélateurs principaux de l'effectivité de ses liens avec l'une ou l'autre de ses patries. Les arbitres s'y réfèrent car il leur permet de situer avec le plus de vraisemblance le centre des intérêts tant matériels

(66) *Recueil T.A.M.*, T. VI, p. 809.

(67) Les affaires *Oskinar* (T.A.M. franco-allemand, décision du 29 octobre 1924, *Rec. T.A.M.*, T. VI, pp. 787-791) et *Baron Frédéric de Born* (T.A.M. hungaro-serbe-croate-slovène, décision du 12 juillet 1926, *Rec. T.A.M.*, T. VI, pp. 499-505) sont souvent citées à l'appui de la théorie de la nationalité effective et dominante dans le débat qui nous occupe. Elles ne seraient pas examinées ici car elles constituent deux applications de cette théorie non pas à l'égard d'un des Etats dont le double national est le ressortissant mais bien à l'égard d'un Etat tiers.

(68) Le fait que dans les affaires *Hein contre Hildesheimer Bank* (T.A.M. anglo-allemand, *Rec. T.A.M.*, T. II, pp. 71-73) et *Grigoriou contre Etat bulgare* (T.A.M. gréco-bulgare, *Rec. T.A.M.*, T. III, pp. 977-981), la demande d'un double national, anglo-allemand contre l'Allemagne dans le premier cas, gréco-bulgare contre la Bulgarie dans le second, ait été déclarée recevable ne nous semble pas probant. L'absence totale de motivation montre seulement, selon nous, que les tribunaux arbitraux mixtes se passaient souvent de références juridiques pour trancher les cas qui leur étaient soumis en faveur des ressortissants des puissances victorieuses de la première guerre mondiale, dans le souci de leur accorder la réparation la plus étendue possible.

(69) Décision du 25 mai 1928, *R.S.A.*, vol. VI, pp. 248-249.

(70) Décision du même jour, *Ibid.*, pp. 249-250.

(71) *Ibid.*, p. 249.



qu'affectifs de l'individu et par là de déterminer la nationalité à laquelle ils reconnaîtront la prépondérance. Dans cette mesure, il constitue en quelque sorte la synthèse des autres critères de la nationalité effective et dominante qui seront dégagés par la suite, telle la participation de l'individu à la vie économique, politique et sociale de la communauté ou la localisation du centre de ses relations professionnelles ou affectives.

La solidité des bases jurisprudentielles de la théorie de la nationalité effective et dominante apparaît donc clairement au travers de toutes ces sentences.

Comme le relevait Germiny dès 1916, dans l'ensemble de ces arbitrages, « la méthode reste la même, la conduite du sujet est toujours étudiée avec minutie et la nationalité de fait triomphe inéluctablement » (72).

Et dès lors que la balance pèse plus du côté de l'Etat défendeur, l'action est déclarée irrecevable. A aucun moment en effet, le principe selon lequel un individu ne peut assigner son propre Etat — celui-ci étant celui avec lequel l'individu présente les liens effectifs prédominants — n'est remis en cause. Dans la grande majorité des cas examinés, l'action est d'ailleurs déclarée irrecevable eu égard aux liens plus importants du requérant avec l'Etat contre lequel l'action est intentée.

Mais la démarche est claire et il ne s'agit en aucun cas d'une application automatique de la règle selon laquelle un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique en faveur d'un de ses ressortissants contre l'Etat dont cette personne est également ressortissante. En effet, pourquoi procéder à un tel examen des liens du demandeur avec l'un ou l'autre des Etats en cause alors qu'il aurait suffi, si cette règle avait été d'application, de constater la double nationalité du requérant pour écarter en conséquence sa demande *de plano* ?

La pratique des Etats révèle également que nombre d'entre eux accordent une grande importance à l'effectivité et à l'intensité des liens qu'un individu peut avoir avec eux avant d'éventuellement endosser sa réclamation.

La mention de la résidence constitue ainsi un important *caveat* dans plusieurs formulations de la règle de la non-responsabilité.

En témoigne le rapport d'une commission royale britannique en 1869 (73) dans lequel on trouve l'avis suivant :

« so far as we are aware, no attempt has ever been made on the part of the British government to enforce claims upon or to assert rights in respect of, persons

(72) *op. cit.*, p. 307.

(73) Texte dans PARRY, Clive, *Some considerations upon the protection of individual in international law, R.C.A.D.I.*, 1956, p. 700.

from abroad as against the country of their birth *whilst they were resident there and when by its law, they were invested with its nationality* » (74).

De même, la loi fédérale suisse du 25 juin 1903 prévoit en son article 6 que

« les personnes qui, outre la nationalité suisse, possèdent encore celle d'un Etat étranger ne peuvent réclamer vis-à-vis de cet Etat, *aussi longtemps qu'elles y résident*, les droits de la protection dus à la qualité de citoyen suisse » (75).

Il est précisé de la même manière dans le mémorandum remis par le gouvernement français à la C.P.J.I. dans le cadre de l'affaire des *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc* (76) que

« dans les cas de double nationalité d'origine, si fréquents dans le droit international, c'est une règle généralement reçue de ne pas exercer la protection diplomatique en cas de contre-réclamation *du souverain territorial* » (77).

Cette restriction nous paraît fondamentale. Qu'en serait-il en effet si les doubles nationaux en question ne résidaient pas dans l'Etat contre qui la plainte est formulée mais plutôt dans l'Etat dont ils demandent la protection ? Et pourquoi apporter cette restriction si la règle générale était bien celle que l'on retrouve dans l'article 4 de la convention de La Haye ?

Ici aussi, les bases de discussion de la Conférence de La Haye de 1930 fournissent une intéressante source de renseignements sur l'attitude des Etats face à la question.

Nombreux sont ceux qui souhaitent qu'il soit tenu compte dans la formulation de la règle des liens du double national avec l'une de ses patries pour décider de la possibilité d'exercer la protection diplomatique.

Ainsi, la Belgique estime que

« l'individu dont il s'agit n'est susceptible de *pratiquer activement* que la nationalité du pays où il a sa résidence effective et habituelle. S'étant établi dans l'un des deux pays, il a, en quelque sorte, *manifesté* spontanément sa préférence pour ce pays et, partant, ce serait celui-ci seul qui pourrait accorder sa protection à l'intéressé, sauf le cas où cet individu n'y réside que pour accomplir une mission à lui confiée par l'autre pays » (78).

De même, pour le Danemark,

« si un individu a acquis la nationalité danoise par la naissance au Danemark et y a, en plus, séjourné pendant dix-neuf ans et, en même temps, par suite de son

(74) Nous soulignons. La position de la Grande-Bretagne s'est, nous l'avons vu, « radicalisée » par la suite.

(75) Nous soulignons.

(76) Mémorandum du 16 août 1922, C.P.J.I., *Recueil, Série B*, n° 4, p. 20.

(77) Nous soulignons. La position française est énoncée de manière plus claire encore dans la plaidoirie de M. de Lapradelle, agent adjoint de la France dans cette affaire. Il y est affirmé qu'en matière de protection diplomatique des doubles nationaux, « la seule règle, c'est de déterminer quelle est la *nationalité effective*, c'est-à-dire, à quel point, dans quel lieu l'individu se trouve fixé » (C.P.J.I., Série C, n° 2, Documents relatifs à l'avis consultatif n° 4, p. 86).

(78) *Bases de discussion*, op. cit., p. 26.

origine, a acquis une nationalité étrangère, il aura, comme règle, les plus grandes attaches au Danemark. Il ne serait donc pas naturel que le Danemark, d'avance, soit dans l'impossibilité d'intervenir, le cas échéant, par la voie diplomatique, en sa faveur, à l'encontre du pays d'où il est originaire, mais où il n'est cependant ni né ni élevé » (79).

#### Les Etats-Unis souhaitent voir envisagée

« l'opportunité d'un accord international définissant le droit de l'un des deux Etats auxquels ressortit une personne née avec une double nationalité d'étendre à cette personne la protection diplomatique contre l'autre Etat, en particulier si elle possède un domicile dans le premier Etat » (80).

Le gouvernement français, dans sa réponse à la même question relève qu'il

« s'est parfois abstenu d'exercer la protection dans des cas de ce genre [mais que] parfois, au contraire, cette protection ayant été exercée, certaines décisions arbitrales ont fait prévaloir ici la nationalité effective, celle correspondant le mieux à la situation de fait de l'individu intéressé : le domicile de celui-ci a été relevé comme étant, à cet égard, un élément important » (81).

Ce sont là quelques opinions parmi les plus marquantes. Plusieurs autres Etats tels le Japon (82), les Pays-Bas (83) et la Roumanie (84) se sont prononcés dans le même sens.

L'opinion exprimée par les Etats-Unis constitue l'exacte traduction de la pratique diplomatique de cet Etat.

Ces extraits de correspondance diplomatique en témoignent : le 19 avril 1926, l'assistant du Secrétaire d'Etat écrivait au Ministre des Etats-Unis en Chine que

« it is a generally recognized rule, which may be regarded as a rule of international law, that when a person who was born with dual nationality is residing in either of the countries of which he is a national, that country has a right to assert its claim to him without any interference by the other, unless perhaps such person, having reached the age of majority, has clearly elected the nationality of the other country and is only temporarily residing in the country asserting the claim » (85).

(79) *Ibid.*

(80) *Ibid.*, p. 27.

(81) *Ibid.*, p. 28. Le gouvernement français se réfère dans sa réponse à l'affaire *Maninat* précitée.

(82) Le droit de protection est reconnu à l'Etat de résidence. *Ibid.*

(83) Même critère, *Ibid.*, p. 29.

(84) Qui ne limite pas l'appréciation de l'effectivité des liens au seul domicile: le service de l'Etat est aussi pris en compte. *Ibid.*

(85) N° 202, M.S. Dpt. of State, file 393.1121 Chu Shea-wai, cité par HACKWORTH, *Digest of international law*, vol. III, p. 354. Pour le refus des Etats-Unis de protéger un autre double national sino-américain résidant en Chine dans une partie du territoire réservée aux seuls Chinois, voyez la lettre de l'assistant du Secrétaire d'Etat Carr au Consul Général Jenkins du 9 décembre 1927, M.S. Dpt. of State, file 130 Ming Jue, cité par HACKWORTH, *op. cit.*, p. 539.

La position française de l'époque n'est pas entièrement nouvelle non plus puisqu'en 1869 déjà, le ministre des Affaires étrangères, M. de La Valette, écrit dans une lettre aux consuls de France dans l'Empire ottoman et dans les pays barbaresques que les étrangers naturalisés Français « ont à la protection du Gouvernement de l'Empereur un droit absolu, qui ne peut être affaibli ou détruit que par des actes de leur propre volonté », mais que ces actes devaient être appréciés plus sévèrement si le pays où se trouve le naturalisé est celui de son autre nationalité :

« [s]i, par exemple, il y forme un établissement qui semble exclure l'esprit de retour ; s'il cherche à se prévaloir de sa nationalité primitive, soit pour revendiquer des avantages dont ne jouissent pas les étrangers, soit pour soustraire à la juridiction française ; si même il refuse de se faire immatriculer en chancellerie, l'agent diplomatique ou consulaire, dont il réclame la protection est fondé à la lui refuser [...] » (86).

Les positions de ces Etats étaient donc claires, même si plusieurs d'entre eux se sont finalement prononcés en faveur de l'article 4 de la convention de La Haye, se laissant vraisemblablement convaincre par l'argument selon lequel cette disposition constituait une traduction plus exacte de la pratique internationale.

Pourtant, la résidence du requérant était initialement prise en compte par chacun des projets de codification.

Ainsi, au vu des observations que nous venons de mentionner, une base de discussion n° 4 alternative fut proposée lors de la Conférence de La Haye. Elle se lisait comme suit : « un Etat ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un Etat dont celui-ci est aussi le national si cet individu a sa résidence habituelle dans ce dernier Etat » (87).

Les premiers examens de jurisprudence menés par la doctrine en cette matière montrent d'ailleurs fort bien le sens qu'il faut donner à l'attention particulière accordée par les sentences aux liens du double national avec l'un ou l'autre des Etats dont il a la nationalité, spécialement sous la forme du domicile : il s'agissait de décider sur ces bases de la recevabilité de son action.

Ainsi, en 1909, Basdevant estimait à propos des arbitrages vénézuéliens que

« [l]'idée qui domine dans toutes nos sentences, [...] c'est que le conflit entre deux nationalités doit être tranché en faisant prévaloir la loi à laquelle correspond la nationalité réelle de l'individu en question. On recherche, dans les circonstances

(86) *Doc. dipl.*, 1869, T. XI, pp. 263 et 264, texte in KISS, Alexandre-Charles, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, T. III, Paris, C.N.R.S., 1965, n° 836.

(87) *Bases de discussion, op. cit.*, p. 30 ; v. aussi *infra* pour les projets de codification postérieurs à 1930.

de la cause, à quel Etat cet individu se rattache en fait et c'est la nationalité de cet Etat qui l'emporte » (88).

La même analyse sera faite quelques années plus tard par Charles De Visser qui définira la *ratio* des sentences préexaminées comme suit :

« [q]uand, indépendamment de la nationalité, un individu a, en outre, son domicile dans un pays donné, c'est à ce pays qu'il se rattache le plus intimement: c'est la nationalité de ce pays qui doit l'emporter sur l'autre, car c'est la nationalité active, effective, celle qui est non seulement de droit, mais à la fois *de droit et de fait* » (89).

Cet élément territorial est, selon cet auteur, « capital dans la détermination de la nationalité effective » (90).

Ces analyses seront encore confirmées bien plus tard par Weis, par exemple, qui estimait en 1979 que

« [t]he preference given to the territorial test in some of the Venezuelan arbitrations is hardly a basic deviation from the tendency to give weight to the individual's factual attachment in solving positive conflicts of nationality — a tendency which seems to the present writer the most striking and uniform in the practice of international tribunals in questions of plural nationality » (91).

On le voit, et ces dernières citations le confirment, le recours à la théorie de la nationalité effective et dominante constitue un fait marquant de la pratique antérieure à 1930.

Au terme de cette première section, nous estimons avoir démontré à suffisance la faiblesse des bases coutumières de la règle de non-responsabilité : très peu de décisions en font application et, en outre, les juges recourent souvent parallèlement à des notions d'effectivité ; d'autre part, la pratique étatique est des plus inégales.

Cette période révèle au contraire l'enracinement de la théorie de la nationalité effective et dominante dans le droit international.

Ceci sera confirmé par la pratique subséquente qui montre bien que la valeur conventionnelle de la règle de non-responsabilité est aussi réduite que sa valeur coutumière.

(88) *op. cit.*, p. 56.

(89) DE VISSCHER, Charles, Notes sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique d'après quelques documents récents, *R.D.I.L.C.*, 1927, p. 270. En 1970, l'éminent auteur affirmait encore qu'en cas de double nationalité, c'est « aux liens d'appartenance réelle, à la circonstance que le particulier lésé se rattache le plus en fait à un Etat plutôt qu'à un autre qu'il sera fait appel » (*Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970, p. 303).

(90) *Ibid.*, p. 272.

(91) WEIS, P., *Nationality and statelessness ...*, *op. cit.*, 1979, p. 185.

SECTION II. — LA VALEUR CONVENTIONNELLE  
DE LA RÈGLE DE NON-RESPONSABILITÉ EST RÉDUITE

L'on aurait pu croire qu'à la suite de l'incorporation de la théorie de la non-responsabilité dans l'article 4 de la convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, la primauté de cette théorie sur celle des liens effectifs et dominants ne poserait plus de question.

Cependant, au vu tant de l'impact réel qu'a eu la convention de La Haye de 1930 dans la communauté internationale que de l'influence de son article 4 sur la jurisprudence ultérieure, il apparaît rapidement que la valeur conventionnelle de la règle de non-responsabilité est extrêmement réduite.

En effet, la convention de La Haye de 1930 ne lie qu'un nombre très peu important d'Etats et les applications de la règle de non-responsabilité par la jurisprudence postérieure à 1930 sont quasiment inexistantes.

Pour ce qui est de la convention tout d'abord, il est symptomatique qu'elle ne fut ratifiée que par douze Etats (92), dont il faut en ce qui nous concerne retrancher la Chine qui a fait une réserve à l'article 4. Sept petits Etats (93) et le Pakistan sont par la suite devenus parties à la convention par succession ou y ont adhéré, entre 1953 et 1983.

On est donc loin ici d'une règle par laquelle une grande partie de la communauté internationale serait liée.

Il est clair d'autre part que le prescrit conventionnel n'a pas constitué le ferment d'une nouvelle coutume internationale.

En effet, comme nous l'avons dit, les traces de l'application de la théorie de la non-responsabilité dans la pratique postérieure à 1930 sont ténues, et en jurisprudence, c'est au contraire la théorie des liens effectifs et dominants qui fut appliquée de manière quasiment constante.

Nous n'avons recensé que trois applications — ou plus précisément une application et deux mentions — de la règle de non-responsabilité dans la jurisprudence postérieure à 1930.

En 1931, dans l'affaire *Adams et Blackmore* jugée par la commission anglo-mexicaine (94), l'agent britannique accepte de renoncer à défendre le cas de Blackmore dès lors que l'agent mexicain avait établi la double nationalité britannique et mexicaine de celui-ci. Cette décision suit exactement

(92) La Belgique, le Brésil, la Grande-Bretagne, le Canada, l'Australie, l'Inde, la Chine, Monaco, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne et la Suède sont devenus parties à la convention par ratification ou adhésion dans les années trente. Elle fut signée par 27 autres pays qui n'ont jamais fait suivre leur signature d'une ratification.

(93) Chypre, Fidji, Kiribati, le Lesotho, Malte, l'île Maurice, le Swaziland.

(94) Décision du 3 janvier 1931, *R.S.A.*, vol. V, pp. 216-217.

le raisonnement qu'avait eu la même commission dans l'affaire *Oldenburg* précitée, quelques années auparavant.

La règle est encore énoncée de manière incidente en 1932 dans la célèbre sentence *Salem* rendue par le tribunal mixte américano-égyptien (95) où il est affirmé que

« [t]he principle of the so-called « effective nationality » the Egyptian Government referred to does not seem to be sufficiently established in international law [...] the practice of several governments [...] is that if two powers are both entitled by international law to treat a person as their national, neither of these powers can raise a claim against the other in the name of such person » (96).

Enfin, la Cour internationale de Justice qui n'a envisagé la question qu'à une seule reprise, dans son avis sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (97), se réfère à la « pratique généralement suivie selon laquelle un Etat n'exerce pas sa protection au profit d'un de ses nationaux contre un Etat qui considère celui-ci comme son propre national » (98).

Il y a quelque paradoxe dans le fait que la règle de la non-responsabilité n'a plus été appliquée qu'une seule fois pour décider de la recevabilité d'une plainte d'un double national après sa consécration par la convention de La Haye. De plus, selon F. de Castro, sa mention incidente dans la sentence *Salem* « ne correspond pas aux faits ». Pour lui,

« la déclaration faite dans son ensemble aura, au maximum, la valeur réduite d'un *obiter dictum*, puisque l'on considère comme décisif dans le jugement que *Salem* maintient des liens étroits avec l'Amérique, on tient compte de sa volonté et du fait que l'acquisition de la nationalité américaine a eu lieu sans fraude » (99).

Cette analyse est aussi celle du professeur Brownlie, selon lequel

(95) *R.S.A.*, vol. II, p. 1165.

(96) *Ibid.*, p. 1187.

(97) En effet, lorsque dans l'arrêt *Nottebohm* du 6 avril 1955, la Cour souligne que l'« arbitre international a tranché de la même façon de nombreux cas de double nationalité où la question se posait à propos de l'exercice de la protection » en faisant « prévaloir la nationalité effective, celle concordant avec la situation de fait » (*Recueil*, 1955, p. 22), il semble bien qu'elle eut à l'esprit l'exercice de la protection diplomatique d'un double national à l'encontre d'un pays dont il ne possède pas la nationalité. La haute juridiction se réfère de fait dans les paragraphes qui précèdent et qui suivent ce passage à la pratique du juge d'un Etat tiers, « lorsqu'il a devant lui un individu que deux autres Etats tiennent pour leur national ». C'est de toute évidence la même hypothèse qui est visée par la Cour dans son arrêt *Barcelona Traction* du 5 février 1970 puisqu'elle y affirme qu'il « n'est pas exclu non plus que des réclamations puissent être formulées pour le compte d'une personne ayant une double nationalité bien que, en l'occurrence, le manque d'un lien effectif avec l'un des deux Etats puisse être opposé à l'exercice par cet Etat du droit de protection » (*Recueil*, 1970, § 98).

(98) Avis consultatif du 11 avril 1949, *Recueil*, 1949, p. 186.

(99) La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité, *R.C.A.D.I.*, 1961, T.I, vol. 102, p.578. Le passage auquel se réfère cet auteur est situé aux pp. 1185 et 1186 de la sentence, *in R.S.A.*, *op. cit.*

« there was very little on the international plan which expressly denied the effective link doctrine and the incidental rejection of it in the *Salem* case was regarded by contemporaries as a novelty » (100).

Pourtant, avec ce qu'il faut bien qualifier de léger décalage par rapport à la réalité, la règle fut répétée à l'envi en doctrine par la suite avec les justifications déjà mentionnées tenant à l'égalité (101) et à la souveraineté des Etats (102) ou aux avantages injustifiés que tireraient les doubles nationaux d'une pratique contraire (103).

La dernière codification privée en cette matière remonte à 1965. L'article 4 de la résolution de l'Institut de droit international sur « le caractère national d'une réclamation internationale » porte en effet qu'

« [u]ne réclamation internationale en faveur d'un individu qui possède en même temps les nationalités de l'Etat requérant et de l'Etat requis, peut être rejetée par celui-ci ou déclarée irrecevable » (104).

L'adoption de cet article fut justifiée par le fait que la résolution de l'Institut devait refléter le droit international positif de l'époque (105).

Il ne fut toutefois approuvé que par 14 membres (106), 11 votant contre et 9 s'abstenant.

Enfin, la règle de la non-responsabilité a trouvé récemment de farouches défenseurs en la personne des arbitres iraniens membres du tribunal des différends irano-américains (107). Ceux-ci affirment qu'elle fut appliquée dans la totalité des décisions portant sur le sujet (108). Une telle position paraît évidemment difficilement défendable et nous semble ignorer les nuances de la jurisprudence la plus ancienne et constituer une simplification d'une réalité plus complexe.

Les applications de la règle de non-responsabilité dans la période postérieure à 1930 sont donc quasiment inexistantes, même si cette théorie a continué de bénéficier d'un important soutien doctrinal.

(100) BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon, 2<sup>e</sup> éd., 1973, p. 397.

(101) V. par exemple KNAPP, Blaise, Quelques considérations sur la jurisprudence de la C.I.J. en matière de nationalité, *A.S.D.I.*, 1960, p. 177.

(102) V. par exemple BARBIER, R., *L'intervention diplomatique d'un Etat pour la protection des droits de son national résidant à l'étranger*, thèse, Bergerac, Trillaud, 1935, p. 144.

(103) V. par exemple FITZMAURICE, Sir G., *The General Principles of International Law*, *R.C.A.D.I.*, 1957, T. II, p. 193.

(104) *A.I.D.I.*, 1965, vol. II, p. 232.

(105) V. e.a. les déclarations de MM. Zourek et Yasseen, *A.I.D.I.*, 1965, T. II, p. 228.

(106) dont MM. Bindschedler, Jimenez de Arechega, Zourek, Wright, von der Heydte, Rosenne et Yasseen qui estimaient qu'il rendait compte de l'état actuel du droit international ; v. *A.I.D.I.*, 1965, T. I, pp. 176 et 207 et T. II, pp. 182, 192, 196, 227 et 228.

(107) Pour l'analyse des décisions du tribunal qui ont suscité la réaction des arbitres iraniens, voyez *infra*, pp. 208 et 209.

(108) Opinion dissidente sous la sentence A/18, *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, Cambridge, Grotius Publications, 1984, vol. 5, pp. 300 et s.



Au contraire, la théorie de la nationalité effective et dominante a été appliquée de manière constante jusqu'à l'heure actuelle.

C'est en effet sur base de cette théorie que la question de la recevabilité des demandes de doubles nationaux sera systématiquement tranchée postérieurement à 1930.

Il en fut ainsi devant les commissions de conciliation mises sur pied après la seconde guerre mondiale.

Dans l'affaire *Mergé-Strunsky* (109), *leading-case* en la matière, la question se posait de savoir si dame Mergé, ressortissante américaine possédant aussi la nationalité italienne par mariage, pouvait actionner l'Italie en réparation des dommages occasionnés pendant la guerre à ses biens sis en Italie.

Après un examen minutieux des textes conventionnels, des précédents jurisprudentiels et de la littérature juridique, la commission italo-américaine, présidée par M. de Yanguas Messia, conclut en un attendu désormais célèbre que

« Le principe, fondé sur l'égalité souveraine des Etats, qui exclut la protection diplomatique en cas de double nationalité, doit céder devant le principe de la nationalité effective toutes les fois que cette nationalité est celle de l'Etat réclamant. Mais il ne doit pas céder lorsqu'une telle prédominance n'est pas prouvée, parce que le premier de ces deux principes est généralement reconnu et peut constituer un critérium d'application pratique pour l'élimination d'une incertitude éventuelle » (110).

La commission ajoute qu'en vue d'établir la prédominance d'une nationalité,

« la résidence habituelle pourra être l'un des critères de détermination, mais ce ne sera pas le seul. La conduite de l'individu dans sa vie économique, sociale, politique, civique et familiale, aussi bien que le lien plus étroit et plus effectif existant avec l'un des deux Etats, devra également être pris en considération » (111).

Ne répondant à aucun de ces critères, la réclamation de dame Mergé fut rejetée.

La commission franco-italienne se basa sur les mêmes principes pour se prononcer sur les demandes émanant de doubles nationales.

Ainsi, dans l'affaire *dame Rambaldi* (112), la commission prit en compte le fait que la plaignante avait

« en France — où elle est née, a été élevée et a toujours vécu, où elle possédait des biens immeubles — le centre de ses intérêts [et que] c'était là exclusivement qu'elle exerçait son activité professionnelle » (113)

(109) *R.S.A.*, vol. XIV, p. 235 ; *R.G.D.I.P.*, 1959, p. 125.

(110) *Ibid.*, p. 138.

(111) *Ibid.*, pp. 138 et 139.

(112) *R.S.A.*, vol. XIII, p. 787.

(113) V. dans le même sens et devant la même commission, les affaires *dame Menghi*, décision du 26 mars 1958, *R.S.A.*, vol. XIII, p. 801 et *dame Lombroso*, même date, *ibid.*, p. 804.

pour déclarer recevable sa demande contre l'Italie.

Devant aucune instance auparavant la question de la protection diplomatique des doubles nationaux n'avait eu des implications économiques aussi importantes que devant le tribunal des différends irano-américains, dernière instance en date à avoir été confrontée au problème (114). La juridiction l'a également résolu — bien que de manière quelque peu expéditive — par l'application de la théorie de la nationalité effective et dominante.

Dans l'affaire *Esfahanian contre Bank Tejarat* (115), une chambre du tribunal a décidé d'emblée que « the applicable rule of international law is that of dominant and effective nationality ». Les juges ont estimé que les précédents jurisprudentiels allaient tous dans ce sens et que la règle formulée par l'article 4 de la convention de La Haye n'a plus grande valeur car « [n]ot only is it more than 50 years old, but great changes have occurred since then in the concept of diplomatic protection ». La demande du réclamant contre l'Iran fut déclarée recevable, nonobstant le fait qu'il avait vécu dans ce pays jusqu'à l'âge de 17 ans, qu'il y avait passé huit ans dans les années 70 et qu'il s'était servi sur place de ses documents d'identité iraniens pour les transactions qu'il avait effectuées sur place.

L'affaire *Golpira contre l'Iran* (116) fut tranchée sur les mêmes bases et la solution confirmée par le tribunal en composition plénière dans son arrêt A/18 du 6 avril 1984 (117) par des motifs similaires.

Comme le relève Brigitte Stern (118), l'inconvénient majeur de cette jurisprudence est d'accorder une protection juridique à des individus qui ont visiblement joué sur les deux tableaux : qui aurait pu dire que pendant les neuf ans où il vivait en Iran en utilisant son passeport et d'autres documents iraniens, Esfahanian était citoyen américain et allait pouvoir se prévaloir de la protection des États-Unis contre son autre patrie ?

En appliquant cette règle dégagée de manière trop abrupte à des cas douteux, le tribunal devait s'attirer de violentes réactions : de ses membres iraniens tout d'abord — mais ceux-ci furent aussi excessifs dans la critique que le tribunal l'avait été dans l'affirmation et l'application de la règle —

(114) Près de 300 *claims* au total ont été introduites par des doubles nationaux irano-américains, dont environ 125 *large claims* (pour des montants supérieurs à 750.000 dollars) sur un total de 964. V. LEURENT, Bruno, Les doubles nationaux devant le tribunal des différends irano-américains, *R.C.D.I.P.*, 1985, p. 278.

(115) Affaire n° 157, sentence du 29 mars 1983, *C.T.R.*, vol. II, p. 157.

(116) Affaire n° 211, même date, *ibid.*, p. 171.

(117) *C.T.R.*, vol. V, p. 251.

(118) La jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains, in *Le Tribunal des différends irano-américains*, première journée d'actualité internationale du 19 avril 1984, Cahiers du C.E.D.I.N., n° 1, p. 105.

et de la doctrine ensuite, qui va jusqu'à mettre en doute la valeur de précédents de ces décisions (119).

Quoi qu'il en soit, nous voici maintenant gratifiés de la « jurisprudence récente plus abondante qui rejeterait nettement le principe d'égalité pour lui substituer celui de l'effectivité » que Jacques De Burlet appelait de ses vœux ici même il y a quelques années (120).

Il est sans doute regrettable que par sa motivation laconique et sans nuance, le tribunal des différends irano-américains ait donné l'impression de chercher plus à affirmer qu'à convaincre.

En ce qui concerne la pratique des Etats, la même constance semble de mise. La position des Etats-Unis, par exemple est restée identique à celle adoptée pendant la période précédente, comme on peut le voir dans la lettre que le Secrétaire d'Etat Hall adresse en 1937 aux consulats américains en Espagne dans laquelle il les informe que

« [p]rotection should not be extended to persons having both Spanish and American nationalities unless such persons habitually reside in the United States, are in fact most closely connected with this country and are in Spain only temporarily » (121).

Cette position a été maintenue par les Etats-Unis jusqu'à l'heure actuelle (122).

Comme nous l'avons mentionné plus haut, les divers projets de codification des principes de la protection diplomatique prenaient tous en compte la résidence du requérant pour la détermination de la recevabilité de sa plainte. De même que le projet d'article 4 de la convention de La Haye, le premier projet de résolution présenté par Herbert Briggs à l'Institut de droit international lors de la session d'Oslo portait en son article 4 qu'

« une réclamation internationale en faveur d'un individu qui possède en même temps les nationalités de l'Etat requis et de l'Etat requérant est irrecevable, sauf lorsqu'il peut être établi que la nationalité active de l'individu est celle de l'Etat requérant » (123),

(119) V. e.a. SALMON, Jean, *Droit des gens*, T. III, Bruxelles, P.U.B., éd. 1986-1987, p. 319 ; STERN, Brigitte, 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.*, 1984, pp. 431 et s. ; REZER, José-Franzisco, Le droit international de la nationalité, *R.C.A.D.I.*, 1986, T. II, pp. 364 et s.

(120) Effectivité et nationalité des personnes physiques, *R.B.D.I.*, 1976, p. 78.

(121) 21 décembre 1937, M.S. Dpt. of State, file 352.11/271 A, cité par HACKWORTH, *op. cit.*, p. 354.

(122) V. *Digest of U.S. practice in international law*, 1977, p. 694 ainsi que la position des Etats-Unis devant le tribunal des différends irano-américains dans l'arrêt *A/18*, *op. cit.*, sp. p. 258.

(123) *A.I.D.I.*, 1965, T. I, p. 173. Se sont entre autres prononcés en faveur de cette formulation MM. Eustathiades et Quadri, *ibid.*, pp. 181 et 182 ; T. II, p. 190.

ce dernier membre de phrase devenant dans un second temps « à moins que l'intéressé possède un lien de rattachement prépondérant avec l'Etat requérant » (124).

Or ces projets étaient l'oeuvre de rapporteurs qui s'étaient livrés à un examen minutieux des précédents jurisprudentiels et en avait fait une lecture correcte, à notre sens. Leurs contradicteurs, par contre, se sont contentés de répéter des formules toutes faites ... et l'ont finalement emporté, ici aussi sous prétexte qu'il s'agissait uniquement de rendre compte de la pratique internationale.

En fin de compte, le seul projet de codification ayant retenu le principe de la nationalité effective et dominante est l'avant-projet sur la « responsabilité des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers » présenté à la Commission du droit international de l'O.N.U. par Garcia-Amador, rapporteur spécial. Son article 23 (5) prévoyait qu'

« en cas de nationalité double ou multiple, le droit de présenter une réclamation ne peut être exercé que par l'Etat avec lequel le ressortissant étranger a les liens juridiques ou autres les plus étroits ou les plus authentiques » (125)

sans préciser si cette disposition visait les réclamations présentées à un Etat tiers ou à un des Etats dont le double national était ressortissant.

Les conclusions auxquelles arrivaient Charles De Visscher et Basdevant au terme de leur analyse des sentences de la fin du XIX<sup>e</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle pourraient donc être aussi celles que l'on tirerait de l'examen des décisions plus récentes, comme en témoigne l'opinion de Paul De Visscher selon laquelle la position prise par la commission italo-américaine dans l'affaire *Mergé-Strunsky*

« paraît résumer assez exactement l'état du droit applicable à une réclamation diplomatique introduite au profit d'un national qui possède également la nationalité de l'Etat défendeur » (126).

Et cet auteur souligne plus loin qu'en prononçant l'arrêt *Nottebohm*,

« la Cour internationale a bel et bien entendu affirmer un principe général qui, s'il s'applique en cas de nationalité unique doit, *a fortiori*, trouver application en cas de double nationalité » (127).

Sur le plan théorique, l'expression du professeur Rezek est plus prudente. Il ne conçoit la protection du double national par l'un des Etats dont il a la nationalité contre l'autre qu'en l'absence totale d'effectivité du lien de la personne protégée avec le second Etat. Il ne voit aucune place pour la

(124) *Ibid.*, T. II, p. 160.

(125) *A.C.D.I.*, 1961, T. II, p. 51.

(126) DE VISSCHER Paul, Cours général de droit international public, *R.C.A.D.I.*, 1972, T. II. P. 163.

(127) *Ibid.*

notion de *prépondérance* des liens avec l'un ou l'autre Etat : dès lors que la nationalité de l'Etat défendeur est possédée de manière effective et quel que soit le degré de cette effectivité, la demande du double national doit être déclarée irrecevable (128).

Le courant doctrinal semble donc s'être inversé (129) et la majorité des auteurs paraît maintenant pencher pour l'application de la théorie des liens effectifs et dominants en cas de double nationalité, que ce soit suite à une relecture attentive des précédents ou suite à la prise en compte des développements qu'a connus le droit des gens ultérieurement à la formulation de la règle de la non-responsabilité à la Conférence de La Haye.

Au terme de cette analyse de la pratique postérieure à l'incorporation de la règle de la non-responsabilité dans la convention de La Haye de 1930, il apparaît donc que la valeur conventionnelle de cette règle est aussi faible que sa valeur coutumière. Sa désuétude, remontant au lendemain de sa traduction conventionnelle en constitue assurément la preuve la plus éclatante.

Cependant, le respect de la règle de non-responsabilité pourrait éventuellement être encore justifié par les arguments de fond qui furent successivement avancés en sa faveur. Mais pas plus que les deux précédents, cet argument ne nous semble capable d'emporter une telle conviction.

### SECTION III. — LES ARGUMENTS DE FOND INVOQUÉS À L'APPUI DE LA RÈGLE DE NON-RESPONSABILITÉ SONT SOUVENT CADUCS

Les arguments de fond avancés pour justifier l'application et prouver le bien-fondé de la règle de la non-responsabilité ne nous semblent généralement plus pertinents à l'époque actuelle, même si certaines des justifications qui lui furent apportées à l'époque sont pour partie encore valides.

Ainsi, l'individu n'a toujours pas acquis la qualité de sujet actif de droit international et aujourd'hui pas plus qu'auparavant le droit des gens n'admet que l'individu, sauf traité permissif — dont l'existence était difficilement concevable jusqu'à la veille de la seconde guerre mondiale (130) — poursuive son propre Etat devant une juridiction internationale.

(128) REZEK, José Fransisco, *op. cit.*

(129) En témoignent les changements intervenus en une trentaine d'années dans la manière dont plusieurs auteurs rendent compte du droit applicable à la question ; v. ainsi l'évolution de la pensée de Charles ROUSSEAU (comparez l'édition de 1953 de son *Droit international public*, pp. 363 et s. avec l'édition de 1983, pp. 125 et 126) et de P. WEIS (même évolution entre l'édition de 1956 de *Nationality and Statelessness in International Law*, pp. 195 et s. et celle de 1979, pp. 184 et s.) entre autres.

(130) Voyez par exemple SPIROPOULOS, J., L'individu et le droit international, *R.C.A.D.I.*, 1929, T. V, vol. 30, pp. 262 et s.

Les conceptions ont par contre évolué en matière de traitement de ses nationaux par l'Etat. La thèse ancienne déduite du principe de souveraineté selon laquelle un Etat peut traiter ses ressortissants comme il l'entend, fussent-ils investis d'une autre nationalité, sans que cela puisse jamais justifier une réaction d'un autre Etat, ne peut plus être acceptée aujourd'hui. De toute évidence, cela n'est plus vrai si l'Etat a souscrit à des engagements conventionnels lui imposant certains comportements ou certaines abstentions à l'égard des personnes se trouvant sur son territoire. En cas d'infraction, il pourrait engager sa responsabilité internationale et se voir attrait par un autre Etat membre devant l'instance internationale compétente pour connaître de cette violation (131). Mais il n'y a point là d'entorse au principe de souveraineté de l'Etat dès lors que l'Etat a consenti à ce mécanisme.

Cependant, dans le domaine spécifique des droits de l'homme (132), même en l'absence de disposition conventionnelle le liant, un Etat pourrait théoriquement voir sa responsabilité internationale engagée en cas de violation importante de ceux-ci. Le caractère coutumier d'un certain nombre de droits de l'homme ne fait en effet plus de doute (133). Et la Cour internationale de justice se réfère aux droits fondamentaux de la personne humaine comme à des droits dont le respect constitue une obligation *erga omnes* (134).

De plus, cette part belle faite à la souveraineté des Etats par la théorie de la non-responsabilité rappelle des conceptions d'un autre âge selon lesquelles, par exemple, « un Etat peut, envers ses ressortissants, violer les règles de la civilisation universelle » (135).

Dans toute cette mesure, la règle reprise dans l'article 4 de la convention de La Haye nous apparaît plus comme une survivance de la conception hégélienne de l'Etat que comme la traduction d'un principe de droit international moderne.

(131) V. par exemple l'article 24 de la convention européenne des droits de l'homme.

(132) Il n'y a aucun cynisme à en parler en matière de réclamations internationales car si les Etats interviennent en faveur de leurs ressortissants alors que ceux-ci, toujours, réclament des sommes d'argent à l'autre Etat, l'origine de cette créance se trouve parfois dans un acte aux seules conséquences économiques (nationalisations, restrictions financières diverses...) mais parfois aussi dans les mauvais traitements infligés par l'Etat à ses ressortissants (exécutions sommaires, emprisonnements arbitraires, défaut de soins...).

(133) Un nombre croissant d'auteurs est d'avis que les énonciations de la Déclaration universelle des droits de l'homme ont acquis force de coutume et que leur respect s'impose à ce titre aux Etats. V. e. a. op. sép. du juge AMMOUN, avis consultatif de la C.I.J. dans l'affaire de la Namibie, *Recueil* 1971, p. 64; HIGGINS, Rosalyn, Derogations under Human Rights Treaties, *B.Y.B.I.L.*, 1976-1977, p. 282; LILLICH, Richard B., Duties of States Regarding Civil Rights of Aliens, *R.C.A.D.I.*, 1978, T. III, pp. 397-398; BASSIOUNI, Cherif M., *International Extradition and World Public Order*, Dobbs-Ferry, Oceana, Leiden, Sijthoff, 1974, p. 157; SOHN, Louis, The Human Rights Law of the Charter, *Texas International Law Journal*, 1977, p. 135; DONNELLY, J., The Emerging International Regime Against Torture, *N.I.L.R.*, 1986, pp. 21-22.

(134) Affaire de la *Barcelona Traction*, *C.I.J. Recueil*, 1970, p. 32.

(135) BARBIER, R., *op. cit.*, p. 144, note 1.

De plus, en ce qu'elle accorde une importance primordiale au domicile du requérant comme traduction de l'effectivité de ses liens avec l'une ou l'autre de ses patries, la théorie de la nationalité effective et dominante ne porte pas atteinte au principe de souveraineté puisqu'elle impose que la plainte du double national soit rejetée chaque fois que celui-ci sera domicilié sur le territoire de l'Etat défendeur, c'est-à-dire chaque fois qu'il se trouvera dans le cercle d'exercice de sa puissance publique, de sa souveraineté.

Enfin, il importe de minimiser les frictions auxquelles l'endossement par un Etat d'une plainte émanant d'un de ses ressortissants à l'encontre de l'autre Etat national de l'individu est censé donner lieu. Tout d'abord parce que, comme le souligne Leigh (136), ce sera le cas seulement si les liens entre l'individu et les deux Etats dont il a la nationalité sont aussi forts, ce qui est exceptionnel. Et surtout parce que cette affirmation méconnaît le caractère discrétionnaire de la protection diplomatique: si l'Etat demandeur craint de telles frictions, il s'abstiendra d'endosser la réclamation du double national.

C'est d'ailleurs par des considérations de justice et de traitement équitable que plusieurs auteurs justifient la préférence donnée à la théorie de la nationalité effective et dominante. Ainsi, dès 1927, Charles De Visscher justifiait l'application de cette théorie par le fait que la théorie de la non-responsabilité,

« sous prétexte de respecter intégralement la souveraineté des deux Etats en présence, laisse les conflits de nationalités sans solution possible ; [elle] soustrait à la protection du droit international des situations qui, intrinsèquement, mériteraient cette protection »

et ne peut tout au plus constituer qu' « un expédient simplement provisoire dans l'état encore imparfait du droit international » (137).

De même, bien plus tard, Brownlie justifiera aussi l'application de théorie de la nationalité effective et dominante par le souci d'assurer une protection internationale à un maximum de personnes. Cet auteur prend ainsi le cas des réfugiés (138) : en les rattachant à une communauté qu'ils ont en permanence tenté de fuir, on les prive de toute possibilité de réparations des dommages qu'ils auraient subi de la part de leur Etat d'origine puisqu'ils ne pourraient, d'une part, bénéficier de la protection d'un autre Etat

(136) Nationality and Diplomatic Protection, *I.C.L.Q.*, 1971, p. 461.

(137) DE VISSCHER, Charles, Notes sur la responsabilité internationale..., *op. cit.*, p. 268. Dans le même sens, e.a., Copithorne, M.D., qui estime que « the strict application of the traditional dual nationality rule works manifest injustice » (International Claims and the Rule of Nationality, *A.S.I.L. Proceedings*, 1969, p. 34).

(138) BROWNLEE, *op. cit.*, p. 406. Dans le même sens, bien que nettement plus orientés politiquement, RODE, Zvonko, Dual nationals and the doctrine of dominant nationality, *A.J.I.L.*, 1959, p. 143 et BLASER, P.M., *La nationalité et la protection juridique internationale de l'individu*, Lausanne, Nouvelle bibliothèque de droit et de jurisprudence, 1962, pp. 63 et 64.

dont ils acquerraient ultérieurement la nationalité et d'autre part, intenter une action contre celui-ci, l'accès à ses tribunaux internes lui étant par hypothèse barrés.

D'autre part, on a depuis longtemps démontré la réversibilité de l'argument tenant à l'égalité des Etats et qui veut que la législation de l'Etat demandeur ne puisse prévaloir sur celle de l'Etat défendeur (139).

Enfin, nous ne pensons pas que l'abandon de la théorie de la non-responsabilité susciterait des vocations de *claims collectors* dans le chef de membres de la communauté internationale car le principe même de l'effectivité rendrait une telle vocation difficile. La théorie de la nationalité effective et dominante implique que pour que la plainte d'un double national contre l'un des Etats dont il possède la nationalité soit déclarée recevable, il faut que ses liens avec l'autre Etat dont il possède la nationalité soient prédominants. Or le changement opportuniste d'allégeance qu'implique la notion de *claims collector* est incompatible avec une appréhension raisonnable des notions d'effectivité et de prédominance. Pour que la nationalité de l'Etat demandeur soit déclarée prédominante par l'arbitre, il faudra que l'individu ait tissé des liens solides avec cet Etat, qu'il y ait résidé durant une longue période, qu'il ait participé à la vie politique, économique et sociale de sa nouvelle communauté, toutes conditions qui nous semblent *a priori* minimiser les risques d'une telle éventualité. L'appréciation de l'effectivité d'une nationalité par l'arbitre devrait dans ce cas être des plus strictes, et il pourrait, nous semble-t-il, parfaitement recourir à des notions plus générales telle la bonne foi qui devrait restreindre les possibilités pour un Etat de présenter des réclamations pour le compte d'individus qui ne possèdent aucun lien effectif avec lui.

La *ratio* de la règle de non-responsabilité ne nous semble donc plus que très partiellement intacte et la prise en compte de la nationalité effective et dominante, tout en respectant le principe de souveraineté — puisqu'en toute hypothèse un individu ne pourrait poursuivre devant une instance internationale un Etat dont il possède la nationalité à titre principal —, tempère la rigueur de cette règle en offrant une protection à une personne qui autrement en serait privée sur le plan international.

On ne peut généraliser le cas particulier des personnes qui « embarrass themselves with a double allegiance » comme le faisait le commissaire Frazer dans l'affaire *Alexander*. Dans la majorité des cas, le double national ne porte pas personnellement la responsabilité de sa situation. Pourquoi alors le sanctionner par rapport aux individus qui ne possèdent qu'une seule nationalité en restreignant ses possibilités de recours ?

(139) Basdevant objectait au fait que l'on fasse prévaloir la loi de l'Etat vénézuélien: « cela ne reviendrait-il pas à rendre la loi vénézuélienne supérieure à la loi étrangère, à porter une atteinte à la souveraineté de l'Etat étranger ? » (*op. cit.*, p. 50). V. aussi LEURENT, *op. cit.*, p. 481.



Il s'agit en fin de compte d'un choix en faveur d'une conception volontaire et non autoritaire de la nationalité. Comme le soulignait Charles De Visscher,

« considérée de ce point de vue, la conception de la nationalité réelle ou effective se présente comme une conception libérale et progressive, parce qu'elle fait de l'*établissement*, c'est-à-dire d'un fait de l'homme, le critérium, la pierre de touche de la nationalité réelle » (140).

(140) DE VISSCHER, Charles, Notes sur la responsabilité internationale..., *op. cit.*, p. 271.