

LES NOUVELLES TENDANCES DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DE L'INDIVIDU EN DROIT INTERNATIONAL

Par

KASSABO Léon Dié

Docteur en droit public, Maître Assistant
à l'Université OuagaII Burkina Faso

Institution traditionnel du droit des gens, la protection diplomatique a fait l'objet d'innombrables analyses qui tendent, à première vue, à laisser penser que, vu et revu, le sujet est épuisé et sa connaissance d'ores et déjà acquise et définitive¹. Ce qui a conduit certains

auteurs à affirmer que : « *Autrefois institution centrale du système des relations interétatiques, la protection diplomatique est généralement perçue aujourd'hui comme une sorte de vieil outil désormais rarement utilisé et promis sans doute très prochainement à un rangement définitif au grenier des concepts d'antan ; (...)* »². Une telle affirmation au regard des mutations dont la protection diplomatique est l'objet est-elle exacte ? Est-elle réellement délaissée par la pratique internationale contemporaine ?³

Le droit de la protection diplomatique de l'individu ne mérite pas moins qu'une nouvelle réflexion lui soit consacrée en ce XXI^e siècle. Il est vrai que les principes relatifs au droit de la protection diplomatique figurent parmi les mieux connus du droit international, de ses théoriciens et de ses praticiens. En effet, la protection diplomatique a été depuis longtemps et est encore aujourd'hui à l'origine d'une littérature particulièrement

¹ A. TOURNIER, *La protection diplomatique des personnes morales*, L.G.D.J., 2013, p.1. La protection diplomatique a été depuis longtemps et est encore aujourd'hui à l'origine d'une littérature particulièrement abondante qui témoigne, d'une part, des problèmes techniques, divers et actuels et, d'autre part, des questions fondamentales que la protection diplomatique pose aujourd'hui. Parmi tant d'autres nous pouvons citer : D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, pp. 5-28 et pp. 285-309 ; E. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of the Citizens Abroad or the law of International Claims*, The Banks Law Publishing Co., New York, 1916, 1036 p. ; F. S. DUNN, *The Protection of Nationals : A Study in the Application of International Law*, The Johns Hopkins Press, Baltimore, 1932, 230 p. ; C. ROUSSEAU, *La protection diplomatique : cours de droit international public*, Les cours de droit, Paris, 1963, 248 p. ; C.-F. AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Clarendon Press Oxford, 1967, 324 p. ; R.-B. LILLICH, *International law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1983, 412 p. ; J.-F. FLAUSS (Dir.), *La protection diplomatique : Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 168 p. ; S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger : recherche sur la protection diplomatique*, Paris, A. Pedone, 2007, 513 p. ; B. BAUCHOT, *La protection diplomatique des individus en droit international*, Mémoire de DEA, Université de Lille II, 2002, 178

p. ; J. CASTILLO, *Les Mutations de la Protection diplomatique des personnes physiques en droit international*, Mémoire de master II, Université Bordeaux 4, 2010, 146 p.

² L. CONDORELLI, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », in *La protection diplomatique : mutations contemporaines et pratiques nationales – actes de la journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*, Dir. J-F FLAUSS, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 3.

³ *Ibidem*, p.4.

abondante⁴ qui témoigne, d'une part, des problèmes techniques, divers et actuels et, d'autre part, des questions fondamentales qu'elle pose aujourd'hui. Au regard des évolutions majeures qu'a connues l'ordre juridique contemporain, une redéfinition de la protection diplomatique est plus que nécessaire.

La définition de la protection diplomatique de l'individu en droit international et la construction de son régime juridique sont le résultat d'apports successifs de la jurisprudence internationale et de discussions doctrinales.

La protection diplomatique peut être classiquement définie comme « *le droit pour un Etat de présenter une réclamation internationale à l'encontre d'un autre Etat lorsque l'un de ses ressortissants a été victime d'un fait internationalement illicite de la part de ce dernier* »⁵.

Suivant sa plus récente définition autorisée, adoptée par la Commission du droit international en 2006, la Protection diplomatique : « *consiste en l'invocation par un Etat, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre Etat à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier Etat en vue*

⁴ C. ROUSSEAU, *La protection diplomatique : cours de droit international public*, Les cours de droit, Paris, 1963 ; S. TOUZE, *La protection des droits des nationaux à l'étranger – Recherche sur la protection diplomatique*, Paris Pedone, 2007, 513p. ; C-F. AMERASINGHE, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 350p. ; P VISSCHER, « la protection diplomatique des personnes morales », *RCADI*, 1961-I, t.102, pp.395-513. ; M. FRAGOLA, « La théorie traditionnelle de la protection diplomatique des individus en droit international et la perspective du droit de l'Union européenne », *European Scientific Journal*, Vol. 10, n°7, 2014, pp. 435-450.

⁵ *Dictionnaire de droit international public*, Dir. J. SALMON, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.904, préface de G. GUILLAUME.

de la mise en œuvre de cette responsabilité »⁶. En tant que telle, bien qu'elle soit formulée de manière à prendre en compte les évolutions qu'a connues le droit international⁷, cette définition ne remet pas en cause expressément le principe fondamental posé par l'arrêt de la Cour permanente de justice internationale rendu le 30 août 1924 dans *l'Affaire Mavrommatis*⁸, qui a consacré le concept juridique de la protection diplomatique en droit international général selon une formule restée célèbre : « *c'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissant, le droit international* »⁹.

⁶ Cf. Article 1^{er} du projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique adopté en seconde lecture, *in rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 58^e session (2006)*, document n°A/61/10 disponible sur <http://www.un.org/law/ilc/>, p. 17.

⁷ Cf. au commentaire de l'article 1^{er} du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique adopté en seconde lecture, *ibid.*, p. 26, par. 5.

⁸ Voy. M. BENNOUNA, « Rapport préliminaire sur la protection diplomatique », 1998, document A/CN.4/484, disponible sur www.un.org/law/ilc/, 11p. ; J DUGARD, « Premier rapport sur la protection diplomatique », 2000, document A/CN.4/506. Disponible sur www.un.org/law/, 48p. ; « Additif au premier rapport sur la protection diplomatique », 2000, document A/CN.4/506/Add.1, *ibid.*, 17p. ; « Septième rapport sur la protection diplomatique », 2006, document A/CN.4/567, *ibid.*, 49p.

⁹ CPIJ, arrêt du 30 août 1924, *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c.*

De ce qui précède, le point de départ de la protection diplomatique est la commission d'un fait internationalement illicite¹⁰, la réalisation d'un dommage en la personne du national et le lien de causalité entre le fait internationalement illicite commis et le dommage réalisé ; elle s'inscrit de fait dans le système de la responsabilité internationale.

Ensuite, la protection diplomatique est endossée par l'Etat de nationalité de la victime du fait internationalement illicite contre l'auteur de ce fait (et ce dès lors que les voies de recours internes offertes dans l'ordre juridique de l'Etat auteur du fait internationalement illicite ont été épuisé par la victime) ; elle s'inscrit donc dans le cadre des relations inter-étatiques

Grande-Bretagne) (Exception d'incompétence), Série A, n°2, p.12.

¹⁰ Le fait internationalement illicite résulte, selon l'article premier du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, de la violation du droit international par un Etat, qui peut consister en une ou plusieurs actions ou omissions ou en une combinaison d'actions et d'omissions. Cf. A. PELLET, « Remarque sur la jurisprudence récente de la CIJ dans le domaine de la responsabilité internationale », in *Liber amicorum Christian Dominicé*, Boston, Nijhoff, 2012, pp.321- 345 ; CIJ, avis consultatif du 09 juillet 2004, *Conséquence juridique de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. 2004, p.195, para.140 ; CIJ, arrêt du 26 février 2007, Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovien c. Serbie-Monténégro), *Fond*, Rec.2007, para.414 ; Cf. également A. PELLET, « LA responsabilité de l'Etat pour commission d'une infraction internationale », in *Droit international pénal*, Dir. H. ASSENSIO, E. DECAUX et A. PELLET, Paris, Pedone, 2^{ème} édition, 2012, pp. 607-629 ; L-A. SICILIANOS, « La responsabilité de l'Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux », in *Droit international pénal*, Dir. H. ASSENSIO, E. DECAUX et A. PELLET, Paris, Pedone, 2^{ème} édition, 2012, pp. 631-644 ; E. DAVID, « La responsabilité de l'Etat pour absence de coopération », in *Droit international pénal*, Dir. H. ASSENSIO, E. DECAUX et A. PELLET, Paris, Pedone, 2^{ème} édition, 2012, pp. 645-651.

où l'Etat de nationalité de la victime bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire et fait écran entre l'Etat auteur du fait internationalement illicite et le national lésé.

La protection diplomatique doit être distinguée de certains mécanismes voisins notamment l'assistance consulaire.

La protection diplomatique ainsi que l'a souligné Mohamed BENNOUNA-rapporteur spécial à la Commission du droit international- n'est pas l'assistance consulaire¹¹. Bien que l'assistance consulaire soit un mécanisme fondamental¹² de protection des droits, il existe entre elle et la protection diplomatique des différences structurelles.

Tout d'abord, les fonctions consulaires énoncées à l'article 55 de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires prévoient que les personnes qui bénéficient de privilèges et immunités (à savoir les consuls en l'occurrence) « *ont également le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat (c'est-à-dire l'Etat de résidence)* » tandis que l'article 3 de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques qui énumère les fonctions diplomatiques ne contient pas une telle limitation.

Ensuite, les niveaux de représentation ne sont pas les mêmes : la protection diplomatique est une intervention inter-étatique menée par des agents diplomatiques ou des représentants du gouvernement relevant du ministère des affaires étrangères tandis que l'assistance

¹¹ M. BENNOUNA, *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, A/CN.4/484, p.3 Par.12.

¹² CIJ, ordonnance du 15 décembre 1979 (mesures conservatoires), Affaire du personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis C. Iran), Rec. 1979, p.20, par.40.

consulaire est une intervention des consuls ou des consuls honoraires.

Enfin, l'assistance consulaire est préventive car elle s'exerce avant la commission d'un fait internationalement illicite et avant que les voies de recours internes n'aient à être épuisées tandis que la protection diplomatique est répressive car elle n'est mise en œuvre qu'une fois le fait internationalement illicite commis et les voies de recours internes épuisées.

Pourtant, la jurisprudence internationale a pu mettre en évidence le chevauchement entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire dans *l'affaire LaGrand*¹³.

¹³ CIJ, arrêt du 27 juin 2001, *Affaire LaGrand (Allemagne C. Etats-Unis)*, Rec. 2001. Dans cette affaire, l'Allemagne a introduit une requête devant la Cour internationale de justice en son nom propre et dans l'exercice de la protection diplomatique de ses ressortissants pour violation- par les Etats-Unis de la Convention de Vienne sur les relations consulaires ; le fond de l'affaire portée devant la Cour concernait l'exercice de l'assistance consulaire tandis que le mécanisme utilisé pour saisir la Cour était celui de la protection diplomatique. La requête de l'Allemagne reposait sur le fait que les Etats-Unis n'avaient pas informé sans retard les frères LaGrand de leur droit à une assistance consulaire et n'avaient pas averti les autorités allemandes de l'arrestation et de la détention de ses deux nationaux conformément aux dispositions de l'article 36 paragraphe 1 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Or, les Etats-Unis ont contesté la prétention de l'Allemagne fondée sur la protection diplomatique et tenté de convaincre la Cour que l'Allemagne confondait la protection diplomatique et l'assistance consulaire. Finalement, la Cour a rejeté les objections présentées par les Etats-Unis et a décidé qu'elle était compétente pour connaître de la demande allemande fondée sur des préjudices directs et indirects ; elle a indiqué que la clause de compétence générale du Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends « ne fait pas obstacle à ce qu'un Etat partie à un traité qui crée des droits pour les individus puisse prendre fait et cause pour l'un de ses ressortissants et mettre en mouvement l'action internationale en faveur de ce ressortissant

Aussi, afin de distinguer clairement la protection diplomatique et l'assistance consulaire, le Rapporteur spécial à la Commission du droit international – John DUGARD- a proposé de modifier l'article premier du projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique (2006) en insérant un deuxième alinéa selon lequel : « 2. *La protection diplomatique ne s'entend pas de l'exercice de l'assistance consulaire conformément au droit international* »¹⁴. Mais cette proposition n'a pas été suivie par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution adoptée le 6 décembre 2007 lors de sa soixante-deuxième séance plénière.

La protection diplomatique est exercée par l'Etat sur ses nationaux. Les nationaux désignent aussi bien les personnes physiques que les personnes morales.

Cette réflexion prendra particulièrement en compte la situation de l'individu dans le cadre de la protection diplomatique, plutôt que celle de la personne morale. Ce relatif moindre intérêt accordé à la protection diplomatique des personnes morales s'explique pour une raison simple : la protection diplomatique des personnes morales a été élaborée en référence à la protection diplomatique des personnes physiques, et ce, de manière mécanique¹⁵.

sur la base d'une clause attributive de compétence figurant dans un tel traité ».

¹⁴ J. DUGARD, Septième rapport sur la protection diplomatique, A/CN.4/567, p.11, par.21.

¹⁵ A. TOURNIER, *La protection diplomatique des personnes morales*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013, p.3. ; P. DE VISSCHER, « La protection diplomatique des personnes morales », *RCADI*, 1961-I, t.102, pp.395-513 ; L. CAFLISCH, *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public*, La Haye, Nijhoff, 1969, 287p. ; M. DIEZ de VELASCO, « La protection diplomatique des sociétés et des actions », *RCADI*, vol.141, 1974-I, pp.93-185.

Bien que nous ayons choisi de n'étudier que la protection diplomatique des personnes physiques, cela ne signifie pas que l'étude de la protection diplomatique des personnes morales soit dépourvue de tout intérêt. Les travaux de la Commission du droit international lui ont notamment consacré le quatrième rapport et le chapitre III de la deuxième partie du projet d'articles sur la protection diplomatique (2006) et ont distingué les sociétés (article 9) des autres personnes morales (article 13). Cependant, la satisfaction de la condition de la nationalité a pu poser des difficultés. En effet, la question de la détermination de la nationalité des personnes morales est à l'origine à la fois de divergences doctrinales¹⁶ et jurisprudentielles¹⁷.

Les évolutions du droit international ont mis en exergue l'anachronisme de la conception traditionnelle de la protection diplomatique des personnes physique formulée en 1924, par la Cour permanente de justice internationale, dans *l'Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*¹⁸.

Les mutations du concept de la protection diplomatique des personnes physique sont étroitement liées à l'évolution de la place de l'individu en droit international. La question de la position de l'individu dans l'ordre juridique international a fait l'objet de controverses doctrinales opposant les auteurs qui considèrent que celui-ci n'y a aucune place et ceux, tel que Georges SCELLE, qui estiment que la société

internationale est en réalité une société d'individus auxquels le droit international s'applique directement. La place de l'individu a donc longtemps été réduite en droit international voire complètement effacée derrière la prédominance traditionnelle réservée à l'Etat. En effet, la théorie de l'« écran étatique » témoigne de la réticence à accorder à l'individu la qualité de sujet du droit international c'est-à-dire la capacité à être titulaire de droits et à être assujéti à des obligations. Force est de constater que cet « écran étatique n'est cependant pas totalement opaque »¹⁹. Ainsi, les Etats peuvent manifester l'intention de conférer des droits aux individus en ratifiant un traité ou une convention internationale contenant des droits individuels ou encore, les individus peuvent se voir reconnaître la possibilité d'assurer l'effectivité de ces droits individuels d'origine internationale *via* un accès direct à la justice internationale tant au niveau international qu'au niveau régional ; c'est le cas notamment dans les domaines des droits de l'homme et du droit humanitaire. Cela justifie également le succès observé des mécanismes de protection avec la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droit de l'homme et dans une certaine mesure la Cour de justice de l'Union africaine et celle de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest.

Les nouvelles tendances de la protection diplomatique de l'individu en droit international- dégagées par la jurisprudence, élaborées par la doctrine et insérées dans le projet d'articles de la Commission du droit international sur la

¹⁶ L. MAZEAUD, « De la nationalité des sociétés », *J.D.I.*, 1928, p.30.

¹⁷ Cf. « *Affaire Nottebhom (deuxième phase) (Liechtenstein c. Guatemala)*, arrêt du 6 avril 1955, CIJ, Rec. 1955, p.4.

¹⁸ CPJI, arrêt du 30 août 1924, *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce C. Royaume-Uni)*, Rec. Série A, N°2.

¹⁹ P. DAILLER, M. FORTEAU et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2009, 8^{ème} édition, p.717, n°418.

protection diplomatique (2006) – semble alors s'être imposées comme une étape incontournable pour son maintien et son développement dans l'ordre juridique international. Il convient alors de s'interroger sur les incidences des nouvelles tendances de la protection diplomatique de l'individu en droit international sur le concept lui-même ; afin de voir si l'on est amené à retenir une conception nouvelle et totalement distincte de la conception traditionnelle de la protection diplomatique de l'individu en droit international.

L'étude des nouvelles tendances de la protection diplomatique de l'individu en droit international suppose d'adopter une méthodologie particulière qui consiste dans l'examen des apports jurisprudentiels et des développements doctrinaux récents à la lumière des conceptions plus anciennes. En effet, il apparaîtrait impossible de présenter l'approche contemporaine de ce concept en faisant abstraction de son approche traditionnelle. Si elles sont indispensables au maintien du concept, les mutations subies sont également indiscutables. Cependant, il serait excessif d'en tirer la conclusion d'une conception nouvelle de la protection diplomatique de l'individu. Il semble, plus modestement, qu'il s'agisse à la fois d'une redéfinition et d'une relativisation de certains de ses éléments tant à la lumière des apports jurisprudentiels et des développements doctrinaux. Entre récurrences étatiques et innovations individuelles²⁰, la protection

²⁰Le XXI^{ème} siècle apparaît en réalité profondément marqué par un « processus historique d'humanisation du droit international contemporain » (Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *Evolution du droit international au droit des gens. L'accès des individus à la justice Internationale. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2008, p.29.). Mais en définitive, selon CANÇADO TRINDADE

diplomatique de l'individu conserve sa place au rang des concepts contemporains du droit international.

Nous proposons d'étudier les mutations du cadre d'exercice (I) et des conditions d'exercice (II) de la protection diplomatique de l'individu en droit international.

I- Les mutations du cadre d'exercice

L'étude du cadre d'exercice de la protection diplomatique de l'individu en droit international présente un double intérêt. D'une part, elle permet de délimiter les contours du domaine conceptuel (A) afin d'inclure ce qui relève de la protection diplomatique de l'individu ou, *a contrario*, d'exclure ce qui n'en relève pas. D'autre part, elle permet d'en déterminer le fondement substantiel (B).

A) Redéfinition du domaine conceptuel

Le domaine conceptuel de la protection diplomatique est la délimitation de son champ d'application théorique.

La protection diplomatique a sa place dans les relations entre les Etats au titre de la responsabilité internationale. Ainsi, le domaine conceptuel de la protection diplomatique est composé de deux éléments : d'une part, le contexte des relations inter-étatiques et, d'autre part, le système de la responsabilité internationale. A l'origine, ces deux éléments sont analysés en prenant uniquement en considération l'Etat, sujet primaire du droit international public. Ainsi, l'intensification

affirmer la personnalité juridique des êtres humains et leur pleine capacité juridique au niveau international d'alléguer les violations de leurs droits, c'est être fidèle aux origines historiques du droit international lui-même, le droit des gens.

des relations privées internationales et la prise en considération croissante des droits de l'homme sont les principales causes des mutations du domaine conceptuel de la protection diplomatique.

Dans *l'Affaire de la Barcelona Traction*, la Cour internationale de justice a eu l'occasion de souligner que « la protection diplomatique concerne un secteur très délicat des relations internationales »²¹. Ainsi, la protection diplomatique est un élément des relations inter-étatiques.

Les relations inter-étatiques sont, comme leur nom l'indique, les relations bilatérales ou multilatérales entre les Etats. Depuis la fin de la Guerre Froide, elles ont évolué car nous sommes passés d'un monde bipolaire à un monde multipolaire. En tant qu'élément des relations inter-étatiques, la protection diplomatique a donc évolué elle aussi.

L'intervention de l'Etat dans le cadre de la protection diplomatique repose sur l'opportunité d'intervenir. Cela signifie que l'Etat intervient en faveur de ses ressortissants que si cette intervention est insusceptible de nuire à la conduite de sa politique étrangère ou de porter atteinte à ses relations politico-diplomatiques avec un autre Etat.

L'opportunité d'intervenir découle du pouvoir discrétionnaire de l'Etat et est difficile à saisir car elle revêt un caractère étroitement subjectif qui dépend de chaque Etat et qui suppose donc un raisonnement casuistique.

Poursuivant la sauvegarde des intérêts en présence, la protection diplomatique a pu être perçue comme une ingérence

illicite dans les affaires internes d'un autre Etat.

La protection diplomatique est « un outil ayant attiré des critiques sévères et passionnées de la part de ceux qui l'analysent comme un moyen mis aux mains des pays riches pour leur permettre de s'immiscer légalement dans les affaires internes des autres Etats et empiéter sur leur souveraineté »²².

Dans *l'Affaire de la Barcelona Traction*, la Cour internationale de justice met en évidence, d'une part, la compétence d'un Etat à l'égard de ses ressortissants (compétence personnelle ou extraterritoriale) et, d'autre part, la compétence de l'Etat de résidence sur les ressortissants d'un Etat étranger (compétence territoriale) et retient : « La protection diplomatique concerne un secteur très délicat des relations internationales puisque l'intérêt d'un Etat étranger à protéger ses ressortissants se heurte aux droits du souverain territorial, fait dont le droit général en la matière a dû tenir compte afin d'éviter les abus et les frictions »²³.

Si la protection diplomatique continue de poursuivre aujourd'hui encore l'objectif de sauvegarder les intérêts en présence, le développement contemporain du contexte des relations inter-étatiques nous conduit à observer que celle-ci n'est pas une ingérence illicite dans les affaires internes d'un autre Etat.

L'intensification des relations privées internationales et la prise en considération croissante des droits de l'homme sont à l'origine d'un développement

²¹ CIJ, arrêt du 5 février 1970 (fond 2^{ème} phase), *Affaire de la Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (Belgique C. Espagne), Rec. 1970, p.33, par.37.

²² L. CONDORELLI, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », *op. cit.*, p.3.

²³ CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction*, *op. cit.*, p.33, par.37.

contemporain du contexte des relations inter-étatiques.

« *Etroitement liée dès son origine au commerce international, la protection diplomatique s'est tout particulièrement ressentie du développement des relations économiques internationales ainsi que des transformations profondes qui se sont produites dans la vie économique des nations* »²⁴.

La jurisprudence internationale n'a pas conclu que la protection diplomatique était une ingérence, licite ou illicite, dans les affaires internes d'un autre Etat. Donc la hiérarchie entre les compétences étatiques est inopérante ; la protection diplomatique consiste simplement en une limitation de la compétence territoriale d'un Etat par des règles du droit internationale en matière de traitement des étrangers.

La multiplication des déplacements à l'étranger traduit une intensification des relations privées internationales. Peut-être au départ souvent commerciales du fait des délocalisations et de la prolifération de filiales de sociétés transnationales, ces relations privées ont pu rapidement devenir familiales et favoriser les cas de plurinationalité dont l'étude revêt un intérêt particulier en matière de protection diplomatique.

L'intensification des relations privées internationales est à l'origine d'une prise en considération croissante du mécanisme de la protection diplomatique. Cependant, dans la mesure où la protection diplomatique n'est pas le seul mécanisme de protection des droits, il convient de le confronter à certains mécanismes.

Du fait de l'évolution de la place et du statut de l'individu en droit international,

²⁴ CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction*, op. cit., p.33, par.37.

d'autres mécanismes internationaux de protection des droits se sont développés.

Ainsi, la protection diplomatique peut être en concurrence avec d'autres mécanismes internationaux de protection des droits. Il peut s'agir de mécanismes différents ou complémentaires.

Les travaux de la Commission du droit international²⁵ mettent en exergue les différences entre la protection diplomatique et la protection des membres de l'équipage d'un navire²⁶ ou encore la protection fonctionnelle des agents²⁷.

Depuis l'avènement de la protection internationale des droits de l'homme, la protection diplomatique aurait rejoint « *les oubliettes de l'histoire* »²⁸. Les débats nourris par les apports de la jurisprudence internationale²⁹ et au sein de la Commission du droit international³⁰ ont mis en évidence les rapports entre la protection diplomatique et les droits de l'homme.

²⁵ Cf. J. DUGARD, *Cinquième rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., pp.7-20, par.14 à 36 et les articles 16 et 18 du projet d'articles sur la protection diplomatique (2006).

²⁶ TIDM, arrêt du 1^{er} juillet 1999, *Saiga* (Saint Vincent et les Grenadines C. Guinée International Legal Materials, 1999, p.1323).

²⁷ La protection fonctionnelle est selon la CIJ dans son avis consultatif du 11 avril 1949 dans l'affaire de la réparation des dommages subis au service des Nations Unies le « fait pour une Organisation internationale de présenter une réclamation à l'encontre d'un Etat (ou d'une autre organisation) responsable d'un fait internationalement illicite à l'égard d'un de ses agents ».

²⁸ L. CAFLISCH, « La pratique suisse de la protection diplomatique », in *La protection diplomatique : mutations contemporaines et pratiques nationales, actes de la journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*, Dir. J.F FLAUSS, Bruxelles, Bruylant, 2003, p.73.

²⁹ Cf. CIJ, *Affaire LaGrand*, op. cit., p.32, par.78.

³⁰ J. DUGARD, *Cinquième rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., pp.20-22, par.37 à 43.

Selon une conception stricte, il existerait une alternative entre protection diplomatique et la protection internationale des droits de l'homme de telle sorte que lorsque la protection internationale des droits de l'homme est en jeu, la protection diplomatique ne peut pas jouer. Il en découlerait que la protection diplomatique ne jouerait pleinement son rôle que lorsque l'atteinte portée aux droits de l'individu ne concerne pas les droits de l'homme. Cependant, une telle conception conduirait à réduire considérablement le champ d'application de la protection diplomatique car les instruments conventionnels internationaux qui mettent à disposition de l'individu un recours direct devant les instances internationales afin d'obtenir la garantie de ses droits demeurent une exception.

Selon une conception souple, il n'y aurait pas d'incompatibilité entre la protection diplomatique et la protection internationale des droits de l'homme³¹. D'une part, il y aurait une synergie qui semble résulter du premier rapport sur la protection où John DUGARD retient que « *Tant que l'Etat reste l'acteur principal des relations internationales, le fait qu'il prenne fait et cause pour ses nationaux en cas de violation de leurs droits est le moyen le plus efficace de promouvoir les droits de l'homme* »³² et de la position de la Cour internationale de justice, dans

³¹ D'une part, dans *l'Affaire LaGrand*, la CIJ a considéré que le droit de l'Etat de nationalité de la personne privée lésée dans le cadre de la protection diplomatique n'est pas incompatible avec son droit dans le cadre de la protection internationale des droits de l'homme. D'autre part, l'article 16 du projet d'articles sur la protection diplomatique (2006) prévoit que le projet porte sur la protection diplomatique mais n'affecte pas les autres mécanismes de protection des droits.

³² J. DUGARD, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., p.9, par.32.

l'Affaire Ahmadou Sadio Diallo où elle a retenu : « *En raison de l'évolution matérielle du droit international, au cours de ces décennies, dans le domaine des droits reconnus aux personnes, le champ d'application ratione materiae de la protection diplomatique, à l'origine limité aux violations alléguées du standard minimum de traitement des étrangers, s'est étendu par la suite pour inclure notamment les droits de l'homme internationalement garantis* »³³. D'autre part, il y aurait une complémentarité mise en évidence par John DUGARD dans le cinquième rapport sur la protection diplomatique où il soutenait que la protection diplomatique et les traités relatifs aux droits de l'homme « *sont censés se compléter et se renforcer mutuellement (...)* »³⁴ et dans son septième rapport où il a souligné que les ouvrages relatifs à la protection diplomatique « *ont toutefois le mérite de souligner que (...)* l'objectif ultime de la protection diplomatique est la protection des droits de l'homme. En ce sens, la protection diplomatique et le droit internationale des droits de l'homme se complètent »³⁵.

Le développement contemporain du contexte des relations inter-étatiques nous amène à considérer que bien qu'il soit régressif, le domaine conceptuel de la protection diplomatique demeure important. Quid du système de la responsabilité internationale.

La protection diplomatique est « *une notion bien précise du droit international public qui s'intègre totalement au système*

³³ CIJ, arrêt du 24 mai 2007 (exception préliminaire), *Affaire Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée C. République Démocratique du Congo), p.17, par.39.

³⁴ J. DUGARD, *Cinquième rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., p.22, par.43.

³⁵ J. DUGARD, *Septième rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., p.4, par.3.

de la responsabilité internationale de l'Etat »³⁶. Ainsi, la protection diplomatique est un élément de la responsabilité internationale de l'Etat.

La responsabilité internationale repose sur le lien de causalité entre le fait internationalement illicite et la conséquence de celui-ci c'est-à-dire le dommage. Bien que les protagonistes de sa mise en œuvre demeurent les Etats, l'évolution de la place de l'individu en droit international nous conduit à envisager l'évolution du système de la responsabilité internationale. On peut de ce fait induire que la protection diplomatique étant un élément de la responsabilité internationale a évolué elle aussi.

L'originalité du droit international de la responsabilité selon laquelle la responsabilité n'était qu'une affaire d'Etat à Etat est à l'origine d'une circonscription classique du système de la responsabilité internationale.

En vertu de l'article 2 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001), le fait internationalement illicite suppose un comportement contraire à une règle du droit international.

Le comportement peut consister soit en une action, soit en une omission et est imputable à un Etat. Ainsi, dans *l'Affaire de l'Immunité d'un Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*³⁷, la Cour internationale de justice a retenu que « selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout

organe de l'Etat doit être regardé comme un fait de cet Etat ».

Puis, le Chapitre II de la première partie du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001) énumère les comportements attribuables à l'Etat tels que le comportement des organes de l'Etat, celui d'une personne mis à la disposition d'un Etat par un autre Etat.

Le fait internationalement illicite consiste quant à lui en la violation d'une obligation internationale. Une obligation internationale est « *lato sensu* le lien juridique par lequel un sujet de droit international est tenu envers un ou plusieurs autres, d'adopter un comportement déterminé ou de s'en abstenir³⁸ ». Elle connaît une pluralité de qualifications selon le contenu (obligations de donner, de faire ou de ne pas faire), selon le but (obligation de résultat ou de comportement), selon le nombre de sujets (obligations unilatérale, bilatérale ou multilatérale) ou encore, selon la source (obligation coutumière ou conventionnelle). Ainsi, à titre d'exemple dans *l'Affaire LaGrand*³⁹, la Cour internationale de justice estime que les Etats-Unis ne se sont pas acquittés de l'obligation de comportement qui consistait pour eux à prendre toutes les mesures dont ils disposaient pour que Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant qu'une décision définitive n'était pas rendue.

La violation de l'obligation internationale consiste dans le non respect de la règle de droit international sans que

³⁶ J-P. PANCRACIO, Dictionnaire de la diplomatie, Clermont Ferrand, Micro Buss, 1998, Vol.1, pp.512-517.

³⁷ CIJ, avis consultatif du 2ç avril 1999, Affaire du Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, Rec.1999, p.87, par.62.

³⁸ Dictionnaire de droit international public, *op. cit.*, p.765.

³⁹ CIJ, *Affaire LaGrand*, *op. cit.*, p.508, par.115.

l'on ne se préoccupe de la source conventionnelle ou coutumière ou du contenu de l'obligation internationale⁴⁰. Elle suppose que l'Etat soit lié par l'obligation internationale au moment où le fait se produit⁴¹. Elle intervient au moment où le fait se produit⁴² si elle n'a pas un caractère continu ou « s'étend sur toute la période » si elle a un caractère continu⁴³ ou au moment où le fait illicite est constitué lorsqu'elle résulte d'un fait composite⁴⁴. Elle peut être classée selon le degré d'illicéité ; ainsi, la deuxième partie du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001) traite dans son chapitre III des violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général.

En outre, le fait internationalement illicite cause un dommage et suppose une réparation. Le dommage est une « *atteinte subie par une personne (...)* »⁴⁵. Il existe plusieurs types de dommages. Tout d'abord, le dommage peut être matériel lorsqu'il porte atteinte au patrimoine de la personne ou moral lorsqu'il porte atteinte à l'honneur par exemple⁴⁶. Ensuite, en fonction de l'origine du dommage, il peut être direct ou indirect ; le dommage direct découle directement du fait internationalement illicite et est seul

susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'Etat⁴⁷. Enfin, en fonction de la personne lésée, il peut être immédiat c'est-à-dire causé directement à un sujet de droit international tel que l'Etat ou médiat c'est-à-dire causé à l'Etat par l'intermédiaire d'un individu.

Une fois le dommage subi, il existe plusieurs modalités de réparation. En effet, l'article 30 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001) prévoit la cessation qui consiste à mettre fin au fait internationalement illicite et la non-répétition⁴⁸ qui vise à ce que le fait illicite ne se reproduise pas. Ce projet d'articles prévoit également la restitution, l'indemnisation et la satisfaction. La restitution consiste dans le rétablissement de la situation telle qu'elle était avant la commission du fait illicite et est soumise aux conditions de ne pas être matériellement impossible et de ne pas imposer une charge trop lourde à l'auteur du fait illicite⁴⁹. La satisfaction est une réparation morale qui consiste en la reconnaissance de la violation de l'obligation internationale, en l'expression de regrets ou en la présentation d'excuses par exemple⁵⁰.

On doit retenir que l'extension contemporaine du système de la responsabilité internationale d'un Etat nous amène à observer que le domaine

⁴⁰ Cf. article 12 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001) et Tribunal arbitral, S.A. du 30 avril 1990, *Affaire du Rainbow Warrior*, Nouvelle Zélande c. France, RSA, Vol.XX, p.251, par.75.

⁴¹ Cf. article 13 du projet d'articles ci-dessus cité.

⁴² Cf. article 14 par.1 du projet d'articles cité ci-dessus.

⁴³ Cf. article 14 par.2 du projet d'articles cité ci-dessus.

⁴⁴ Cf. article 15 par.1 du projet d'articles cité ci-dessus.

⁴⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.323.

⁴⁶ Cf., article 31 par.2 du projet d'articles sus cité.

⁴⁷ CPJI, arrêt du 17 août 1923, *Affaire Vapeur Wimbledon* (France c. Allemagne), Rec., série A, n°1, p.32.

⁴⁸ CIJ, *Affaire LaGrand*, *op. cit.*, p.513, par.124.

⁴⁹ CPJI, arrêt du 13 septembre 1928 (fond), *Affaire de l'Usine de Chorzow* (Allemagne c. Pologne), Rec. Série A, n°17, p.47.

⁵⁰ Cf. article 35 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001).

conceptuel de la protection diplomatique n'a pas été élargi. Ainsi, les mutations des éléments du domaine conceptuel de la protection diplomatique conduisent à le redéfinir sans avoir contribué ni à le réduire, ni à l'étendre.

Cependant, si la subjectivisation de la protection diplomatique n'a pas entraîné de bouleversements quand à l'étendue de son domaine conceptuel, elle semble plus lourde de conséquences quant au fondement substantiel de celle-ci.

B) Redéfinition du fondement substantiel

Le fondement substantiel de la protection diplomatique est sa nature juridique. Il est, selon John DUGARD, une des questions fondamentales⁵¹.

A l'origine, et à la lecture du célèbre *dictum* de la Cour permanente de justice internationale dans *l'Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*⁵², le fondement substantiel de la protection diplomatique est le droit propre de l'Etat. Aussi, Paul REUTER reprenait cette position adoptée en affirmant que « *la protection diplomatique reste sur le plan international un droit de l'Etat ; ni dans son déclenchement, ni dans ces conditions, elle n'apparaît comme un droit individuel* »⁵³. Ainsi, La protection diplomatique a pour fondement substantiel le droit propre de l'Etat de voir le droit international respecté en la personne de ses ressortissants. Cependant, l'évolution de la place de l'individu en droit international nous conduit à revisiter ce fondement. En

⁵¹ J. DUGARD, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, *op. cit.*, p.18, par.61.

⁵² CPIJ, *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, *op. cit.*, p.12.

⁵³ P. REUTER, *Droit international public*, Paris, PUF, 1993, 7^{ème} édition, p. 272.

effet, l'évolution de la place de l'individu en droit international est la première cause de la mutation du fondement substantiel de la protection diplomatique. Du fait de l'importance prise par les personnes privées sur la scène internationale, il se pose la question de savoir si l'Etat qui exerce la protection diplomatique au bénéfice d'un de ses ressortissants fait valoir son droit propre ou les droits de l'individu⁵⁴. Le droit propre de l'Etat est le fondement substantiel classique de la protection diplomatique retenu par plusieurs pratiques étatiques.

Emmerich de Vattel affirmait : « *Quiconque maltraite un citoyen offense directement l'Etat. Le souverain doit venger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur à une entière réparation ou le punir, puisqu'autrement le citoyen n'obtiendrait point la grande fin de l'association civile qu'est la sûreté* »⁵⁵. Il résulte de cette citation qu'un dommage causé à l'individu entraîne un dommage pour l'Etat de sa nationalité et fonde le droit propre de l'Etat d'endosser la protection diplomatique pour en obtenir réparation. La doctrine a pu considérer que l'individu était l'objet d'un droit réel de l'Etat. Une telle idée est véhiculée par une vision dualiste des rapports juridiques internationaux et aurait pour point de départ le lien d'allégeance entre l'individu et l'Etat. ANZILOTTI, par exemple, assimilait- d'une part- le droit de protection d'un Etat sur ses nationaux à

⁵⁴ G. GAJA, « Droits des Etats et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique », in *La protection diplomatique : mutations contemporaines et pratiques nationales, actes de la journée d'études du 30 mars 2001 organisée à la mémoire de Georges Perrin*, Dir. J-F FLAUSS, pp.63 et s.

⁵⁵ E. DE Vattel, *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle*, Londres, 1958, Vol.I, livre II, p.309, par.71.

« la manifestation du pouvoir de l'Etat sur les individus qui lui sont soumis, afin d'empêcher à leur égard toute atteinte injustifiée de la part des autres Etats »⁵⁶ et – d'autre part- l'individu à un objet de la puissance de l'Etat⁵⁷.

Dans la mesure où la place de l'individu en droit international a évolué depuis 1924 (date de l'*Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*), le droit propre de l'Etat a été remis en cause au profit des droits de l'individu.

L'évolution de la place de l'individu en droit international a conduit à une remise en cause de la pertinence de la théorie de la fiction et à une réflexion sur les conséquences des droits de l'individu comme fondement substantiel de la protection diplomatique.

La pertinence de la théorie de la fiction a été notamment remise en cause par John DUGARD qui a souligné dans son septième rapport sur la protection diplomatique que les conditions d'exercices de la protection diplomatique indiquaient que la réclamation était celle de l'individu et non celle de l'Etat⁵⁸.

Si le fondement substantiel de la protection diplomatique n'était pas le droit propre de l'Etat mais les droits de l'individu, cela aurait un impact sur la protection diplomatique.

Ainsi, si l'on retenait les droits de l'individu comme fondement substantiel de la protection diplomatique, cela signifierait que l'individu serait associé tant au niveau de la procédure qu'au niveau d'une éventuelle transaction indemnitaire ;

⁵⁶ D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, pp.5-29.

⁵⁷ *Ibid*, pp.8-9.

⁵⁸ J. DUGARD, *Septième rapport sur la protection diplomatique*, *op. cit.*, p.3, n°3.

l'individu se verrait donc reconnaître un rôle important. Cela voudrait aussi dire, d'une part, que l'Etat ne pourrait pas endosser la protection diplomatique de l'individu sans son consentement et, d'autre part, que la personne physique pourrait renoncer à la protection diplomatique de son Etat de nationalité. En somme, on bouleverserait le concept de la protection diplomatique dans son ensemble.

Cependant, il semblerait que cela n'ait pas été l'option privilégiée et qu'il ait été préféré d'envisager une interdépendance entre les deux types de droits. Cette interdépendance amène à considérer que le fondement substantiel de la protection diplomatique est renouvelé. Il se pose alors la question de savoir si l'on ne peut pas aller plus loin dans l'évolution et considérer les droits de l'individu comme fondement nouveau, unique et exclusif de la protection diplomatique⁵⁹.

Le fondement substantiel traditionnel de la protection diplomatique est le droit propre de l'Etat. Par conséquent, la consécration de la théorie du droit individuel aurait pour conséquence de faire disparaître le droit propre de l'Etat du fondement substantiel de la protection diplomatique.

La théorie du droit individuel consiste à dire que le fondement substantiel de la protection diplomatique est les droits de l'individu. Elle s'est développée suite à l'évolution de la place de l'individu en droit international. Les travaux de la Commission du droit international, et notamment le premier rapport sur la

⁵⁹ C. DOMINICE, « Regard actuel sur la protection diplomatique », in *Liber amicorum à Claude Reymond*, Paris, Litec, 2004, p.77 : « C'est un droit individuel qui est au cœur de la protection diplomatique ».

protection diplomatique, font état de la nécessité de prendre en compte le développement du droit international en matière de reconnaissance et de protection des droits de l'individu.

De simple objet, l'individu est devenu un véritable sujet du droit international. Ainsi, la reconnaissance des droits individuels d'origine internationale a été discutée avant d'être pleinement affirmée par la jurisprudence internationale.

Dans *l'Affaire de la Compétence des tribunaux de Dantzig*⁶⁰, les fonctionnaires ferroviaires dantzikois, passés au service des chemins de fer polonais en vertu d'un accord conclu entre Dantzig et la Pologne le 22 octobre 1921, ont intenté des procès contre l'administration polonaise des chemins de fer. La ville libre de Dantzig demandait au conseil de la Société des Nations de décider que les anciens fonctionnaires dantzikois des chemins de fer soient autorisés à faire valoir, contre l'administration polonaise des chemins de fer et voie d'actions judiciaires exercées devant les tribunaux civils dantzikois, leurs revendications d'ordre pécuniaire découlant de leurs conditions d'engagement. Mais les parties à l'instance n'étaient pas d'accord sur le point de savoir si des droits individuels d'origine internationale pouvaient être reconnus⁶¹. En effet, la Pologne soutenait que le *Beamtenabkommen* ne crée de droit et d'obligations qu'entre les parties contractantes et qu'il ne peut « *créer directement des droits et obligations pour les individus intéressés* » mais, Dantzig soutenait qu'il était destiné, dans l'intention des Parties contractantes, à

créer des droits pour les individus. Deux remarques s'imposent alors. D'une part la Cour permanente de justice internationale adopte une vision étatique des rapports internationaux en retenant : « *On peut facilement admettre que, selon le principe de droit international bien établi, le Beamtenabkommen, accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour les particuliers (...)* ». Mais, d'autre part, elle admet qu'un accord international peut, « *dans l'intention des Parties contractantes* » avoir pour objet l'adoption de « *règles déterminées, créant des droits et obligations pour les individus* »⁶². Ainsi, il semble que l'individu puisse se voir reconnaître des droits d'origine internationale dans certains cas et sous certaines conditions.

Dans les *Affaires LaGrand et Avena et autres ressortissants mexicains*, la Cour internationale de justice conclue que le paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires crée des droits individuels⁶³. Et, puisque la Convention de Vienne sur les relations consulaires est une convention internationale, on peut estimer que la Cour reconnaît des droits individuels d'origine internationale. Ainsi, la reconnaissance des droits individuels d'origine internationale en matière de droit international des droits de l'homme mais surtout dans le cadre de la protection diplomatique résulte des apports de la jurisprudence internationale.

En outre la jurisprudence, des droits individuels sont reconnus dans des instruments internationaux, tels que les

⁶⁰ CPJI, avis consultatif du 3 mars 1928, *Affaire de la Compétence des tribunaux de Dantzig*, rec. Série B, n°15.

⁶¹ *Ibid*, p.17.

⁶² *Ibid*, pp.17-20.

⁶³ CIJ, *Affaire LaGrand*, *op. cit.*, p.494, par.77 et CIJ, *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique C. Etats-Unis)*, Rec. 2004, p.36, par.40.

traités, à la fois au niveau universel que régional.

La Charte internationale des droits de l'homme composée de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des Pactes internationaux est l'instrument international universel de la reconnaissance des droits individuels. Tout d'abord, la Déclaration universelle des droits de l'homme a été adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies et consacre des droits civils et politiques traditionnel mais aussi des droits économiques et sociaux. Cependant, malgré son importance historique et politique, elle n'a pas de valeur juridique contraignante⁶⁴. Ensuite, les Pactes internationaux ont été adoptés le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies ; il s'agit du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels entrée en vigueur le 3 janvier 1976 et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques entrée en vigueur le 23 mars 1976. Toutefois, outre le plan universel, des droits individuels d'origine internationale ont été reconnus au niveau régional.

L'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe témoigne de l'importance accordée par les Etats membres à la jouissance « *des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Il existe plusieurs textes fondamentaux reconnaissant des droits individuels. D'une part, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le

4 novembre 1950 et entrée en vigueur en 1953⁶⁵, porte sur les droits civils et politiques et a été complétée par quatorze protocoles. D'autre part, la Charte sociale européenne, adoptée à Turin la 18 octobre 1961 et entrée en vigueur en 1965 puis révisée en 1966, énumère des droits économiques et sociaux. Et enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée à l'occasion de la Conférence de Nice du 7 décembre 2000. Mais aussi, la Convention interaméricaine adoptée à San José (Costa Rica) le 22 novembre 1969 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples signée le 17 juin 1981 à Nairobi (Kenya) contient des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels.

La reconnaissance et la protection internationale des droits individuels d'origine internationale témoignent de l'importance de la place prise par l'individu dans l'ordre juridique international mais elles ne suffisent pas à consacrer la théorie du droit individuel selon lequel le fondement substantiel de la protection diplomatique serait exclusivement les droits de l'individu.

On peut retenir de ce qui précède que l'évolution de la place de l'individu en droit international ainsi que la reconnaissance et la protection de ses droits d'origine internationale ont eu pour conséquence que l'on ne pouvait plus retenir le droit propre de l'Etat comme fondement substantiel exclusif. Ainsi, l'étude de la protection diplomatique suppose désormais de s'intéresser davantage à l'individu et à ses droits.

Les mutations du fondement substantiel de la protection diplomatique semblent

⁶⁴ Le Conseil d'Etat français a confirmé que la DUDH était dépourvue de caractère juridiquement obligatoire parce qu'elle ne constitue pas un traité international. Cf. CE, arrêt du 18 avril 1951, *Election de Nolay*, *Rec. Lebon*, p.189.

⁶⁵ Cette Convention a été ratifiée par la France en 1974 qui a adhéré au recours individuel en 1981.

alors s'être imposées comme de la pérennité du concept de la protection diplomatique et seraient le témoignage de l'adaptation de celui-ci aux évolutions du droit international dans lequel il est ancré. Cependant, il serait excessif de substituer le fondement traditionnel du droit propre de l'Etat par un fondement substantiel nouveau qui serait les droits de l'individu. Il semble davantage possible, en revanche de lui substituer un fondement substantiel mixte qui reposerait à la fois sur le droit propre de l'Etat et sur les droits de l'individu. Ainsi, la protection diplomatique ne reposerait plus exclusivement sur un droit propre de l'Etat, elle ne reposerait pas non plus exclusivement sur les droits de l'individu mais elle reposerait à la fois sur le droit propre de l'Etat et sur les droits de l'individu⁶⁶.

Les mutations du fondement substantiel de la protection diplomatique permettent aussi d'expliquer les mutations de ses conditions d'exercice.

II-Les mutations des conditions d'exercice

L'étude des conditions d'exercice de la protection diplomatique de l'individu

⁶⁶ D'après G. PERRIN, il est envisageable de considérer la réclamation internationale en protection diplomatique à travers une perspective mixte, c'est-à-dire comme visant la protection des « droits de l'individu lésé aussi bien que ceux de l'Etat requérant » CF. G. PERRIN « Réflexions sur la protection diplomatique », in *Mélanges Marcel Bridel*, Imprimeries réunies, Lausanne, 1968, p.393. Ainsi, à suivre cette conception, la réclamation internationale présentée par l'Etat se fonderait à la fois sur les droits que l'ordre juridique international confère aux individus et sur le droit substantiel de tout Etat de voir le droit international respecté en la personne de ses ressortissants.

permet de comprendre la mise en œuvre de celle-ci.

Nous analyserons, d'une part, les éléments de la relativisation du pouvoir discrétionnaire de l'Etat (A) et, d'autre part, des conditions de recevabilité de la protection diplomatique de l'individu en droit international (B).

A) Relativisation du pouvoir discrétionnaire de l'Etat

Le pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans l'action en protection diplomatique découle du fondement substantiel de la protection diplomatique, à savoir le droit propre de l'Etat. Aussi, la Commission du droit international pose cette idée à l'article 2 du projet d'articles sur la protection diplomatique (2006).

Le pouvoir discrétionnaire de l'Etat signifie, selon John DUGARD, que l'Etat n'a « *ni le devoir ni l'obligation* »⁶⁷ d'exercer la protection diplomatique et se manifeste tant lors de l'endossement que lors de l'indemnisation.

A l'origine, le pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans l'endossement et dans l'indemnisation était lié, d'une part, au fondement substantiel traditionnel de la protection diplomatique et, d'autre part, aux considérations d'opportunité ou de politique étrangère qui guident l'action de l'Etat. Cependant, l'évolution de la place de l'individu en droit international et l'appréhension du fondement substantiel renouvelé de la protection diplomatique selon lequel elle repose à la fois sur le droit propre de l'Etat et sur les droits de l'individu sont les principales causes de la mutation du pouvoir discrétionnaire de

⁶⁷ J. DUGARD, *Septième rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., p.11, par.23.

l'Etat dans l'action en protection diplomatique.

L'endossement de la protection diplomatique est laissé à l'appréciation de l'Etat ; il relève donc de son pouvoir discrétionnaire. Ce pouvoir discrétionnaire de l'Etat signifie que l'Etat est libre d'exercer la protection diplomatique ou non.

Le pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans l'exercice de la protection diplomatique est évoqué par la Cour internationale de justice dans *l'Affaire de la Barcelona Traction*. Distinguant la demande de l'Etat et celle « *du particulier ou de la société dont il (Etat) épouse la cause* », la Cour pose que « *l'Etat jouit d'une liberté d'action totale* »⁶⁸. Cette liberté est perceptible, d'une part dans l'exercice de la protection diplomatique où l'Etat peut décider de l'accorder ou il peut décider d'y renoncer soit par un traité, soit par une déclaration unilatérale antérieure ou postérieure au litige et, d'autre part, dans les moyens⁶⁹ et la mesure pour la mise en œuvre de la protection diplomatique.

Dans cette même affaire, la Cour internationale de justice apporte une limite au pouvoir discrétionnaire de l'Etat en distinguant deux situations. En effet, si la situation en droit international est qu'il n'existe pas d'obligation pour l'Etat d'exercer sa protection diplomatique, la situation en droit interne est différente car le législateur national peut imposer à l'Etat l'obligation de protéger ses citoyens à l'étranger, peut accorder aux citoyens le droit d'exiger que cette obligation soit respectée et assortir ce droit de sanctions ; toutefois, la Cour a précisé que toutes ces

questions « *restent du ressort du droit interne et ne modifient pas la situation sur le plan international* »⁷⁰.

Cependant, la doctrine allemande a souligné que, depuis le XIXème siècle, il existe une obligation objective de l'Etat d'exercer une protection extérieure⁷¹ au profit de ses ressortissants. Il convient de chercher s'il existe une telle obligation dans la pratique internationale notamment lorsque le fait internationalement illicite est constitué par la violation d'une norme de *jus cogens*.

L'Etat aurait une compétence liée lorsqu'il a l'obligation d'exercer la protection diplomatique. Les travaux de la Commission du droit international semblent faire état d'une telle compétence dans l'hypothèse où le fait illicite consiste en la violation d'une norme de *jus cogens*. D'une part, le premier rapport sur la protection diplomatique prévoyait à l'article 4 paragraphe 1 du projet d'articles sur la protection diplomatique que, dans l'hypothèse où la personne lésée ne peut pas « *présenter une réclamation pour le préjudice subi devant une cour ou un tribunal international compétent, l'Etat dont elle a la nationalité a l'obligation juridique d'exercer, à la demande, la protection diplomatique à l'égard de cette personne si celle-ci en fait la demande si le préjudice est le résultat d'une violation grave d'une norme de jus cogens*

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Les tribunaux allemands ne parlent pas de protection diplomatique mais de protection extérieure c'est-à-dire de *Auslandschutz*. Cf. G. RESS, « La pratique allemande de la protection diplomatique » in J-F. FLAUSS (Dir.), *La protection diplomatique Mutations contemporaine et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, Coll. Droit et Justice n°43, 2003, pp. 121 et s.

⁶⁸ CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction*, *op. cit.*, p.44, par.79.

⁶⁹ *Ibidem*, par.78.

imputable à un autre Etat »⁷². D'autre part, dans son septième rapport sur la protection diplomatique, John DUGARD remarque que « *certains auteurs ont reproché à la Commission de ne pas imposer aux Etats, dans le cadre du développement progressif, l'obligation d'exercer leur protection* »⁷³. Enfin, l'article 9 alinéa a) du projet d'articles de la Commission du droit international (2006) sur la protection diplomatique s'inscrit dans cette logique en retenant qu' « *Un Etat en droit d'exercer sa protection diplomatique conformément au présent projet d'articles devrait : (...) a) Prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé* ».

La compétence liée de l'Etat n'a pas fait l'unanimité dans la doctrine qui a pu dénoncer « *le caractère en trompe l'œil d'une disposition apparemment révolutionnaire* » ou encore « *l'inégale pertinence des justifications* » d'une telle disposition⁷⁴.

D'une part, il n'a été discuté que l'hypothèse où le fait internationalement illicite consisterait en la violation d'une norme de *jus cogens*. Or, les normes de *jus cogens* sont difficilement identifiables dans la mesure où il n'existe pas de code ou de texte qui les énumère.

D'autre part, le premier rapport de la Commission du droit international

énumère à l'article 4 paragraphe 2 les exceptions à l'obligation de l'Etat d'exercer la protection diplomatique telles que la mise en danger des intérêts supérieurs de l'Etat et/ou de ses citoyens, l'exercice de la protection diplomatique de la personne lésé par un autre Etat et l'absence de nationalité effective et dominante de l'Etat demandeur.

De ce qui précède, le pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans l'endossement de la protection diplomatique est relativisé par des évolutions vers une obligation de l'Etat d'exercer la protection diplomatique et vers un droit de l'individu à l'exercice de la protection diplomatique. Mais, dans la mesure où il n'existe pas de règle du droit international, ou encore de pratique de la juridiction internationale, qui affirme avec force la reconnaissance de cette obligation ou de ce droit, il ne peut s'agir que d'une relativisation et non de la consécration d'une compétence liée de l'Etat. Il convient donc d'observer ce qu'il en est pour l'indemnisation.

L'indemnisation est le résultat de l'action en protection diplomatique. Dans la mesure où l'endossement de la protection diplomatique relève du pouvoir discrétionnaire de l'Etat et a pour résultat l'indemnisation, celle-ci relève également du pouvoir discrétionnaire de l'Etat. Le pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans l'indemnisation signifie que l'Etat est libre dans la détermination et dans le reversement de celle-ci. L'évolution de la place de l'individu en droit international nous amène à réfléchir à la relativisation de ce pouvoir discrétionnaire.

En effet, le pouvoir discrétionnaire dans la détermination de l'indemnisation a

⁷² J. DUGARD, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., p.22.

⁷³ J. DUGARD, *Septième rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., p.4, n°4.

⁷⁴ J-F. FLAUSS, « Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique » in J-F. FLAUSS (Dir.), *La protection diplomatique Mutations contemporaine et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, Coll. Droit et Justice n°43, 2003, pp.55-61.

tendance à connaître un encadrement du fait de la prise en compte du dommage causé à l'individu.

Dans *l'Affaire de l'Usine de Chorzow*⁷⁵, la Cour permanente de justice internationale retient que bien que le dommage causé à la personne privée ne soit jamais identique en substance au préjudice subi par l'Etat, il peut fournir « *une mesure convenable de la réparation due à l'Etat* ». Il en découle que d'une part, le dommage subi par l'individu est la mesure du dommage subi par l'Etat et, d'autre part, que la liberté de l'Etat dans la formulation de sa réclamation est subordonnée à la consultation de l'individu.

Dans son septième rapport sur la protection diplomatique, John DUGARD préconisait d'introduire la consultation préalable de l'individu par l'Etat afin de mesurer son préjudice en proposant : « *Lorsqu'il qualifie sa réclamation dans l'exercice de sa protection diplomatique, l'Etat tient compte des conséquences matérielles et morales du préjudice subi par le national au bénéfice duquel il exerce cette protection* ». Puis l'article 19 alinéa b) du projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique (2006) dispose que l'Etat en droit d'exercer sa protection diplomatique tienne « *compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant à (...) la réparation à réclamer* ». Les travaux de la Commission s'inscrivent donc dans la continuité de l'idée développée par la jurisprudence internationale. Aussi, la prise en compte du dommage individuel dans la définition et

dans l'évaluation du dommage étatique conforte l'idée selon laquelle le fondement substantiel de la protection diplomatique est nécessairement mixte et repose à la fois sur le droit propre de l'Etat et sur les droits de l'individu.

Ainsi, la forme de la réparation du dommage étatique est souvent choisie en fonction du dommage individuel. Dans *l'Affaire LaGrand*, l'Allemagne demande à la Cour internationale de justice à ce que, d'abord les Etats-Unis accordent une réparation sous la forme d'indemnisation ou de satisfaction en raison de l'exécution de Karl LaGrand et, ensuite les Etats-Unis donnent à l'Allemagne des garanties de non-répétition de tels actes illicites (en l'occurrence la condamnation à mort et l'exécution d'un de leur ressortissant). Les Etats Unis quant à eux ont présenté leurs excuses à l'Allemagne. Mais la Cour a retenu : « *si de simple excuses peuvent constituer un remède approprié dans certains cas, elles pourraient se révéler insuffisantes dans d'autres* »⁷⁶. Le raisonnement doit donc se faire au cas par cas.

Dans *l'Affaire Aven et autres ressortissants mexicains*, le Mexique défendait le droit à la réparation intégrale des dommages sous forme de *restitutio in integrum*⁷⁷ qui consiste à rétablir le *statu quo ante* c'est-à-dire la situation telle qu'elle existait avant les mesures prises à l'encontre de ses ressortissants. Mais la Cour a retenu : « *Pour fournir la réparation appropriée en l'espèce, les Etats-Unis d'Amérique sont tenus d'assurer, par les moyens de leur choix, le*

⁷⁵ CPJI, Arrêt du 26 juillet 1927 (compétence), *Affaire de l'Usine de Chorzow (Allemagne c. Pologne)*, Rec. Série A, n°9, p.28.

⁷⁶ CIJ, *Affaire LaGrand*, op. cit., P489, para.63.

⁷⁷ CIJ, *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains*, op. cit., p.11, par.12.

réexamen et la révision des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées contre les ressortissants mexicains (...) en tenant compte à la fois de la violation des droits prévus par l'article 36 de la Convention (...) »⁷⁸. Le pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans la détermination de l'indemnisation est établi mais il est encadré par la prise en considération du dommage individuel.

En somme, le fondement substantiel renouvelé de la protection diplomatique et la prise en compte de l'individu en droit international ont eu pour conséquence de transformer le pouvoir discrétionnaire de l'Etat tant au niveau de l'endossement qu'au niveau de l'indemnisation. Ainsi, nous avons été amenés à réfléchir aux droits de l'individu à l'exercice de la protection diplomatique. Cependant, il n'est pas possible de conclure à la consécration d'une compétence liée de l'Etat dans ce domaine. Les mutations du pouvoir discrétionnaire de l'Etat dans l'action en protection diplomatique ne conduisent qu'à une relativisation de celui-ci c'est-à-dire à une modulation de son intensité.

Lorsque l'Etat a accepté d'endosser la protection diplomatique, la recevabilité de son action obéit à des conditions strictes énoncées par la coutume et relayées par la jurisprudence internationale.

B) Relativisation des conditions de recevabilité

Les conditions de recevabilité de l'action en protection diplomatique sont les conditions requises pour que la protection diplomatique soit mise en œuvre. Elles sont énoncées notamment dans *l'Affaire*

⁷⁸ *Ibid*, p.64.

*Ahmadou Sadio Diallo*⁷⁹ où la Cour internationale de justice distingue la condition de la nationalité et la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes.

Dès l'origine, les conditions de recevabilité sont étroitement liées à l'individu car elles portent sur la nationalité de la personne privée et sur l'épuisement préalable des voies de recours internes par la personne privée. L'évolution de la place de l'individu, et plus particulièrement le développement de la protection internationale des droits de l'homme, sont les causes des mutations des conditions de recevabilité de l'action en protection diplomatique. D'ailleurs, Mohamed BENNOUNA semblait évoquer, dans son rapport préliminaire sur la protection diplomatique, un bouleversement.

La condition de la nationalité est une des conditions de la recevabilité de l'action en protection diplomatique. Elle signifie que la personne privée en faveur de laquelle la protection diplomatique sera exercée doit avoir la nationalité de l'Etat auquel elle demande d'endosser la protection diplomatique. Elle s'explique par le fait que l'action en protection diplomatique relève de la compétence personnelle et du pouvoir discrétionnaire de l'Etat. Il en a résulté ainsi dans la jurisprudence internationale notamment dans *l'Affaire des Chemins de fer Panevezys-Saldutiski*⁸⁰ où la Cour permanente de justice internationale retient que « *c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat*

⁷⁹ CII, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo*, *op. cit.*, p.18, par.40.

⁸⁰ CPJI, arrêt du 28 février 1939, *Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, (*Estonie c. Lituanie*), Rec.. Série A/B, n°76, p.13.

le droit de protection diplomatique » et est reprise à l'article 3 paragraphe 1 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique (2006). Cependant, l'évolution du droit de la nationalité, l'appréhension des conflits de nationalités (positifs ou négatifs), l'impact du droit communautaire et du droit international des droits de l'homme ou encore, la prise en considération croissante de l'individu sur la scène internationale ont entraîné une évolution de la condition de la nationalité. Le lien de nationalité est aussi qualifié de « *lien d'allégeance* »⁸¹ qui est établi entre l'Etat et l'individu. Ce lien place l'Etat et l'individu dans une relation étroite.

Ainsi, il existe des dérogations conventionnelles à l'exigence du lien de nationalité de telle sorte que même si l'individu n'a pas la nationalité de l'Etat, cet Etat peut quand même endosser la protection diplomatique. Cette atténuation peut concerner, de façon générale, les ressortissants d'un Etat pour lesquels se met en place le mécanisme de la protection d'intérêts ou de façon particulière les citoyens de l'Union européenne.

La protection d'intérêts est définie comme le « *mécanisme par lequel un Etat charge un autre Etat de le représenter sur le plan diplomatique auprès d'un troisième Etat* (l'Etat accréditaire) *avec l'accord de ce dernier* »⁸². Une telle représentation va notamment consister à assurer la sauvegarde des intérêts de l'Etat A et donc

de ses nationaux. Par conséquent, le mécanisme de la protection d'intérêts est une atténuation de l'exigence du lien de nationalité puisque l'Etat B va assurer la protection des intérêts des ressortissants de l'Etat A alors que ces derniers ne sont pas ses nationaux. A titre d'exemple, la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques prévoit en son article 45 alinéa c) que si les relations diplomatiques entre deux Etats sont rompues ou si un Etat a rappelé définitivement ou temporairement une de ses missions diplomatiques, l'Etat accréditant peut confier à un Etat tiers le soin d'assurer la protection de ses intérêts et les intérêts de ses ressortissants à condition que l'Etat accréditaire accepte. Ensuite, le cinquième rapport sur la protection diplomatique⁸³ évoque cette délégation du droit d'exercer la protection diplomatique.

La protection d'intérêts est à l'origine d'une atténuation de l'exigence du lien de nationalité. Si l'on la considère comme une forme de protection diplomatique, il ne peut s'agir que d'une forme de protection diplomatique *lato sensu*. En revanche, elle ne peut pas être considérée comme la protection diplomatique définie *stricto sensu* car il n'est pas fait état de l'action devant une juridiction internationale.

La protection des citoyens de l'Union européenne a préoccupé les instances communautaires. Ainsi, une décision des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil du 19 décembre 1995, a été prise concernant la protection des citoyens de l'Union européenne par les représentants

⁸¹ D. ALLAND, *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, p.152, n°120.

⁸² *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p.903. Ce mécanisme suppose que deux conditions soient réunies : un Etat (l'Etat A par exemple) doit confier à un autre Etat (l'Etat B par exemple) la charge de le représenter auprès d'un autre Etat (l'Etat C par exemple) et l'Etat C doit accepter.

⁸³ J. DUGARD, *Cinquième rapport sur la protection diplomatique*, *op. cit.*, pp.4-7, par.7à13.

diplomatiques et consulaires⁸⁴. Puis, en novembre 2006, la Commission européenne a adopté un livre vert⁸⁵ sur la protection diplomatique et consulaire du citoyen de l'Union européenne dans les pays tiers. Enfin, en créant un poste de haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, le traité de Lisbonne entend doter l'Union européenne d'un service européen de l'action extérieure chargé de soutenir notamment les Etats membres dans leurs relations diplomatiques et dans leur rôle de protection des citoyens européens dans les Etats tiers. Ainsi, l'article 20 du Traité instituant la Communauté européenne⁸⁶ dispose que « *Tout citoyen de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'Etat membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout Etat membre, dans les mêmes conditions que les nationaux de cet Etat. Les Etats membres établissent entre eux les règles nécessaires et engagent les négociations requises en vue d'assurer cette protection* ».

L'article 8 C du Traité sur l'Union européenne⁸⁷, l'article 46 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸⁸ et l'article 23 du Traité sur le

fonctionnement de l'Union européenne⁸⁹ reprennent la disposition énoncée ci-dessus. Justifiée par le principe fondamental de non-discrimination à raison de la nationalité, la protection des citoyens de l'Union européenne génère une extension des compétences des postes diplomatiques et consulaires de chaque Etat membre. Cependant, elle est limitée à deux conditions : celle de la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne et celle de la rupture des relations diplomatiques entre un Etat membre de l'Union dont le citoyen européen est ressortissant et un Etat tiers.

Telle qu'elle est envisagée par les Traités européens, la protection des citoyens européens soulève quelques critiques. Tout d'abord, elle semble confondre l'assistance consulaire et la protection diplomatique qui sont pourtant deux mécanismes distincts⁹⁰. Ensuite, elle méconnaît le principe *pacta tertiis nec prosunt* énoncé à l'article 34 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités en vertu duquel « *Un traité ne crée ni d'obligation ni de droits pour un tiers sans son consentement* ». Par conséquent, les dispositions des traités européens ne lient pas les Etats qui ne sont pas membres de l'Union européenne donc les Etats tiers à l'Union européenne ne sont pas tenus de respecter les dispositions des

⁸⁴ Décision 95/553/CE, *journal officiel* n°L314 du 2 décembre 1995, pp.0073-0076.

⁸⁵ COM (2006) 712 final, 28 novembre 2006.

⁸⁶ La Communauté économique européenne (CEE) a été renommée et devient la Communauté européenne (CE) avec le Traité sur l'Union européenne (TUE) dit Traité de Maastricht. Le T.C.E.E. est signé à Rome le 25 mars 1957. Cf. *J.O.U.E.*, vol.45, n°325 (24 décembre 2002), p.45.

⁸⁷ Le T.U.E. a été signé à Maastricht le 7 février 1992. Cf. *J.O.C.E.*, n°C 191 du 29 juillet 1992.

⁸⁸ La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été proclamée par le Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000. Cf. *J.O.C.E.*, n° C 364/01 du 18 décembre 2000.

⁸⁹ Le T.F.U.E., est l'un des deux Traités fondamentaux des institutions politiques de l'Union européenne avec le Traité sur l'Union européenne. Il portait le nom de Traité instituant la Communauté européenne ou T.C.E. avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009. Cf., *J.O.U.E.*, n° C 115/47 du 9 mai 2008.

⁹⁰ Pour en savoir davantage cf. J. SALMON, « La protection consulaire et diplomatique : concurrence ou complémentarité ? », in *Société française pour le droit international, La protection consulaire*, Journée d'études de Lyon, Paris, Pedone, 2006, pp.73-98

traités en vigueur dans l'Union européenne et ne sont pas obligés d'accepter qu'une protection soit exercée au profit d'un citoyen de l'Union européenne par un Etat qui n'est pas l'Etat de sa nationalité. Ensuite, elle semble entraîner une confusion entre la citoyenneté européenne et la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne. Pourtant la citoyenneté européenne est la « *qualité juridique de citoyen de l'Union reconnue à toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre* »⁹¹, elle complète la nationalité mais ne s'y substitue pas⁹². Ainsi, l'urgence aurait tendance à justifier une communautarisation de la protection diplomatique. Cependant, dans le cadre de l'Union européenne, bien qu'il y ait une communautarisation de l'assistance consulaire en faveur des citoyens de l'Union, il n'y a pas de communautarisation de l'endossement de la protection diplomatique.

Cependant certaines conventions internationales sont à l'origine d'une disparition sectorielle de l'exigence du lien de nationalité.

La compétence souveraine exclusive de l'Etat dans la détermination et l'octroi de sa nationalité peut avoir pour conséquence qu'un individu ne se voit attribuer aucune nationalité ; c'est le conflit négatif de nationalités. Cette hypothèse est préjudiciable à l'individu car aucun Etat ne le reconnaît comme son ressortissant donc il ne pourra pas bénéficier de la protection diplomatique.

⁹¹ *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p.175.

⁹² Cf. article 17 paragraphe 1 de la deuxième partie du traité instituant la Communauté européenne ou encore le titre II du Traité de Lisbonne.

L'apatride⁹³, personne dépourvue de nationalité en droit, est la personne privée qui se trouve en situation d'apatridie c'est-à-dire qu'il n'est reconnu comme le ressortissant d'aucun Etat ; « *l'apatride est un étranger partout, il n'est nulle part chez lui* ». Afin de pouvoir lui assurer sa protection, on note tout d'abord la tendance des conventions internationales à la reconnaissance du droit à la nationalité comme un des droits fondamentaux de l'homme ; c'est le cas notamment à l'article 15 paragraphe 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁹⁴, l'article 20 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme ou encore certaines conventions internationales prévoient d'améliorer la situation des apatrides : article 32 de la Convention des Nations Unies du 28 septembre 1954 prévoit que « *Les Etats contractants faciliteront, dans toute la mesure du possible, l'assimilation et la naturalisation des apatrides* » et la Convention de New-York du 30 août 1961 sur la réduction des cas d'apatridie retient aux articles 1, 4, 5 et suivants que « *Tout Etat contractant accorde sa nationalité à l'individu né sur son territoire et qui, serait apatride (...)* ». Enfin, l'article 8 paragraphe 1 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique (2006) écarte

⁹³ Convention relative au statut des apatrides, New-York, 28 septembre 1954, article 1par.1 : « *Aux fins de la présente convention, le terme « apatride » désigne une personne qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant par application de sa législation* ».

⁹⁴ La D.U.D.H. a été adoptée le 10 décembre 1948, à Paris, au Palais de Chaillot, par les 58 Etats Membres qui constituaient l'Assemblée générale. « *Elle contient un catalogue synthétique de droits, mais elle ne possède en elle-même aucune force obligatoire pour les Etats* », P. WACHSMANN, *Liberté publiques*, Paris, Dalloz, 2003, 5^e 2dition, p.81, n°100.

l'exigence du lien de nationalité à condition que l'apatride ait à la date du préjudice et à la date de la présentation officielle de la réclamation sa résidence légale et habituelle sur le territoire de l'Etat qui exerce la protection diplomatique.

Le réfugié, personne dépourvue de nationalité en fait, est la « *personne qui se trouve sur le territoire d'un Etat dont elle ne possède pas la nationalité et qui est empêchée, pour des raisons liées à sa sécurité, de se prévaloir de la protection diplomatique de l'Etat dont elle possède la nationalité (...)* »⁹⁵. En vertu de l'article 8 paragraphe 2 et 3 du projet d'articles sur la protection diplomatique (2006), un Etat peut exercer la protection diplomatique en faveur « *d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié* » à condition que cette personne ait, « *à la date du préjudice et à la date de la présentation officielle de la réclamation* », « *sa résidence légale et habituelle sur son territoire* » sauf si le préjudice est dû à « *un fait internationalement illicite commis par l'Etat de nationalité du réfugié* ». Ainsi, le critère de la résidence légale et habituelle semble être valorisé au détriment du critère de la nationalité.

La condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes est une des conditions de la recevabilité de l'action en protection diplomatique. Elle signifie que l'individu doit avoir préalablement épuisé les *local remedies*⁹⁶ avant que l'Etat de nationalité endosse la protection diplomatique. Elle fait de la protection diplomatique un mécanisme subsidiaire de la protection des droits car celle-ci n'est mise en œuvre que si les voies de recours

internes n'ont pas permis à l'individu lésé d'obtenir satisfaction. Cependant, l'accès qui est directement ouvert aux personnes privées devant certaines juridictions internationales, a entraîné une évolution de la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes. En tant que condition de la recevabilité de l'action en protection diplomatique, l'évolution de la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes a contribué à faire évoluer la protection diplomatique. Ainsi, si les textes internationaux qui contiennent des dispositions sur l'exigence de l'épuisement préalable des voies de recours internes sont nombreux, il existe des exceptions à cette exigence.

Les travaux de l'institut du droit international de la session de Grenade⁹⁷ et la Cour internationale de justice lors de l'*Affaire Avena et autres ressortissants mexicains*⁹⁸ ont eu l'occasion de mettre en évidence des hypothèses où la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes n'était pas exigée.

Ainsi, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes ne s'applique pas dans le cas d'un dommage immédiat c'est-à-dire lorsque le fait internationalement illicite cause un dommage directement à l'Etat ; ainsi, dans l'*Affaire des phosphates du Maroc*⁹⁹, la Cour permanente de justice internationale retient : « *S'agissant d'un acte imputable à*

⁹⁵ *Dictionnaire de droit international public, op. cit.*, p.957.

⁹⁶ D. RUZIE, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2008, 19^{ème} édition, p.103.

⁹⁷ L'Institut du droit international a adopté, le 18 avril 1956, la résolution selon laquelle la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes ne s'applique pas : « *a) au cas où l'acte dommageable a atteint une personne jouissant d'une protection internationale spéciale ; b) au cas où son application a été écartée par l'accord des Etats intéressés* ».

⁹⁸ CIJ, *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains, op. cit.*, p.36 par.40.

⁹⁹ CPJI, arrêt du 14 juin 1938, *Affaire des phosphates du Maroc, Rec. Série A/B, n°74*, p.28.

l'Etat et décrit comme contraire aux droits conventionnels d'un autre Etat, la responsabilité internationale s'établit directement dans le plan des relations entre ces Etats ». De plus, elle ne s'applique pas lorsque l'Etat agit pour des atteintes portées à ses agents en territoire étrangers¹⁰⁰.

En outre l'Etat défendeur peut renoncer au bénéfice de la règle de l'épuisement préalable des recours internes dans la mesure où cette règle « *a pour but essentiel de protéger leur (son) ordre juridique national* »¹⁰¹. Cette renonciation est prévue dans le troisième rapport sur la protection diplomatique et « *peut revêtir différentes formes* »¹⁰² ; ainsi, elle peut être expresse ou tacite¹⁰³. La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes peut ne pas être exigée lorsqu'il n'y a pas de lien entre la personne privée et l'Etat défendeur.

Egalement, le projet d'articles de la Commission du droit international sur la protection diplomatique (2006) prévoit que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque l'accès est impossible à la personne privée. C'est notamment le cas dans deux hypothèses : lorsque l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'Etat prétendument responsable (article 15 alinéa b de ce projet) et lorsque la personne lésée est

manifestement empêché d'exercer les recours internes (article 15 alinéa d de ce projet). Bien qu'il faut qu'ils soient accessibles, les recours internes doivent également être « *adéquats, c'est-à-dire de nature à porter remède à leurs griefs (...)* »¹⁰⁴.

Enfin, l'article 15 alinéa a) du projet estime que les recours internes doivent être « *raisonnablement disponible pour accorder une réparation efficace* » et doivent offrir une « *possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation* »¹⁰⁵. Par exemple, pour que les recours internes offrent une possibilité raisonnable d'obtenir une réparation, ils doivent donc être de nature à permettre à la personne privée d'obtenir « *le redressement du tort qu'elle a subi* »¹⁰⁶.

En somme, la condition de la nationalité et la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes demeurent les conditions de recevabilité de l'action en protection diplomatique et sont toujours exigées pour que celle-ci soit mise en œuvre par l'Etat. Ainsi, les mutations des conditions de recevabilité de la protection diplomatique ne conduisent qu'à une relativisation de celles-ci. Dans la mesure où il existe des hypothèses où la protection diplomatique peut être mise en œuvre sans que les conditions susmentionnées soient remplies et l'action en protection ne sera pas irrecevable pour autant. Cela signifie que les conditions de recevabilité de la protection diplomatique peuvent connaître

¹⁰⁰ CIJ, arrêt du 14 février 2002, *Affaire du Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo C. Belgique)* Rec. 2002, p.18.

¹⁰¹ Cour E.D.H., *Affaire De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, Req. N°2832/66 ; 2835/66 ; 2899/66, Rec. Série A, n°12.

¹⁰² J. DUGARD, *Troisième rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., pp.20-27, par.50 à 63.

¹⁰³ La CIJ a été réticente face à la renonciation tacite.

¹⁰⁴ C.E.D.H., *Affaire De Wilde, Ooms et Versyp*, op. cit., par.60.

¹⁰⁵ Cette formule a fait l'objet de débat au sein de la C.D.I.

¹⁰⁶ C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 2005, p.272, n°476.

des aménagements sans que cela n'affecte l'action en protection diplomatique. En ce sens, les mutations des conditions d'exercices de la protection diplomatique ne conduisent pas non plus à un bouleversement de celle-ci.