



Article scientifique

Article

2008

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

## Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique?

---

Garibian, Sévane

### How to cite

GARIBIAN, Sévane. Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique? In: Annuaire français de droit international, 2008, vol. 54, p. 119–141. doi: 10.3406/afdi.2008.4019

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:9124>

Publication DOI: [10.3406/afdi.2008.4019](https://doi.org/10.3406/afdi.2008.4019)

## VERS L'ÉMERGENCE D'UN DROIT INDIVIDUEL À LA PROTECTION DIPLOMATIQUE ?

SÉVANE GARIBIAN

**Résumé :** S'interroger sur l'utilité contemporaine du concept de protection diplomatique revient à questionner aussi bien l'évolution de son objet que les conséquences d'une telle évolution dans l'exercice du mécanisme mettant en œuvre le concept. Dans tous les cas, on observe une prise en considération de plus en plus importante des droits subjectifs de la personne privée, ce qui pose surtout la question de savoir s'il n'émergerait pas aujourd'hui un nouveau droit individuel d'origine internationale : le droit à la protection diplomatique. Or l'analyse du projet d'articles adopté par la CDI en 2006, combinée à celle de la jurisprudence internationale et communautaire récente, si elle atteste de la désuétude de la théorie classique de la protection diplomatique, ne permet pas pour autant de conclure à un changement de la nature du mécanisme en question. L'individu reste tributaire de la discrétionnarité du droit étatique d'agir : il ne saurait faire valoir un droit à l'action à proprement parler, même si le pouvoir d'appréciation de l'État de nationalité relativement à l'opportunité de l'action en protection diplomatique est plus cadré.

**Abstract:** Enquiring into the contemporary usefulness of diplomatic protection amounts to questioning both how and why it has developed, so as to better understand its purpose, and the consequences of its mode of development for the way it is implemented. In each instance, increasing consideration is given to the private person's subjective rights. This raises above all the question of whether it can be considered that a new individual international right is now emerging – the right to diplomatic protection. Now, a close reading of both the Draft Articles adopted by the International Law Commission in 2006 and of recent international and Community case law, while attesting to the outmoded character of the classical theory of diplomatic protection, does not allow us to conclude there has been any change in the nature of the mechanism in question. Individuals are still reliant on states' discretionary right of action: strictly speaking they cannot claim any right to act, even if the power of their national state to appreciate whether any such action is apposite is more closely constrained.

« Autrefois institution centrale du système des relations interétatiques », la protection diplomatique est, dit-on, « une sorte de vieil outil désormais rarement utilisé et promis sans doute très prochainement à un rangement définitif au grenier des concepts d'antan »<sup>1</sup>. La raison de cette mort annoncée : l'inutilité, à terme, d'un

---

(\*) Sévane GARIBIAN, docteure en droit public des universités de Paris Ouest-Nanterre-La Défense et de Genève. L'auteure tient à remercier le professeur Yann Kerbrat pour ses précieux conseils ainsi que Alberto Puppo pour sa relecture attentive.

1. L. CONDORELLI, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », in J.-F. FLAUSS dir., *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2003, p. 3.

tel instrument, au regard des « droits de l'homme ou [des] possibilités de plus en plus nombreuses d'accès direct des particuliers aux appareils juridictionnels ou para-juridictionnels internationaux » – tant de moyens « plus modernes, plus performants et moins douteux » qui satisfont désormais aux exigences auxquelles la protection diplomatique était censée répondre<sup>2</sup>.

Pourtant, au-delà même du fait que la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (CIJ) de la dernière décennie<sup>3</sup>, autant que les travaux de la Commission du droit international (CDI)<sup>4</sup>, attestent d'une utilité certaine du concept de protection diplomatique, le rapport de *concurrence* entre l'action de protection de l'État de nationalité et l'action directe des particuliers, impliqué par la prédiction de disparition de la première, est en soi discutable.

La concurrence suppose en effet une *ressemblance*<sup>5</sup> du point de vue de l'objet et de la mise en œuvre : la poursuite d'un même but dans des conditions (quasi) identiques. Autrement dit, le constat d'une protection diplomatique en voie de disparition au motif de l'évolution du statut juridique de l'individu en droit international et, partant, des possibilités de ses actions directes, présuppose que le « vieil outil » en fin de vie ait été jusqu'alors un moyen au service de la sauvegarde des droits subjectifs des particuliers internationalement protégés à un moment où ceux-ci se voyaient nier toute personnalité juridique internationale. Or il semblerait que telle n'était pas la finalité première de la protection diplomatique<sup>6</sup>, « institution des plus traditionnelles de l'ordre juridique international »<sup>7</sup>, généralement perçue comme un droit propre de l'État issu du droit coutumier.

Où donc est la ressemblance qui rendrait la concurrence entre les mécanismes en question possible ? Existe-t-elle réellement et, le cas échéant, les instruments du système international des droits de l'homme à disposition des particuliers sont-ils à même de remplacer la protection diplomatique ? Ne s'agirait-il pas au contraire de mécanismes complémentaires dans leurs différence et spécificité ?

Certes le développement de la protection internationale des droits de l'homme est indéniablement lié au changement de la condition juridique de l'individu en droit international, mais ce dernier facteur est tout aussi déterminant dans le renouvellement de la signification même du concept de protection diplomatique. Tout concept étant un schéma dynamique pour la pensée, dont les termes dépendent du contexte de son énonciation et des usages hétérogènes qui

2. *Ibid.*, p. 4.

3. En particulier les affaires *Convention de Vienne sur les relations consulaires* (1998), *Ahmadou Sadio Diallo* (1998), *LaGrand* (1999), et *Avena et autres ressortissants mexicains* (2003). Les années mentionnées entre parenthèses se rapportent à la date du dépôt des requêtes devant la Cour.

4. La CDI choisit de se pencher sur le sujet de la protection diplomatique au cours de l'été 1996. Mohamed Benouna est désigné comme rapporteur spécial en 1997 et présente son rapport préliminaire un an plus tard. Suite à sa nomination au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, John R. Dugard lui succède en 1999 et présente son premier rapport en 2000. Un projet d'articles sur la protection diplomatique (ci-après « le projet de 2006 ») est finalement adopté par la Commission à sa cinquante-huitième session, en 2006, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/61/10). Tous les travaux de la CDI sont accessibles sur le site [<http://untreaty.un.org>]. Pour le projet de 2006 : [[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9\\_8\\_2006\\_francais.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_8_2006_francais.pdf)].

5. Sur ce point, nous renvoyons à E. WYLER, « La protection diplomatique : la concurrence des réclamations », in *Les compétences de l'État en droit international*, Paris, Pedone, 2006, pp. 239-240.

6. Cf. J.-F. FLAUSS, « Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme », *Revue suisse de droit international et européen*, 2003, n° 1, p. 2.

7. L. CONDORELLI, *op. cit.* note 1, p. 9.

en sont faits<sup>8</sup>, alors s'interroger sur l'utilité contemporaine du concept de protection diplomatique revient à questionner aussi bien l'évolution de son *objet* afin de mieux comprendre sa fonction (I), que les conséquences d'une telle évolution dans l'exercice du mécanisme mettant en œuvre le concept (II).

Si dans tous les cas il est possible de constater une prise en considération de plus en plus importante des droits subjectifs de la personne privée, on s'apercevra néanmoins que la question n'est plus tant celle de savoir si la protection diplomatique est utile ou ne l'est pas (étant donné les différences, toujours réelles, entre ce mécanisme et celui de la protection internationale des droits de l'homme) ; elle est surtout de savoir, au regard du constat qui précède, s'il n'émergerait pas aujourd'hui un nouveau droit individuel d'origine internationale<sup>9</sup> : le droit à la protection diplomatique.

### I. – L'OBJET DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE : DROITS PROTÉGÉS ÉTATIQUES ET/OU INDIVIDUELS ?

Dans le *Dictionnaire de droit international public*, la protection diplomatique est définie, « dans son sens originaire », comme étant le « droit pour un État de présenter une réclamation internationale à l'encontre d'un autre État (ou d'une organisation internationale) lorsqu'un de ses ressortissants a été victime d'un fait internationalement illicite de la part de ce dernier »<sup>10</sup>. La définition est immédiatement suivie d'une reproduction du célèbre *dictum* de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) selon lequel « [e]n prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, [l'] État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »<sup>11</sup>.

Cette formule, reprise maintes fois par la Cour (CPJI puis CIJ)<sup>12</sup>, est l'expression même de la non moins célèbre « fiction Mavrommatis » sur laquelle est construite toute la conception traditionnelle de la protection diplomatique. Or une telle conception semble désormais dépassée au regard de l'évolution du droit international en général, ainsi que de la jurisprudence et des travaux de la CDI en particulier. L'apparition d'un concept étant liée à la forme générale du discours juridique, il importe de rappeler le moment et les causes de son

8. Il s'agit en effet de partir de l'observation wittgensteinienne selon laquelle le sens d'un concept est déterminé par les façons, les manières, de s'en servir : L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques* (trad. Françoise Dastur, Maurice Elie, Jean-Luc Gautero, Dominique Janicaud et Élisabeth Rigal), Paris, Gallimard, 2004 (1953). Voy. également C. CHAUMONT, « L'ambivalence des concepts essentiels du droit international », in *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, The Hague, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 56 (« [l']analyse critique des concepts essentiels passe par la prise de conscience de leurs fonctions »).

9. Nous entendons *droit individuel* au sens de droit subjectif conféré en propre à l'individu par une règle de droit international (cf. C. DOMINICE, « L'arrêt AVENA et le sort judiciaire des droits individuels », in *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte : Festschrift für Georg Ress*, Köln, C. Heymann, 2005, p. 55).

10. J. SALMON dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 904.

11. Arrêt de la CPJI du 30 août 1924 (exception d'incompétence), *Concessions Mavrommatis en Palestine*, série A, p. 12.

12. Cf. A. PELLET, « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit : Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1360, note 6.

apparition, ainsi que la ou les théorie(s) qui l'englobent<sup>13</sup>. Il apparaît alors que la détermination de l'objet de la protection diplomatique est fonction de la thèse présumée, selon qu'il s'agisse de la thèse *classique* de la substitution (A), de la thèse *moderne* de la représentation (B) ou de la thèse *mixte* (C).

*A. La thèse classique de la substitution,  
ou la protection des droits subjectifs de l'État*

Selon la thèse classique de la substitution de l'individu par l'État<sup>14</sup>, fondée sur une coutume ancienne<sup>15</sup> et construite autour de la « fiction Mavrommatis », le droit protégé par le mécanisme de protection diplomatique est le droit propre de l'État national à ce que ses ressortissants vivants dans un État tiers obtiennent un certain traitement – en d'autres termes, le droit de faire respecter les droits de ses nationaux. En effet, la protection diplomatique fut d'abord conçue comme un « corollaire de la compétence personnelle [que l'État] exerce sur ses ressortissants, considérés comme l'un de ses éléments constitutifs, relevant en quelque sorte de sa propre appartenance »<sup>16</sup>. À ce propos, la CDI rappelle dans son projet d'articles de 2006 que « [l]a protection diplomatique a de longue date été perçue comme un droit exclusif de l'État [...] parce qu'un préjudice causé à un de ses nationaux est considéré comme un préjudice causé à l'État lui-même »<sup>17</sup>.

Les origines de cette conception classique remontent aux temps du basculement que l'on voit s'opérer dans la science du droit international dès le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle avec l'œuvre de Vattel (1714-1768), précurseur du positivisme<sup>18</sup>. C'est alors l'affirmation de la souveraineté de l'État moderne, dont le juriste suisse déduit les prémisses de la théorie de la protection diplomatique : « Quiconque maltraite un citoyen offense directement l'État. Le souverain de celui-ci 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 »<sup>19</sup>. Il est intéressant de souligner qu'à la même époque Vattel, partant du postulat que tout État – par définition libre et indépendant au sein de la société internationale – est l'interprète souverain du droit naturel, se prononce également sur la question de l'existence d'un droit d'intervention pour cause

13. M. TROPER, « La notion de personne juridique », in *Réalités du droit international contemporain*, Presses Universitaires de Reims, 1981, p. 4.

14. La *substitution* est « le remplacement d'une personne par une autre » ou « l'action, pour une personne, de se mettre à la place d'une autre (ou [le] fait d'agir à sa place) » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 7<sup>e</sup> éd. 2005, p. 877).

15. Une coutume qui n'aurait, précise Luigi Condorelli, aucune valeur impérative puisque toutes sortes de dérogations au régime traditionnel de la protection diplomatique peuvent être prévues par voie conventionnelle (L. CONDORELLI, *op. cit.* note 1, p. 9, renvoyant à l'arrêt de la CIJ du 20 juillet 1989 (§ 50) dans l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* où la Cour reconnaît cette « vérité évidente »).

16. M. BENNOUNA, « La protection diplomatique, un droit de l'État ? », in *Boutros Boutros-Ghali amicorum discipulorumque liber : paix, développement, démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1998, vol. 1, p. 245.

17. Commentaire de l'article 1<sup>er</sup> du projet de 2006 (§ 3).

18. Pour une critique de l'opinion selon laquelle le déclin du droit naturel en tant que fondement du droit des gens est imputable à Vattel, voy. l'étude de H. MUIR-WATT, « Droit naturel et souveraineté de l'État dans la doctrine de Vattel », *Archives de philosophie du droit (APD)*, 1987, pp. 71-83.

19. Extrait de E. VATTEL, *Le droit des gens* (1758) cité par M. BENNOUNA, *op. cit.* note 16, p. 245. Dans son commentaire de l'article 1<sup>er</sup> du projet de 2006, la CDI cite en outre la phrase suivante de Vattel : « quiconque traite mal un citoyen porte indirectement préjudice à l'État, qui doit protéger ce citoyen » (extraite du même ouvrage). Sur cet auteur, voy. E. JOUANNET, *Emer De Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998.

d'humanité qui interpelle alors la doctrine positiviste classique<sup>20</sup>. Sa position n'est cependant pas claire : un certain flou entoure dans son œuvre le point de savoir si le principe de non-intervention, corollaire du principe absolu de souveraineté, est susceptible d'être relativisé ou non, et à quelles conditions<sup>21</sup>.

Quoi qu'il en soit, comme le reconnaît expressément la CDI en 2006 dans le sillon d'une voie ouverte par le premier rapporteur Mohamed Bennouna près d'une dizaine d'années plus tôt<sup>22</sup>, « [i]l s'agit bien évidemment d'une fiction, et d'une exagération, que de dire qu'un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État lui-même »<sup>23</sup> ; et d'expliquer qu'une telle fiction était nécessaire à un moment où « l'individu n'avait pas de place dans l'ordre juridique international et il n'avait pas de droits », puisqu'elle offrait « le seul moyen de protéger un national lésé à l'étranger »<sup>24</sup>.

Si la fiction au cœur de la théorie traditionnelle de la protection diplomatique est présentée, aussi bien par le premier rapporteur spécial en 1998<sup>25</sup> que par la CDI dans son commentaire du projet d'articles récemment adopté, comme un moyen au service d'une fin noble (la protection par substitution des droits d'un national lésé par un État tiers), il est également possible de la comprendre comme le produit d'une contrainte juridique<sup>26</sup>, mettant ainsi au jour l'enjeu autrement plus discutabile d'une telle construction. « Artifice de technique juridique »<sup>27</sup>, « mensonge [...] consistant à "faire comme si", à supposer un fait

20. L'intervention d'humanité se comprend de deux manières différentes : il peut s'agir d'une intervention dite domiciliaire, c'est-à-dire en faveur des nationaux de l'État intervenant menacés par un État tiers (intervention d'humanité au sens large) ; ou alors d'une intervention en faveur de minorités opprimées par leur propre État, sans aucun lien de nationalité entre les victimes et l'État intervenant (intervention d'humanité au sens strict). Sur ces notions : S. GARIBIAN, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'État moderne. Naissance et consécration d'un concept*, Th., droit, Paris X-Nanterre et Genève, 2007, pp. 54 ss. C'est de l'intervention d'humanité au sens strict dont parle Vattel. Quant à l'intervention d'humanité au sens large, il est à noter qu'elle fit l'objet de l'article 2 du premier « rapport Dugard » relatif à la menace ou à l'emploi exceptionnels de la force dans l'exercice de la protection de ses nationaux en danger dans un État tiers. L'idée même du recours à la force comme moyen de protection diplomatique fut à terme jugée inacceptable par la CDI (cf. *Annuaire de la Commission du droit international 2000*, vol. II, pp. 78 ss, §§ 430 ss).

21. Vattel commence en effet par critiquer la thèse grotienne qui contient la première formulation claire du principe d'intervention dans le cas d'outrage à l'humanité (H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. P. Pradier-Fodéré, Paris, PUF, 1999 (1625)), pour s'y rallier ensuite jusqu'à justifier le tyranicide : cf. E. VATTEL, *Le Droit des gens*, Slatkine Reprints, Henry Dunant Institute, Genève, 1983 (1758), tome I, livre II, chap. IV, §§ 54-56. À ce propos : S. GARIBIAN, *op. cit.* note 20, pp. 71 ss.

22. Cf. *Annuaire de la Commission du droit international 1998*, vol. II, p. 45, §§ 63 ss, ainsi que M. BENNOUNA, *op. cit.* note 16, p. 246.

23. Commentaire de l'article 1<sup>er</sup> du projet de 2006 (§ 4). À noter que le second rapporteur spécial, John Dugard, le reconnaît lui-même dès son premier rapport en 2000, tout en étant quant à lui favorable à la fiction (cf. *Annuaire de la Commission du droit international 2000*, vol. I, p. 40, §§ 9-10). Pour un avis contraire (selon lequel, donc, il ne s'agirait pas d'une fiction) : E. WYLER, *op. cit.* note 5, p. 249, note 42.

24. Commentaire de l'article 1<sup>er</sup> du projet de 2006 (§ 4).

25. M. BENNOUNA, *op. cit.* note 16, p. 246 : « La fiction n'a pas, comme certains l'ont compris, un caractère péjoratif qui rabaisserait le statut de l'institution de la protection diplomatique ; elle est au contraire destinée à pallier certaines lacunes juridiques en ramenant des réalités dépourvues de qualification juridique à des catégories connues du Droit international ». Dans la doctrine récente, voy. aussi en ce sens : A. VERMEER-KUNZLI, « As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection », *EJIL*, 2007, pp. 37-68.

26. Une *contrainte juridique* consiste en « une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère » (M. TROPÉR/V. CHAMPEIL-DESPLATS/C. GRZEGORCZYK dir., *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2005, p. 12).

27. G. CORNU, *op. cit.* note 14, p. 402.

contraire à la réalité »<sup>28</sup>, la fiction est avant tout un « procédé qui consiste à qualifier un fait ou une situation contrairement à ce qui est admis comme objectivement vrai, en fait ou en droit »<sup>29</sup> – étant précisé que la qualification fictive est « fortement chargée idéologiquement »<sup>30</sup>.

En l'occurrence, au regard de la configuration du système juridique à l'époque de l'arrêt *Mavrommatis*, pour garantir la réparation de dommages infligés à des particuliers à l'étranger sans pour autant reconnaître la personnalité juridique internationale des personnes privées, les juges sont contraints de « faire comme si » le préjudice causé à l'individu était un préjudice causé à son État national<sup>31</sup>. Plus précisément encore, comme le rappelle Alain Pellet, dans une société internationale réduite à un « monde d'États »<sup>32</sup> alors uniques sujets de droit, et dominée par l'Europe et les États-Unis, la confusion entre la cause étatique et celle des particuliers est le seul moyen de traiter juridiquement des préjudices causés aux investisseurs originaires des grandes puissances dans les pays d'Amérique latine, « par les révolutions, pronunciamientos, coups d'États et autres soulèvements qui s'y produisaient fréquemment »<sup>33</sup>. L'enjeu que masque la fiction au cœur de la thèse de la substitution est la protection, surtout, d'un ordre juridique international « réputé exclusivement interétatique »<sup>34</sup> où se joue un double rapport d'inégalité : entre les individus-objets<sup>35</sup> et les États souverains-sujets de droit international, d'une part ; entre les axes nord/sud, d'autre part.

28. *Idem*. Voy. également les développements de M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Origine et rôle de la fiction en droit international », *APD*, 1987, pp. 154-155.

29. J. SALMON dir., *op. cit.* note 10, p. 503. Cf. aussi O. CAYLA, « Le jeu de la fiction entre “comme si” et “comme ça” », *Droits*, n° 21, 1995, p. 8 (« Ce qui constitue, strictement, une fiction juridique est le fait qu'elle apparaisse comme émettant des vues nettement controuvées, c'est-à-dire procède à des affirmations assurément et objectivement fausses »), ainsi que pp. 9 ss sur les rapports entre fiction/hypothèse/présomption.

30. J. SALMON dir., *op. cit.* note 10, p. 504. Sur la notion d'*idéologie*, nous renvoyons aux rapports fort intéressants présentés lors des 4<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> rencontres de Reims, respectivement sur « La relation du droit international avec la structure économique et sociale » (*Réalités du droit international contemporain*, Presses Universitaires de Reims, 1978, en particulier les rapports de C. Chaumont, M. Troper et J. Salmon) et « Le discours juridique sur la non-intervention et la pratique internationale » (*Réalités du droit international contemporain*, Presses Universitaires de Reims, 1986, en particulier le rapport de J. Salmon).

31. Sur le lien entre la théorie du sujet de droit et la question du pouvoir : M. TROPER, *op. cit.* note 13, pp. 4-13.

32. M. BENNOUNA, *op. cit.* note 16, p. 245.

33. A. PELLET, *op. cit.* note 12, pp. 1363-1364, où l'auteur insiste sur l'importance de ce « contexte marqué par l'inégalité entre les auteurs habituels des dommages et les États dont les victimes avaient habituellement la nationalité puisque le droit de la responsabilité s'est fixé dans le cadre des relations entre les États latino-américains d'une part et les puissances européennes et les États-Unis d'autre part ». « C'est pour cela, d'ailleurs – poursuit-il –, que les arbitrages de la fin du XIX<sup>e</sup> et du début du siècle dernier entre les uns et les autres ont joué un tel rôle dans la cristallisation juridique de la protection diplomatique, et c'est pour cela aussi que les juristes latino-américains se sont positionnés sur la défensive à l'encontre d'une institution qui résultait, selon le mot de Jessup, de la “diplomatie du dollar” ». Voy. également les propos de Mohamed Bennouna lors de la 50<sup>e</sup> session de la CDI, lorsqu'il rappelle les critiques dont fait l'objet la conception traditionnelle de la protection diplomatique, jugée inégalitaire et discriminatoire (*Annuaire de la Commission du droit international 1998*, vol. II, p. 44, § 62).

34. A. PELLET, *op. cit.* note 12, p. 1363.

35. Sur le « sujet interne », « objet » du droit international dans la conception traditionnelle de la protection diplomatique : C. SANTULLI, « Entre protection diplomatique et action directe : la représentation. Éléments épars du statut international des sujets internes », in *Le sujet interne en droit international*, Paris, Pedone, 2005, p. 86. Cf. également A. PELLET, « Le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique. Une codification pour (presque) rien », in M. KOHEN dir., *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, Koninklijke Brill NV, 2007, p. 1135, pour un rappel de la jurisprudence internationale se référant aux individus comme étant « de simples faits ».

Mais la configuration juridique internationale ayant désormais évolué – surtout depuis l'adoption de la charte des Nations Unies et l'avènement des instruments relatifs à la protection des droits de l'homme au lendemain de la seconde guerre mondiale – contraintes et enjeux ne sont plus les mêmes : une fois le monopole étatique du droit international remis en cause, la « fiction Mavrommatis » perd son utilité, et la thèse de la substitution son sens<sup>36</sup>. Un changement d'angle de vue est possible, qui permet de voir en l'objet de la protection diplomatique les droits subjectifs de l'individu.

*B. La thèse moderne de la représentation,  
ou la protection des droits subjectifs de l'individu*

« Mensonge consommé », « contre-vérité caractérisée » que l'on feint seulement d'ignorer « pour les exclusifs besoins de la cause pratique à traiter juridiquement »<sup>37</sup>, la fiction fondatrice de la thèse classique de la substitution n'est qu'un jeu de langage : les droits protégés par le mécanisme de la protection diplomatique seraient, à *vrai dire*, les droits subjectifs de l'individu. Le second rapporteur spécial de la CDI sur le sujet de la protection diplomatique, John Dugard, admet qu'en attestent d'ailleurs « la règle de l'épuisement des recours internes et celle de la continuité de la nationalité, et le fait que les tribunaux, en évaluant les dommages subis par l'État, tiennent compte en général des dommages subis par le particulier »<sup>38</sup>, tout en défendant fermement le maintien de la « fiction Mavrommatis »<sup>39</sup>.

L'abandon de la fiction, prônée en vain par Mohamed Bennouna en 1998 lorsqu'il propose de « remettre la protection diplomatique “sur ses pieds” »<sup>40</sup>, se justifie aisément au regard de l'évolution du droit international contemporain quant

36. Voy. au contraire J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 7<sup>e</sup> éd. 2006, p. 532, pour lesquels la protection diplomatique reste une « construction particulièrement originale, qui a pour effet de rattacher à ses sujets directs les dommages subis par des personnes n'ayant pas cette qualité [...]». La protection a pour objet et pour effet de substituer une personne capable d'exercer une action internationale à une personne qui ne l'est pas et qui a subi un dommage ». Cf. aussi J. SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 105.

37. O. CAYLA, *op. cit.* note 29, p. 8. « [S]ur le mode mi-figue mi-raisin du “comme ci-comme ça”, le “comme si” de la fiction renvoie nécessairement et doublement au “comme ça” de la réalité qu'il présuppose au fond parfaitement connu » (*Idem*).

38. *Annuaire de la Commission du droit international 2000*, vol. I, p. 40, §§ 9-10. Voy. aussi *infra* II.A sur les conditions d'exercice de l'action en protection diplomatique.

39. *Annuaire de la Commission du droit international 2000*, vol. I, p. 40, §§ 9 ss. Plus tard en 2004, la CDI adopte en première lecture une série de 19 articles avec commentaires (pour une analyse critique : A. PELLET, *op. cit.* note 35, pp. 1133-1155). L'article 1<sup>er</sup> du projet reprend encore la substance du *dictum* de 1924 de la CPJI (cf. *Rapport de la Commission du droit international (cinquante-sixième session)*, 2004, p. 17).

40. M. BENNOUNA, *op. cit.* note 16, p. 250. Cf. également : *Annuaire de la Commission du droit international 1998*, vol. II, p. 45, § 66 (propos de Mohamed Bennouna) et pp. 46 ss (résumé des débats au sein de la CDI), ainsi que les commentaires de Y. DAUDET, « Travaux de la Commission du droit international », cet *Annuaire* 1998, pp. 494-511 (qui soutient l'approche de Mohamed Bennouna). L'idée du premier rapporteur spécial n'est pas nouvelle : Federico Garcia-Amador (premier rapporteur spécial de la CDI sur le sujet de la responsabilité internationale) l'avait préconisée dès 1956 en soutenant que « l'intérêt ou le droit lésé dans les hypothèses de responsabilité où s'applique le principe [de la protection diplomatique] est avant tout celui de l'individu ou du particulier et non celui de l'État » (cité dans A. PELLET, *op. cit.* note 12, p. 1367). Pour une remise en question de la conception traditionnelle de la protection diplomatique dans la doctrine de l'époque, voy. notamment L. CAVARÉ, « Les transformations de la protection diplomatique », in *Mélanges A. Makarov*, Stuttgart, Kohlhammer, 1958, pp. 54 ss, ou encore, quelques temps après, G. PERRIN, « Réflexions sur la protection diplomatique », in *Mélanges Marcel Bridel*, Lausanne, Imprimeries réunies, 1968, pp. 379-411 puis L. DUBOIS, « La distinction entre le droit de l'État réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique », *Revue critique de droit international privé*, 1978, pp. 615-640.

à la personnalité juridique internationale, acquise, de l'individu<sup>41</sup>. Celui-ci est destinataire de normes internationales et peut les faire valoir par le biais des actions directes qu'offrent les mécanismes internationaux mis en place en matière de protection des droits de l'homme ou des investissements étrangers. S'ils sont importants et efficaces, ces mécanismes constituent toutefois l'exception, et les moyens à disposition des étrangers pour faire respecter directement les droits qui leur sont reconnus au plan international demeurent limités : « le champ d'application de la protection diplomatique reste donc important, quoique régressif »<sup>42</sup>.

Complémentaire de la protection internationale des droits de l'homme, la protection diplomatique est donc un instrument utile pouvant être employé par les États pour la défense de leurs ressortissants victimes de violations de leurs droits individuels, lorsque les moyens de recours directs font défaut<sup>43</sup>. « [R]empart ultime »<sup>44</sup>, « filet de sécurité »<sup>45</sup>, ou « pis-aller »<sup>46</sup>, l'action de l'État national a une « fonction essentielle d'*ultima ratio* »<sup>47</sup> dans la sauvegarde des droits des personnes privées internationalement protégées : elle comble le cas échéant un manque et peut servir à « faire avancer la cause de la protection des droits de l'homme »<sup>48</sup>. Cette approche se traduit d'ailleurs dans la jurisprudence récente de la CIJ, en particulier dans son arrêt en ce sens exemplaire du 24 mai 2007 relatif à l'affaire *Diallo*, dans le cadre de laquelle la Guinée dit exercer sa protection diplomatique en faveur de son national à raison de la violation de trois catégories de droits : ses droits individuels en tant que personne, ses droits propres d'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, et les droits desdites sociétés<sup>49</sup>.

41. Sur ce point la CDI refuse, en 1998, d'entrer en matière, et préfère s'en remettre à la pratique judiciaire qui appréhende l'individu comme étant un « bénéficiaire » du droit international (*Annuaire de la Commission du droit international 1998*, vol. II, p. 47, § 82).

42. L. CONDORELLI, *op. cit.* note 1, p. 16. Voy. également J.-F. FLAUSS, *op. cit.* note 6, pp. 7 ss pour des développements sur, d'une part, l'ampleur du rétrécissement du champ d'application de la protection diplomatique (seuls les véritables recours individuels, en définitive peu nombreux, étant « intrinsèquement réducteurs [de son] champ d'application ») et, d'autre part, les tempéraments à ce rétrécissement (au regard de la survivance de la protection diplomatique dans le cadre de l'application des régimes conventionnels de protection des droits de l'homme, ainsi que de « l'instillation d'une dose de protection diplomatique » dans les procédures conventionnelles y relatives).

43. En ce sens, par exemple : L. CONDORELLI, *op. cit.* note 1, pp. 16 ss ; J.-F. FLAUSS, *op. cit.* note 6, pp. 3 ss ; C. TOMUSCHAT, « Human Rights : Between Idealism and Realism », in *The Collected Courses of the Academy of European Law*, 2003, vol. XIII/1, p. 218 ; G. COHEN-JONATHAN, « La responsabilité internationale pour atteinte aux droits de l'homme : sur quelques tendances récentes », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Ed. Scientifica, 2004, pp. 675 ss ; A. PELLET, *op. cit.* note 35, p. 1136 (où l'auteur souligne l'absence de tout mécanisme de protection régionale en Asie ou dans le monde arabe, de même que l'impossibilité pour l'investisseur étranger de saisir le CIRDI faute de ratification de la convention de Washington de 1965 par l'État auteur de la violation ou de convention bilatérale entre les deux États concernés).

44. M. BENNOUNA, *op. cit.* note 16, p. 249.

45. A. PELLET, *op. cit.* note 35, p. 1136.

46. C. DOMINICE, « Regard actuel sur la protection diplomatique », in *Liber Amicorum Claude Reymond. Autour de l'arbitrage*, Paris, Litec, 2004, p. 81.

47. L. CONDORELLI, *op. cit.* note 1, pp. 16 ss ; S. TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, p. 221.

48. J.-F. FLAUSS, *op. cit.* note 6, p. 6 (il est intéressant de noter, comme le fait l'auteur, que pourtant « le développement de la protection internationale des droits de l'homme s'est précisément inscrit dans le cadre d'une logique antagoniste qui marginalisait la protection diplomatique, tant intellectuellement que pratiquement », p. 5 ; cf. aussi *infra*, note 56). Pour un avis défavorable à cette idée : E. WYLER, *op. cit.* note 5, p. 255.

49. Cet arrêt est l'occasion pour la Cour de constater qu'en « raison de l'évolution matérielle du droit international, au cours de ces dernières 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 » (arrêt du 24 mai 2007 (exceptions préliminaires), *Ahmadou Sadio Diallo*, § 39). Sur cet arrêt : P. WECKEL, « Chronique de jurisprudence internationale », .../...

Nul besoin de prétendre que la commission d'un fait internationalement illicite par un État à l'encontre d'un étranger lèse en réalité l'État de nationalité censé subir, seul, le dommage. Nul besoin de faire agir l'État à la place de son ressortissant, qui existe désormais sur la scène internationale en tant que sujet de droit. Il suffirait d'adopter une conception pragmatique, moderne, de la protection diplomatique axée sur la défense des droits de la personne privée, non plus ceux exclusifs de l'État, et construite, cette fois, sur l'idée de *représentation*<sup>50</sup> : en agissant, l'État ne ferait pas valoir son droit propre mais celui de son ressortissant lésé, qu'il représente, lorsque celui-ci n'a pas les moyens d'agir seul.

Si la thèse de la représentation a pour avantage certain de placer l'individu au cœur du mécanisme de la protection diplomatique, c'est toutefois la thèse mixte dite des deux droits qui permet de mieux rendre compte de la complémentarité, affirmée par la CDI<sup>51</sup>, des instruments que sont cette protection de l'État national et la protection internationale des droits de l'homme et, dès lors, de la spécificité du premier par rapport au second.

### C. La thèse mixte dite des deux droits

Alors que les conceptions classique et moderne de la protection diplomatique ne reconnaissent l'existence que d'une seule véritable réclamation, la thèse mixte l'appréhende comme étant un mécanisme ayant pour objet la défense des droits propres de l'État et de la personne privée<sup>52</sup>. C'est là que se situerait alors sa particularité relativement aux instruments des droits de l'homme, puisque ces derniers ont pour objet exclusif la protection des droits individuels contre les abus de l'État (en tant qu'entité) dans l'exercice de sa puissance souveraine : ils mettent en présence l'individu *face* à l'État.

.../... RGDIP, 2007, pp. 705-713, ou encore A. ALVAREZ-JIMENEZ, « Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case », *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 2008, pp. 437-454. Voy. aussi l'ordonnance du 9 avril 1998 dans l'affaire *Convention de Vienne sur les relations consulaires* (désistement, ordonnance du 10 novembre 1998).

50. La *représentation* est une « [a]ction consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre – incapable ou empêchée (le représenté) – un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté » (G. CORNU, *op. cit.* note 14, p. 795).

51. L'article 16 du projet de 2006 prévoit que « [l]es droits des États, des personnes physiques, des personnes morales ou d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice causé par un fait internationalement illicite ne sont pas affectés par le présent projet d'articles ». Le commentaire relatif à cette disposition précise que « [l]es règles du droit international coutumier sur la protection diplomatique et les règles régissant la protection des droits de l'homme se complètent » (§ 1<sup>er</sup> du commentaire), et que « [l]'individu est aussi investi de droits et de recours pour se protéger contre l'État auteur du fait illicite, qu'il s'agisse de son État national ou d'un autre État, en vertu de conventions internationales relatives aux droits de l'homme » (§ 3).

52. Les origines de la thèse mixte semblent remonter à G. SCELLE, « Règles générales du droit de la Paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, 1933-IV, vol. 46, pp. 660 ss. Voy. aussi G. PERRIN, *op. cit.* note 40, pp. 392 ss lequel, en 1968 déjà, constatant que les deux théories « mettent chacune l'accent sur un aspect particulier et fondamental de l'institution », se demande « si la solution la moins artificielle ne consisterait pas à les conjuguer, au lieu de les opposer et de ne retenir que l'une ou l'autre ». De même, plus récemment : Y. DAUDET, *op. cit.* note 40, p. 500 ; J.-F. FLAUSS, *op. cit.* note 6, p. 23 ; G. GAJA, « Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique », in J.-F. FLAUSS dir., *op. cit.* note 1, p. 64 ; ou encore B. TAXIL, *Recherches sur la personnalité juridique internationale : l'individu, entre ordre interne et ordre international*, Th., droit, Université Paris I, 2005, p. 522, ainsi que l'étude de S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, où l'auteur adopte la thèse mixte comme postulat de départ dans sa recherche (p. 14).

La « thèse des deux droits » a ainsi le mérite de donner tout son sens au rapport de *complémentarité* – et non de concurrence – existant entre les deux mécanismes internationaux et de préserver, par la même occasion, leur utilité respective (ce que permet la conception classique de la protection diplomatique), tout en abandonnant la fiction désuète contenue dans l'arrêt *Mavrommatis* (comme le permet la conception moderne). Elle se fait en effet l'écho de deux différences fondamentales entre les mécanismes en question : alors qu'ils apparaissent « à certains égards interchangeables »<sup>53</sup>, ceux-ci se distinguent pourtant du point de vue à la fois de leur fondement philosophique et de leur objet – sans compter que, d'un point de vue pratique, l'action directe de la personne privée « est moins bridée par les “freins politiques” qui contiennent la protection diplomatique »<sup>54</sup>.

Concernant le fondement philosophique, il convient de rappeler que la protection par l'État national est construite autour de la qualité de *citoyen*, alors que les droits de l'homme renvoient à la qualité d'*individu*<sup>55</sup>. C'est pourquoi, conformément à la thèse mixte, seule l'action en protection diplomatique vise à faire valoir aussi bien les droits des individus victimes du fait internationalement illicite commis par un État tiers, que le droit propre et distinct de l'État de nationalité à ce qu'un certain traitement soit réservé à ses ressortissants<sup>56</sup>, imposant ainsi « une nouvelle appréciation des rapports entre le particulier et l'État qui agit en sa faveur »<sup>57</sup>.

La CIJ appuie cette conception large de la protection diplomatique, selon laquelle il peut découler d'un même fait internationalement illicite deux prétentions étroitement liées (individuelle et étatique), dans l'affaire *LaGrand*<sup>58</sup>. Plus

53. C. SANTULLI, *op. cit.* note 35, p. 90.

54. *Idem.*

55. À ce propos : E. WYLER, *op. cit.* note 5, pp. 254-255. À noter que dans son projet d'articles de 2006, la CDI précise : « [I]e plus souvent, c'est le lien de nationalité entre l'État et la personne lésée qui motive l'exercice de la protection diplomatique, une question qui est traitée dans les projets d'articles 4 et 9 » (§ 14 du commentaire de l'article 1). Jean-François Flauss observe que « [I]e très large désintérêt manifesté par la doctrine “droit de l'homme” à l'égard de la protection diplomatique s'explique aussi par le fait qu'intrinsèquement cette dernière repose sur une distinction entre nationaux et étrangers susceptible d'être considérée comme peu compatible avec le principe général de non-discrimination » (J.-F. FLAUSS, *op. cit.* note 6, p. 6).

56. Rappelons que le système de la CIJ suppose en principe l'existence d'une demande étatique propre à faire valoir, sans laquelle l'État n'aurait pas qualité à agir (*cf.* S. FORLATI, « Protection diplomatique, droits de l'homme et réclamations “directes” devant la Cour internationale de Justice. Quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo/Ouganda », *RGDIP*, 2007, p. 100). Pour une redéfinition substantielle et plus précise de ce droit de l'État sur la conduite d'un autre, envisagé « non pas comme un droit *stricto sensu*, mais comme un “intérêt juridique général” de voir le droit international respecté en la personne de ses ressortissants », en tant que corollaire de l'existence d'une obligation à la charge de l'État étranger : S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, pp. 28 ss.

57. S. FORLATI, *op. cit.* note 56, p. 99. Voy. également P.-M. DUPUY, « Sur les rapports entre sujets et “acteurs” en droit international contemporain », in *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003, pp. 261 ss. *Cf.* en outre l'arrêt de la CIJ du 19 décembre 2005, *Activités armées sur le territoire du Congo* qui constitue une source de réflexion relativement à la question de savoir « quand le régime de la protection diplomatique est applicable par rapport aux réclamations “mixtes” où droits de l'État et droits des individus sont étroitement liés » (rapport entre les réclamations concernant le traitement des étrangers et la protection des droits de l'homme ; distinction entre les actions directes et en protection diplomatique) : S. FORLATI, *ibid.*, pp. 92 ss.

58. *LaGrand*, arrêt, *CIJ Recueil 2001*, pp. 482-483, § 42 et p. 494, § 77. Sur cet arrêt, nous renvoyons en particulier aux commentaires de C. DOMINICE, « Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt Lagrand », in *El derecho internacional en los albores del siglo XXI : homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Éd. Trotta, Madrid, 2002, pp. 233-242 ; J. MATRINGE, « L'arrêt de la Cour internationale de la justice dans l'affaire *LaGrand* (Allemagne contre États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001 », *cet Annuaire 2002*, pp. 215-256 ; M. PINTO, « De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme », *RGDIP*, 2002, pp. 513-548 ; H. RUIZ FABRI/J.-M. SOREL, « Note sous Cour Internationale de Justice, 27 juin 2001, Allemagne contre États-Unis d'Amérique, affaire *LaGrand* », *JDI*, 2002, pp. 843-858.

tard, l'affaire *Avena*<sup>59</sup> est l'occasion pour la Cour, tout en s'inscrivant dans la même perspective générale, d'aller plus loin – bien que sous une forme que d'aucuns qualifient de « frémissements »<sup>60</sup> – en mettant en exergue « l'interdépendance » des droits de l'État et des droits de l'individu (dans le contexte identique de la dénonciation d'une violation de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires)<sup>61</sup>. Dans les deux cas, l'« immédiateté » et l'opposabilité de droits individuels d'origine internationale est reconnue<sup>62</sup>.

C'est précisément en se référant à ces affaires que la CDI, dans ses commentaires du projet d'articles de 2006, constate deux choses : d'abord, que « l'individu fait l'objet de nombreuses règles primaires du droit international, coutumier ou conventionnel, qui le protègent dans son pays, contre son propre gouvernement, et à l'étranger, contre les gouvernements étrangers »<sup>63</sup> ; ensuite, que des « droits individuels en vertu du droit international peuvent aussi naître en dehors du cadre des droits de l'homme », et qu'une « clause de sauvegarde a été insérée dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite – l'article 33 – pour tenir compte de cette évolution »<sup>64</sup>.

La Commission affirme de surcroît qu'en agissant dans le cadre de la protection diplomatique, l'État « ne fait pas *seulement* valoir son propre droit » : « il fait *aussi* valoir le droit de son national lésé »<sup>65</sup>. Si une telle formulation, *a priori* sans équivoque, laisse penser que la CDI adopte alors la « thèse des deux droits », le texte de l'article 1<sup>er</sup> du projet de 2006 n'en laisse en revanche rien transparaître. Bien au contraire, la Commission précise même que « [l]e projet d'article premier est formulé de manière à laisser ouverte la question de savoir si l'État qui exerce sa protection diplomatique le fait pour son propre compte ou pour celui de son

59. Arrêt du 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains* (§ 40). Voy. notamment les développements de M. BENLOLO-CARABOT, « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis d'Amérique) du 31 mars 2004 », cet *Annuaire*, 2004, pp. 259-291 ; P. WECKEL, « Chronique internationale de jurisprudence », *RGDIP*, 2004, pp. 731 et 736 (où l'auteur pose la question de savoir si la protection diplomatique ne se détacherait donc pas de la responsabilité internationale pour intégrer une théorie de la responsabilité des personnes) ; C. DOMINICE, *op. cit.* note 9, pp. 55-62 ; H. RUIZ FABRI/J.-M. SOREL, « *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c'États-Unis d'Amérique) – Arrêt du 31 mars 2004 », *JDI*, 2005, pp. 881-894.

60. J.-F. FLAUSS, « Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique : à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, *Groupement X c. Conseil fédéral* (1<sup>re</sup> Cour civile) », *RGDIP*, 2005, p. 407 ; A. PELLET, *op. cit.* note 12, p. 1375.

61. Carlo Santulli voit en cette jurisprudence une reconnaissance par la Cour, non pas tant d'une nouvelle conception de la protection diplomatique (qui resterait selon lui une action garantissant « les droits étatiques dont le particulier est l'objet »), mais plutôt d'une *action distincte en représentation* – ce qui constituerait une grande première puisqu'une telle action « n'avait pas franchi les portes du grand prétoire de La Haye » (C. SANTULLI, *op. cit.* note 35, p. 93). D'autres auteurs, tels que Serena Forlati ou Alain Pellet, voient en l'espèce une simple « absorption » du litige qui s'est noué au titre de la protection diplomatique par le litige interétatique classique (S. FORLATI, *op. cit.* note 56, p. 111 ; A. PELLET, *op. cit.* note 12, p. 1374, qui souligne qu'il ne s'agit pas là d'une « nouveauté bouleversante » : « sans "théoriser", la Cour a, dans plusieurs affaires de responsabilité, admis qu'un État demandeur pouvait agir tant pour la protection de ses droits propres que pour la protection de ses ressortissants »). Voy. également S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, pp. 123 ss et 155-156.

62. Nous renvoyons ici aux développements de S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, pp. 63 ss et 89 ss.

63. Paragraphe 4 du commentaire de l'article 1<sup>er</sup>, où il est en outre précisé que « [l]'individu a des droits en droit international, mais peu de recours lui sont ouverts. L'exercice par un État de sa protection diplomatique au niveau interétatique demeure un instrument important pour protéger les personnes dont les droits de l'homme ont été violés à l'étranger ».

64. Paragraphe 4 du commentaire de l'article 16 (sur les « Actions ou procédures autres que la protection diplomatique ») du projet de 2006. Pour le texte de cette disposition : *supra*, note 51. Quant à l'article 33 du projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État, il contient un alinéa 2 rédigé comme suit : « La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État ».

65. Commentaire de l'article 1<sup>er</sup> du projet de 2006 (§ 3) – nous soulignons.

national, ou les deux »<sup>66</sup>. Cette « énigme délibérée » dont « le reste du projet ne donne pas la clé »<sup>67</sup> n'entrave toutefois en rien le fait que l'article 1<sup>er</sup> (adopté sans débat) définit pour la première fois la protection diplomatique sans se fonder sur la « fiction Mavrommatis »<sup>68</sup>. Le projet de 2006 abandonne la conception classique de l'institution et reflète, pour le moins, un mouvement général qui tend vers la prise en considération de plus en plus marquée des droits individuels.

Mais quelles sont les conséquences de cette « mise à l'écart, ou entre parenthèses »<sup>69</sup> de la fiction traditionnelle, que certains qualifient de « subversion »<sup>70</sup> de la protection diplomatique ? Comment l'élargissement de l'objet de ce mécanisme se traduit-il dans la détermination des conditions d'exercice de l'action ?

## II. – L'EXERCICE DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE : DROIT ÉTATIQUE D'ACTION ET/OU DROIT INDIVIDUEL À L'ACTION ?

« La protection suit le droit ; mais elle engendre un *droit nouveau*, formellement distinct du droit protégé et qui est le *droit d'action* »<sup>71</sup> : si l'on admet l'élargissement de l'objet de la protection diplomatique, ou sa diversification par une prise en compte des droits subjectifs de la personne privée, alors se pose la question de savoir si une appréhension extensive de ce « vieil » outil engendre, en plus du *droit étatique d'action* en protection diplomatique (A), aucunement remis en question, la création d'un *droit individuel à l'action* (B).

### A. Le caractère discrétionnaire du droit étatique d'action en protection diplomatique

Tout le monde semble s'accorder sur le point suivant : l'exercice discrétionnaire de la protection diplomatique, prérogative de souveraineté, est un droit de l'État<sup>72</sup>. Alors que les tenants de la conception classique de la protection diplomatique y voient là une conséquence directe « du fait que la réclamation du

66. Commentaire de l'article 1<sup>er</sup> du projet de 2006 (§ 5).

67. A. PELLET, *op. cit.* note 12, p. 1377.

68. Article 1<sup>er</sup> du projet de 2006 : « Aux fins du présent projet d'articles, la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité ».

69. A. PELLET, *op. cit.* note 12, p. 1377.

70. R. RIVIER, « Travaux de la Commission du droit international (cinquante-huitième session) et de la sixième Commission (soixante et unième session) », cet *Annuaire*, 2006, pp. 321 ss.

71. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2008 (1952), p. 101.

72. Cf. l'arrêt de la CIJ du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Compagny, Limited*, § 79 : « L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment [...]. L'État jouit d'une liberté d'action totale ». Voy. toutefois l'option proposée par le groupe de consultation informel au sein de la CDI, en 2000 : « Il a été considéré qu'une réaffirmation du *droit* d'un État d'exercer la protection diplomatique pourrait être interprétée comme une approbation du pouvoir discrétionnaire absolu d'un État d'accorder ou de refuser sa protection à l'égard d'un de ses nationaux. Cela compromettrait les efforts en droit interne tendant à contraindre les États à exercer la protection diplomatique à l'égard de leurs nationaux ». D'où la suggestion, finalement non retenue, de parler d'*habilitation* plutôt que de *droit étatique* (*Annuaire de la Commission du droit international 2000*, vol. II, p. 90).

particulier disparaît derrière celle de l'État »<sup>73</sup> – autrement dit, une conséquence « de la thèse traditionnelle de la substitution complète du protecteur au protégé »<sup>74</sup> –, les défenseurs d'une conception « réaliste », au contraire, n'y décèlent aucune incompatibilité avec le fait que l'objet de ce mécanisme puisse être, aussi, la protection de droits individuels reconnus comme tels<sup>75</sup>.

Dans le même sens la CDI, tout en abandonnant la « fiction Mavrommatis » en 2006, réaffirme au même moment qu'« [u]n État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément au présent projet d'articles »<sup>76</sup> et qu'il s'agit d'un « pouvoir discrétionnaire » de celui-ci<sup>77</sup>. En cohérence avec son commentaire portant sur la définition de la protection diplomatique à l'article 1<sup>er</sup> du dernier projet<sup>78</sup>, la Commission précise que le fait que l'État soit « l'entité à laquelle le droit de formuler une réclamation appartient [...] ne préjuge pas la question de savoir quels droits [celui-ci] cherche à faire valoir, son droit propre ou les droits du national lésé au bénéfice duquel il agit » : « [c]omme le projet d'article premier, le projet d'article 2 est neutre sur ce sujet »<sup>79</sup>.

Le droit d'action de l'État, certes discrétionnaire, reste toutefois subordonné à deux conditions – celles-ci étant au demeurant difficilement conciliables avec la conception classique de la protection diplomatique, comme le relèvent certains auteurs<sup>80</sup> : la personne au profit de laquelle la protection est exercée doit être ressortissante de l'État protecteur, et elle doit avoir préalablement épuisé les recours disponibles dans le droit de l'État responsable. En développant dans son projet de 2006 les règles relatives à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes (règles dites secondaires)<sup>81</sup>, la CDI « donne corps » (pour reprendre ses propres mots)<sup>82</sup> à l'article 44 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite<sup>83</sup>. Ce faisant, elle confirme un assouplissement des conditions d'exercice de la protection diplomatique, à la lumière de l'évolution de la condition juridique de la personne privée en droit international – bien que, comme l'observe Jean-François Flauss, les répercussions d'une telle évolution soient « d'intensité inégale selon l'exigence en cause »<sup>84</sup>.

73. J. COMBACAU/S. SUR, *op. cit.* note 36, p. 532.

74. *Idem.*

75. Notamment : A. PELLET, *op. cit.* note 12, p. 1377.

76. Article 2 du projet de 2006.

77. Paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 2 du projet de 2006. Voy. également le paragraphe 1<sup>er</sup> du commentaire relatif à l'article 3 du projet de 2006, où il est dit que « le projet d'article 2 énonce le droit discrétionnaire de l'État d'exercer sa protection diplomatique » ; ou encore le paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 19, où est encore rappelé « le caractère discrétionnaire du droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique ».

78. Paragraphe 5 du commentaire de l'article 1<sup>er</sup> (*cf. supra*, note 66).

79. Commentaire de l'article 2 du projet de 2006 (§ 1<sup>er</sup>).

80. En particulier A. PELLET, *op. cit.* note 35, pp. 1138 ss ou *op. cit.* note 12, p. 1362.

81. Les *règles secondaires* sont « celles qui ont trait aux conditions à réunir pour pouvoir présenter une demande de protection diplomatique » ; alors que les *règles primaires* « régissent le traitement de la personne et des biens des étrangers, dont la violation engage la responsabilité envers l'État de nationalité de la personne lésée » (commentaire introductif du projet de 2006, § 2).

82. Commentaire introductif du projet de 2006, § 2.

83. Article 44 du projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État : « La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si : a) La demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations ; b) Toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes ». *Cf.* M. FORTEAU, « L'État selon le droit international : une figure à géométrie variable », *RGDIP*, 2007, p. 754 où l'auteur souligne à quel point le droit de la protection diplomatique « a clairement partie liée » avec le droit de la responsabilité internationale « dont il permet d'assurer la mise en œuvre dans les cas particuliers qui sont de son ressort ».

84. J.-F. FLAUSS, « Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique ? », in J.-F. FLAUSS dir., *op. cit.* note 1, p. 34. Voy. aussi G. GAJA, *op. cit.* note 52, pp. 68 ss.

La relativisation la plus nette concerne les exigences tenant à la condition du lien de nationalité (articles 3 et suivants du projet de 2006), et se traduit par les exceptions prévues aux articles 3, § 2 (qui renvoie à l'article 8 sur l'exercice de la protection diplomatique au bénéfice des apatrides et des réfugiés) et 5, § 2 (qui nuance, à certaines conditions, la règle bien établie mais fort critiquée de la continuité de la nationalité)<sup>85</sup>. Il s'agit, dans les deux cas, de permettre une meilleure prise en compte des intérêts de la personne privée. Quant à la condition de l'épuisement des voies de recours internes, « "principe du droit international général" étayé par la jurisprudence, la pratique des États, les traités et la doctrine »<sup>86</sup>, elle est maintenue à l'article 14 du projet de 2006 ; mais ne s'applique pas lorsque « l'État auteur de la réclamation est *directement* lésé par le fait illicite d'un autre État, puisqu'il a alors lui-même une raison particulière d'introduire une réclamation internationale »<sup>87</sup>.

S'il n'est en outre « pas douteux que l'État peut, de lui-même, renoncer à exercer sa protection diplomatique, soit par un traité ou par une déclaration unilatérale antérieurs au litige, soit *a posteriori* »<sup>88</sup>, le particulier peut aussi, par son inaction, paralyser le « droit discrétionnaire » étatique en la matière – ce qui, là encore, « n'a jamais été conciliable avec l'idée d'un "droit propre" de l'État »<sup>89</sup>. À moins de se trouver dans l'un des cas énoncés à l'article 15 du projet de 2006, qui pose les exceptions au principe général de l'épuisement des voies de recours internes.

Parmi ces exceptions, celle relative à une renonciation par l'État défendeur (article 15 e) : « puisque la règle a pour but de protéger les intérêts de l'État mis en cause par un étranger, cet État peut lui-même renoncer à cette protection »<sup>90</sup>, simplifiant d'autant l'exercice de la protection diplomatique par l'État national dans ce cas de figure. En revanche, le raisonnement en miroir, qui consisterait à admettre – conformément aux conceptions moderne ou réaliste – l'hypothèse d'une renonciation de la protection de son État par l'individu directement lésé par un État tiers, n'est pas adopté par la CDI.

Celle-ci refuse en effet expressément de prendre acte de la « clause Calvo » (du nom du juriste et homme d'État argentin Carlos Calvo, 1824-1906), procédé, dit-elle, « utilisé principalement par les pays latino-américains à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle pour n'ouvrir aux étrangers que les voies de

85. Pour une illustration des vives critiques dont la règle de la continuité de la nationalité fait l'objet depuis longtemps, voy. par exemple dans la jurisprudence internationale : les observations de Sir Gerald Fitzmaurice dans son opinion individuelle relative à l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (CIJ Recueil 1970, p. 100) ; ou encore, en doctrine : E. WYLER, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, PUF, 1990 et, tout récemment, A. PELLET, *op. cit.* note 12, p. 1378 (ou, du même auteur, *op. cit.* note 35, pp. 1138-1139).

86. Paragraphe 1<sup>er</sup> du commentaire relatif à l'article 14 du projet de 2006.

87. Paragraphe 9 du commentaire relatif à l'article 14, § 3 du projet de 2006 (nous soulignons). La CDI ajoute qu'il est en pratique « difficile de déterminer si la réclamation est "directe" ou "indirecte" lorsqu'elle "mêle" des éléments constitutifs de préjudice pour l'État et des éléments constitutifs de préjudice pour ses nationaux » (§ 10 du même commentaire) – et de citer notamment l'affaire *Avena*.

88. NGUYEN QUOC DINH/P. DAILLIER/A. PELLET, *Droit International Public*, Paris, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd. 2002, p. 815. À noter par exemple que l'article 27, § 1<sup>er</sup> de la convention de Washington (1965) créant le CIRDI prévoit que l'État de nationalité renonce expressément à exercer la protection diplomatique de ses ressortissants lorsque ceux-ci disposent de voies de recours directes et effectives. Cf. également les développements de S. TOUZE, *op. cit.* note 47, pp. 243 ss.

89. A. PELLET, *op. cit.* note 12, p. 1379. Ce même auteur se demande aussi, d'une manière plus générale, pourquoi la CDI ne s'est pas interrogée sur « la nécessité d'étendre à l'ensemble des recours disponibles – et pas aux seules voies de recours *internes* – l'obligation d'épuisement » (A. PELLET, *op. cit.* note 35, p. 1151).

90. Paragraphe 12 du commentaire relatif à la disposition en question.

recours locaux en les obligeant à renoncer aux recours internationaux en ce qui concerne les litiges portant sur des contrats passés avec l'État hôte »<sup>91</sup> : « il est difficile de concilier la "clause Calvo" et le droit international si l'on doit l'interpréter comme un renoncement absolu au recours à la protection internationale relativement à une action de l'État hôte qui constituerait un fait internationalement illicite »<sup>92</sup>. Pourtant, la Commission constate par ailleurs que « les objections à la validité de la "clause Calvo" au regard du droit international général sont certainement moins convaincantes dès lors que l'on admet que les droits protégés dans le cadre de la protection diplomatique sont ceux de la personne protégée et non ceux de l'État protecteur »<sup>93</sup>. En effet, il est certain qu'une reconnaissance de la validité d'un tel renoncement par le particulier aurait été conforme à la conception moderne de la protection diplomatique<sup>94</sup>.

Alors que la CDI ne souscrit pas à l'idée que l'individu puisse renoncer, dans l'absolu, à la protection diplomatique de son État (du moins sans l'aval de ce dernier), permettant par là-même aux États de conserver « une entière maîtrise de leur compétence [en la matière], en tant qu'expression de leur "souveraineté personnelle" »<sup>95</sup>, reste à savoir si ce même individu pourrait, à l'inverse, faire valoir dans certains cas un *droit à l'action* en protection diplomatique.

### B. Le caractère irréal du droit individuel à l'action en protection diplomatique

La règle généralement admise en droit international est sans conteste celle de l'absence d'obligation étatique d'agir en protection diplomatique<sup>96</sup>, donc de l'absence, directement corrélative, de droit subjectif de l'individu à l'action<sup>97</sup>. La CDI, renvoyant à l'affaire *Barcelona Traction*<sup>98</sup>, confirme en 2006 qu'« [u]n

91. Paragraphe 8 du commentaire relatif à l'article 14 du projet de 2006. Cf. aussi *supra*, note 33. Sur ce procédé, voy. les études classiques de K. LIPSTEIN, « The Place of the Calvo Clause in International Law », *BYIL*, 1945, pp. 130-145 et D. R. SHEA, *The Calvo Clause : A problem of International Law and Diplomacy*, Londres, Ann Arbor, 1985 (1953) ; ou encore, pour un aperçu plus récent, J. A. BARBERIS, « Le droit international en Amérique latine », *RCADI*, 1992-IV, vol. 235, pp. 203 ss.

92. Paragraphe 8 du commentaire relatif à l'article 14 du projet de 2006. Sur la relativité d'un tel renoncement : S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, pp. 237 ss.

93. Paragraphe 8 du commentaire relatif à l'article 14 du projet de 2006. La CDI renvoie alors au paragraphe 5 de son commentaire relatif à l'article 1<sup>er</sup> du projet de 2006, où elle exprime sa neutralité sur la question de savoir si « l'État qui exerce sa protection diplomatique le fait pour son propre compte ou pour celui de son national, ou les deux »).

94. En ce sens, voy. par exemple A. PELLET, *op. cit.* note 12, p. 1379 (où l'auteur note en outre qu'une telle reconnaissance aurait également été « conforme à l'avènement des entreprises transnationales comme acteurs majeurs des relations internationales – qu'on le déplore ou qu'on s'en réjouisse »).

95. NGUYEN QUOC DINH/P. DAILLIER/A. PELLET, *op. cit.* note 88, p. 815.

96. Sur le constat d'une absence d'obligation étatique internationale en la matière dans un certain nombre de *décisions internes* récentes : S. FORLATI, *op. cit.* note 56, p. 103.

97. La relation de corrélation existant entre l'affirmation d'une *obligation étatique* et celle d'un *droit individuel* découle de la jurisprudence *Barcelona Traction* et est confirmée, sur le plan régional, par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) à plusieurs reprises : cf. S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, p. 309.

98. Arrêt de la CIJ du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Notons en outre que la CourEDH n'a jamais reconnu l'existence d'un droit individuel à la protection diplomatique : à ce sujet, cf. J.-F. FLAUSS, *op. cit.* note 6, pp. 25 ss et, du même auteur, *op. cit.* note 60, pp. 409 ss ; ainsi que, pour un exemple circonstancié, S. TOUZÉ, « L'affaire des emprunts russes devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2004, pp. 275-316. Certains auteurs s'interrogent toutefois sur l'éventualité de la reconnaissance d'un tel droit par le biais de la *théorie des obligations positives*, pour les préjudices constitutifs d'une violation des articles 2 à 4 de la convention de 1950 (cf. notamment G. RESS, « The Duty to Protect and to Ensure Human Rights under the European Convention of Human Rights », in E. KLEIN ed., *The Duty to Protect and to Ensure Human Rights*, Berlin, Verlag A. Spitz, 2000, pp. 184 ss).

État a le droit d'exercer la protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux. Il n'a *ni devoir ni obligation* de le faire »<sup>99</sup>.

Le raisonnement de la CIJ sur lequel s'appuie la Commission dans son dernier projet d'articles doit se comprendre à la lumière du présupposé théorique adopté à l'époque (soit en 1970) ; en l'occurrence la thèse classique de la substitution de l'individu par l'État. Les mots de la Cour sont, de ce point de vue, sans équivoque : « dans les limites fixées par le droit international, un État peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, *car c'est son droit propre qu'il fait valoir* »<sup>100</sup>. Or comme on l'a vu, non seulement la CDI abandonne pour la première fois dans son projet de 2006 toute référence à la fiction traditionnelle au cœur de la conception classique, mais elle manifeste de surcroît un souci de neutralité se conciliant par ailleurs difficilement avec le renvoi à une jurisprudence qui se veut clairement le reflet d'une thèse préalablement remise en cause. Peut-on toujours considérer qu'il n'existe pas d'obligation étatique en la matière à partir du moment où l'on ne définit plus la protection diplomatique comme mettant exclusivement en jeu un droit propre de l'État ? Plusieurs observations sont ici à faire.

Premièrement, il peut exister des normes nationales obligeant l'État à protéger ses ressortissants victimes d'actes illicites commis à l'étranger par un État tiers. Toujours dans l'affaire *Barcelona Traction*<sup>101</sup>, les juges de la CIJ rappellent en effet que le « législateur national peut imposer à l'État l'obligation de protéger ses citoyens à l'étranger » et qu'il « peut également accorder aux citoyens le droit d'exiger que cette obligation soit respectée et assortir ce droit de sanctions » : « [m]ais toutes ces questions restent du ressort du droit interne et ne modifient pas la situation sur le plan international ». À la suite de la Cour, la CDI réaffirme que « le droit interne d'un État peut l'obliger à exercer sa protection diplomatique au profit de ses nationaux »<sup>102</sup>.

Il s'agit toutefois de souligner que, d'une part, les solutions nationales divergent sensiblement et que, d'autre part, une étude approfondie de leur portée semble mener au constat selon lequel, « sans véritablement conférer de véritables droits subjectifs à l'action diplomatique », celles-ci mettent surtout en lumière, « dans plusieurs cas, l'existence de droits individuels dans le processus

99. Paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article 2 du projet de 2006 (nous soulignons). De même, plus loin, au paragraphe 1<sup>er</sup> du commentaire relatif à l'article 3 : « [s]i le projet d'article 2 énonce le droit discrétionnaire de l'État d'exercer sa protection diplomatique, le projet d'article 3 pose en principe que c'est l'État national de la personne lésée *qui a le droit, mais n'est pas tenu*, d'exercer la protection diplomatique au bénéfice de cette personne » (nous soulignons).

100. Arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, CIJ Recueil 1970*, p. 44, § 78.

101. *Idem*.

102. Paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article 2 du projet de 2006. À noter qu'en 1998, Mohamed Bennouna estime que si certaines dispositions constitutionnelles semblent reconnaître le droit des ressortissants à la protection diplomatique, elles seraient « davantage l'expression d'un devoir moral que d'une obligation juridique » (*Annuaire de la Commission du droit international 1998*, vol. II, p. 45). John Dugard observe ensuite que la constitution de nombreux États consacre un droit de la personne à la protection diplomatique, mais qu'il s'agit peut être alors simplement de « faire en sorte qu'un national lésé à l'étranger [puisse avoir] le droit d'accéder aux autorités consulaires de son État » (*Annuaire de la Commission du droit international 2000*, vol. II, p. 81, §§ 447-448). En 2002 puis en 2004, « une proposition visant à mettre à la charge de l'État de la nationalité une obligation limitée de protection [est] rejetée par la Commission, qui [estime] que même le développement progressif du droit ne l'[autorise] pas à aller aussi loin » (*Rapport de la Commission du droit international (cinquante-quatrième session)*, 2002, p. 193 et *Rapport de la Commission du droit international (cinquante-sixième session)*, 2004, p. 27).

décisionnel précédant l'action en protection »<sup>103</sup>. En tout état de cause, la CDI considère que « certaines législations nationales et décisions judiciaires accréditent l'idée que l'État a une [telle] obligation, aussi limitée soit-elle, *en droit interne ou en droit international* » lorsque les droits fondamentaux de ses ressortissants ont été « gravement violés »<sup>104</sup>.

C'est la raison pour laquelle la Commission estime ensuite, et c'est notre deuxième point, que le pouvoir étatique discrétionnaire doit s'entendre à la lumière de l'article 19 qui *recommande* – mais ne prescrit pas<sup>105</sup> – aux États d'exercer, au besoin, leur droit d'action<sup>106</sup>. Selon les termes de cette disposition (ajoutée *in extremis* au projet en seconde lecture), tout État en droit d'exercer sa protection diplomatique « devrait » : envisager un tel exercice « en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé » (article 19 a) ; « tenir compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer » (article 19 b) ; et enfin leur transférer toute indemnisation obtenue « sous réserve de déductions raisonnables » (article 19 c). Ces pratiques, dit la Commission, si elles n'ont « pas encore acquis le statut de règles coutumières »<sup>107</sup>, n'en sont pas moins des « attributs nécessaires » renforçant la protection diplomatique « en tant qu'instrument de protection des droits de l'homme et des investissements étrangers »<sup>108</sup>, et remplaçant l'individu, là encore, au centre du mécanisme général. Sans pour autant directement remettre en question la discrétionnarité du droit d'action de l'État par la reconnaissance d'un droit individuel en la matière, la CDI affirme en revanche que « l'intérêt général, l'équité et le respect des droits de l'homme militent en faveur [de sa] limitation »<sup>109</sup>.

Il est à ce stade utile de rappeler que la reconnaissance d'une obligation internationale de l'État d'agir en protection de ses ressortissants victimes « d'une violation grave d'une norme de *jus cogens* imputable à un autre État » (dont la notion de « préjudice important » de l'article 19 se fait l'écho amoindri) avait pourtant été envisagée au sein de la CDI, en 2000, suite à une proposition de

103. S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, p. 271. Voy. l'étude détaillée de diverses dispositions nationales, opérée par l'auteur (pp. 271 ss), de même que sa radiographie du contentieux interne relatif aux décisions de refus d'octroi de la protection diplomatique (pp. 280 ss). Apparaît alors une nette opposition entre les États qui, comme la France, sont attachés à une « application stricte de la règle de la discrétionnarité des compétences étatiques » (pp. 281 ss) et ceux qui, comme l'Allemagne, « limitent strictement les perspectives d'examen de la légalité interne des décisions d'octroi ou de refus d'octroi de la protection diplomatique », « tout en admettant une potentielle responsabilité des autorités publiques en la matière » (pp. 290 ss). La Suisse, quant à elle, offre un exemple tout à fait particulier qui laisse entrevoir une double perspective, soit : « l'éventualité d'une responsabilité de l'État et l'ouverture du contentieux de la légalité au profit des requêtes individuelles dirigées contre les décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique » (pp. 301 ss).

104. Paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 2 du projet de 2006 (nous soulignons).

105. Cette différence est soulignée par la CDI au paragraphe 1<sup>er</sup> du commentaire relatif à l'article 19 du projet de 2006. Pour une critique de la « frilosité de la CDI combinée avec les conditions dans lesquelles elle a adopté son projet » : A. PELLET, *op. cit.* note 12, pp. 1381-1382.

106. Paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 2 du projet de 2006.

107. Dans le sens contraire, concernant en tout cas la pratique dont il est question à la lettre b de l'article 19 : B. BOLLECKER-STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, pp. 97 ss, ou encore L. DUBOIS, *op. cit.* note 40, pp. 615 et 124. Cf. aussi A. PELLET, *op. cit.* note 12, p. 1380.

108. Paragraphe 1<sup>er</sup> du commentaire relatif à l'article 19 du projet de 2006. Toutefois, pour une approche critique du critère du préjudice causé à une personne par un fait internationalement illicite : R. RIVIER, *op. cit.* note 70, pp. 322 ss.

109. Paragraphe 5 du commentaire relatif à l'article 19 du projet de 2006. Sur la reconnaissance progressive, au *plan interne*, d'un « droit individuel à indemnisation de nature subjective qui fait de l'État protecteur le responsable de la répartition de la réparation octroyée » : S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, pp. 324 ss.

John Dugard en ce sens<sup>110</sup>. Finalement rejetée, cette proposition « en trompe l'œil »<sup>111</sup> posait plusieurs problèmes<sup>112</sup> – sans compter qu'elle était difficilement conciliable avec l'approche traditionnelle de la protection diplomatique adoptée à l'époque tant par le rapporteur spécial, que par la majorité des membres de la Commission. S'inscrivant alors dans une perspective de *lege ferenda*, elle soulevait en particulier deux questions controversées : celle de la définition du *jus cogens*<sup>113</sup>, dans un contexte où la notion commençait tout juste à être intégrée dans la jurisprudence (pénale) internationale<sup>114</sup> ; et celle de savoir si le cas de figure envisagé relevait bien de la sphère de la protection diplomatique, sachant notamment que, étant donné « l'importance des droits en cause », à toute norme de *jus cogens* est associée une « obligation *erga omnes* » (c'est-à-dire une obligation étatique envers non plus seulement un État tiers ou un individu, mais envers « la communauté internationale dans son ensemble »)<sup>115</sup>. Il fut en définitive décidé que « la question n'était pas encore "mûre" pour être abordée par la

---

110. L'article 4 du premier « rapport Dugard » prévoyait en effet, à titre d'exception, une obligation étatique d'agir en protection diplomatique dans ce cas de figure, à la demande du national lésé, et en dehors des situations énumérées au paragraphe 2 de l'article. Selon le paragraphe 3 de la même disposition, les États avaient « l'obligation de prévoir dans leur droit interne l'exercice de ce droit devant un tribunal national compétent ou d'autres autorités nationales indépendantes ».

111. J.-F. FLAUSS, *op. cit.* note 6, p. 30.

112. Pour un résumé des débats : *Annuaire de la Commission du droit international 2000*, vol. II, pp. 81-82, §§ 450 ss. Voy. aussi, notamment, les commentaires de : C. SANTULLI, « Travaux de la Commission du droit international (cinquante-deuxième session) », *cet Annuaire*, 2000, pp. 425-426 ; J.-F. FLAUSS, *op. cit.* note 6, pp. 30 ss ; S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, pp. 259 ss.

113. Rappelons que la France, par exemple, s'est opposée à l'adoption du texte de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 par hostilité à la notion même de *jus cogens* (qui y est consacrée à l'article 53), jugée trop imprécise. Selon la CDI en revanche, « il convenait de laisser à la pratique des États et aux tribunaux internationaux le soin de procéder progressivement à la détermination de ces normes impératives » (NGUYEN QUOC DINH/P. DAILLIER/A. PELLET, *op. cit.* note 88, p. 205). Il n'existe à ce jour pas de critères concrets d'identification du *jus cogens* – mis à part le fait qu'il doit s'agir, selon l'article 53 précité, de « normes acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble » – ce qui nourrit encore la critique majeure, d'ordre opératoire, portée au concept (*cf.* à titre d'illustration M. J. GLENNON, « De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*) », *RGDIP*, 2006, pp. 529-536).

114. La notion de *jus cogens* est en effet consacrée pour la première fois, par des juges internationaux, dans un jugement du 10 décembre 1998 de la Chambre de première instance II du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (jugement  *Anto Furundzija*, IT-95-17/1, §§ 153 ss). Elle ne sera expressément invoquée par la CJJ, dans la lignée de la voie ouverte par la jurisprudence *Furundzija*, que plusieurs années plus tard, dans son arrêt du 3 février 2006,  *Activités armées sur le territoire du Congo*, § 64 (lui-même repris dans l'arrêt du 26 février 2007,  *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, § 161).

115. *Barcelona Traction, Light and Power Company, CIJ Recueil 1970*, p. 32, § 33 : « Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* ». Les notions de *jus cogens* et d'obligation *erga omnes* sont complémentaires, en ce que la première se rapporte à « la nature de certains crimes internationaux », et la seconde renvoie « aux effets juridiques qui naissent de la qualification d'un crime en termes de *jus cogens* » (C. BASSIOUNI,  *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 72). Sur la nécessité d'apprécier le rapport de droit envisagé « en tenant compte de la portée générale (et multilatérale) » impliquée par les normes de *jus cogens* : *cf.* aussi S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, pp. 263 ss. Pour un bilan du débat doctrinal sur ces concepts : C. TOMUSCHAT/ J.-M. THOUVENIN dir.,  *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligation Erga Omnes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2006 (en particulier C. TOMUSCHAT, « Reconceptualizing the Debate on *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes* – Concluding Observations », pp. 425-436).

Commission »<sup>116</sup> à un moment où émergeait, parallèlement, le concept de « responsabilité de protéger »<sup>117</sup>.

Troisièmement, d'aucuns considèrent qu'il existerait désormais, au regard d'une jurisprudence récente et « révolutionnaire », un véritable « droit fondamental à la protection diplomatique » au plan communautaire<sup>118</sup>. Il s'agirait plus exactement de la reconnaissance, par le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) dans les affaires *Ayadi et Hassan*<sup>119</sup>, d'un « droit » pour les personnes visées par les règlements communautaires mettant en œuvre les sanctions économiques du Conseil de sécurité des Nations Unies (dans le cadre de la lutte anti-terroriste), de soumettre une demande de réexamen de leur cas à l'État membre dans lequel elles résident, ou dont elles sont ressortissantes, en vue de la saisine du Comité des sanctions<sup>120</sup>. C'est-à-dire que tout État membre aurait en la matière une obligation d'agir en faveur de nationaux, ou de non nationaux résidant sur son territoire, à défaut pour les particuliers d'avoir le droit de se faire entendre directement par le Comité des sanctions.

Cela étant dit, un tel raisonnement présuppose deux choses : que la saisine dudit Comité par l'État membre relève de l'exercice de la protection diplomatique, ce qui est discutable<sup>121</sup> ; et que le droit communautaire prévoit à l'égard des citoyens de l'Union un droit à une protection diplomatique *lato sensu* de la part de tout État membre, faisant fi de l'exigence du lien de nationalité. Ce second point

116. *Annuaire de la Commission du droit international 2000*, vol. II, p. 82, § 456.

117. Concept selon lequel les États souverains ont l'obligation de protéger leurs propres citoyens contre des catastrophes évitables, mais en vertu duquel aussi, s'ils refusent ou ne sont pas en mesure de le faire, cette responsabilité incombe à la communauté internationale. Le concept sera défini une première fois formellement dans le rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États (*La responsabilité de protéger*, 2001, accessible sur le site [www.ciise.ca/report-fr.asp]), créée en septembre 2000 par le gouvernement canadien, en réponse à l'appel lancé à l'Assemblée générale des Nations Unies, en 1999, par le Secrétaire général Kofi Annan. Pour une approche complète du concept : SFDI, *La responsabilité de protéger*, Paris, Pedone, 2008. Voy. aussi *supra*, note 20 sur l'intervention d'humanité au sens strict, « ancêtre » de ce concept.

118. Cf. F. MARIATTE, « Sanctions économiques internationales, *ius cogens* et droit à la protection diplomatique », *Europe*, octobre 2006, p. 13, et D. SIMON/F. MARIATTE, « Le "droit" à la protection diplomatique : droit fondamental en droit communautaire ? », *Europe*, novembre 2006, pp. 4-7. Si ces auteurs soulignent toutefois les limites d'un tel droit du point de vue du droit international public, d'autres envisagent l'existence d'une obligation de la Communauté elle-même en la matière : cf. P. STANGOS/G. GRYLLOS, « Le droit communautaire à l'épreuve des réalités du droit international : leçons tirées de la jurisprudence récente relevant de la lutte contre le terrorisme international », *Cahiers de droit européen*, 2006, pp. 472 ss.

119. Cf. TPICE, 12 juillet 2006, *Ayadi c. Conseil*, T-253/02, §§ 141, 149 et 152 (ci-après « affaire *Ayadi* ») ; ainsi que *Hassan c. Conseil et Commission*, T-49/04, §§ 111, 119 et 122 (ci-après « affaire *Hassan* »). La jurisprudence du TPICE est accessible sur le site [http://curia.europa.eu/fr/].

120. Sur la lutte anti-terroriste menée par le Conseil de sécurité des Nations Unies et le rôle de son Comité des sanctions, voy. par exemple T. ANDERSSON/I. CAMERON/K. NORDBACK, « EU Blacklisting : the Renaissance of Imperial Power, but on a Global Scale », *European Business Law Review*, 2003, vol. 14, pp. 111-141, ou encore, pour ne citer qu'un texte des plus récents dans une littérature fort abondante, I. COUZIGOU, « La lutte du Conseil de sécurité contre le terrorisme international et les droits de l'homme », *RGDIP*, 2008, pp. 49-84.

121. Le conseiller juridique de la mission française auprès des Nations Unies, par exemple, estime que la saisine d'un tel organe relève d'une procédure de « recours gracieux » qui ne « saurait être assimilée à l'exercice de la "protection diplomatique" telle que celle-ci est définie par le droit international coutumier » (cf. J. L. FLORENT, « Les destinataires non étatiques des résolutions du Conseil de sécurité », in *Le sujet en droit international*, Pedone, Paris, 2005, p. 114).

est controversé. Selon certains, l'article 20 du traité instituant les Communautés européennes (TCE)<sup>122</sup>, repris littéralement à l'article I-10 de la charte des droits fondamentaux, pose un tel droit individuel à la protection diplomatique au sens large, dans le cas où l'État de nationalité du citoyen européen n'est pas représenté dans l'État tiers sur le territoire duquel celui-ci se trouve<sup>123</sup>. Pour d'autres, au contraire, une telle interprétation ne peut être retenue car elle « surévalue incontestablement la portée et le champ d'application matériel du régime ici posé et occulte, en raison d'une assimilation terminologique et d'une confusion fonctionnelle, le fait que l'article 20 TCE n'a que pour objet de définir un régime d'assistance consulaire ou diplomatique en faveur des citoyens de l'Union »<sup>124</sup>. Cette disposition contiendrait donc, tout au plus, une simple reconnaissance d'un droit à la protection ou à l'assistance consulaire<sup>125</sup>.

Quoi qu'il en soit, et au-delà même des deux points qui précèdent, il convient de modérer (ce qui ne signifie pas pour autant minimiser) l'apport de la jurisprudence du TPICE, à notre sens circonstancielle car dépendante d'une configuration juridique donnée.

D'abord, si l'on suit Sébastien Touzé, les juges communautaires ne font en définitive ici « que » poser, sur le plan régional, la règle selon laquelle « les décisions d'octroi de la protection diplomatique ne sont plus, dans le cadre de l'application du droit communautaire et conformément au principe de l'effet direct, au bénéfice d'une immunité de juridiction »<sup>126</sup>. Autrement dit, ils ne font « que » poser la règle selon laquelle le pouvoir décisionnel de l'État dans le cadre de l'examen d'une demande de radiation des listes litigieuses du Comité des sanctions n'est pas absolu<sup>127</sup>. Mais ceci, ajouterons-nous surtout, n'est possible « que »

122. Article 20 du TCE : « Tout citoyen de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre, dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État. Les États membres établissent entre eux les règlements nécessaires et engagent les négociations internationales requises en vue d'assurer cette protection » (nous soulignons). Vu le fragment souligné, et relativement à la question de savoir si cette disposition consacrerait, ou non, la protection diplomatique en tant que droit fondamental au sens du droit de l'Union, Jean-François Flauss considère que « le "droit fondamental" en cause est purement conditionnel [...] il s'agit même, présentement, d'un leurre, dès lors que le droit d'aucun État membre n'a accordé à la protection diplomatique le statut d'un droit subjectif de l'individu » (J.-F. FLAUSS, *op. cit.* note 60, p. 408, note 4).

123. Cf. par exemple C. BLUMANN, « Une ébauche de communautarisation de la protection diplomatique », *Revue juridique du Centre Ouest*, avril 1992, pp. 257-272 et J.-P. PUISSOCHET, « La pratique française de la protection diplomatique », in J.-F. FLAUSS dir., *op. cit.* note 1, pp. 118-119.

124. S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, pp. 310-311 (cf. ses développements pp. 311 ss). Dans le même sens : F. POIRAT, « Article II-106 », in L. BURGORGUE-LARSEN/A. LEVADE/F. PICOD dir., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 581. Voy. aussi L. CONDORELLI, *op. cit.* note 1, p. 11 ; E. DECAUX, « La protection consulaire et les droits de l'homme », in *La protection consulaire*, Paris, Pedone, 2006, p. 51 ; E. WYLER, *op. cit.* note 5, p. 256. Sur les différences entre les deux mécanismes juridiques bien distincts que sont la protection diplomatique et la protection consulaire : cf. *La protection consulaire*, *ibid.* (en particulier les interventions de H. Gherari, P.-M. Dupuy, E. Decaux et J.-P. Pancracio).

125. Voy. S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, pp. 315 ss. Cf. également la démonstration opérée par l'auteur dans un texte paru en 2005 (S. TOUZÉ, « Le régime de la protection diplomatique et consulaire des citoyens de l'Union européenne », *Aktuelle Juristische Praxis*, 2005, pp. 836 ss), et construite sur des arguments à certains égards différents (et ultérieurement abandonnés), étant donné l'évolution à la fois de sa propre position théorique, et du projet d'articles de la CDI.

126. S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, p. 271.

127. Cf. affaire *Ayadi*, § 152 et affaire *Hassan*, § 122 : « [d]ans le cadre d'un recours alléguant une violation, par les autorités nationales compétentes, du droit des intéressés de demander leur radiation de la liste litigieuse, il appartient au juge national d'appliquer, en principe, son droit national tout en veillant à assurer la pleine efficacité du droit communautaire, ce qui peut le conduire à écarter, si besoin est, une règle nationale y faisant obstacle [...], telle une règle qui exclurait du contrôle juridictionnel le refus des autorités nationales d'agir en vue d'assurer la protection diplomatique de leurs ressortissants » (nous soulignons).

parce que le TPICE admet au préalable le déficit de protection des personnes visées par les *smart sanctions* internationales<sup>128</sup> ; puis atteste de l'existence d'un « droit à la radiation » qui trouverait son fondement dans les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU<sup>129</sup> ; et appréhende enfin la demande de réexamen faite par le particulier à l'État membre de nationalité ou de résidence, comme un substitut à la restriction faite au droit d'être personnellement entendu par le Comité des sanctions – laquelle a pour conséquence que les intéressés « dépendent, pour l'essentiel, de la protection diplomatique que les États accordent à leurs ressortissants »<sup>130</sup>.

En d'autres termes, pour remédier à une situation de déficit flagrant de protection juridictionnelle des intéressés, tout en évitant de contrôler la légalité des règlements mettant en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité au regard des droits fondamentaux<sup>131</sup>, les juges sont ici contraints<sup>132</sup> de reconnaître une sorte de « droit individuel à l'intervention » des États membres (de nationalité ou de résidence) pour faire valoir le droit de ces personnes à la radiation.

Ensuite, circonstancielle cette jurisprudence l'est d'autant plus qu'il existe, depuis l'adoption de la résolution 1730 du Conseil de sécurité de l'ONU (le 19 décembre 2006), une nouvelle possibilité pour les particuliers d'agir directement auprès du « point focal » (administration créée au sein du service du secrétariat des organes subsidiaires du Conseil de sécurité), compétent pour recevoir les demandes de radiation des listes de l'ensemble des comités des sanctions des Nations Unies<sup>133</sup>. La résolution précitée permet en outre à tout État d'« instaurer une règle selon laquelle ses ressortissants et ses résidents devront faire parvenir directement leur demande au point focal », se dédouanant ainsi, en quelque sorte, de toute obligation ou de tout devoir potentiel en la matière (ce qu'a fait la France)<sup>134</sup>. En définitive, cette amélioration de la procédure de réexamen porte à croire que les intéressés ne dépendraient plus de la bonne volonté de leur État de nationalité ou de résidence pour faire valoir leur droit à la radiation et, par là même, leur droit d'être entendu (désormais garanti) ; ce qui invaliderait quelque peu le raisonnement du TPICE pour l'avenir, sur ce point.

128. Affaire *Ayadi*, § 141 ; affaire *Hassan*, § 111. Un tel déficit est également constaté par le TPICE dans ses précédents arrêts du 21 septembre 2005 dans les affaires *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, T-306/01 (ci-après « affaire *Yusuf* ») et *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil et Commission*, T-315/01 (ci-après « affaire *Kadi* »), pour être ensuite justifié par l'argument de conformité au *jus cogens* (cf. affaire *Yusuf*, §§ 340 ss et affaire *Kadi*, §§ 285 ss) – ce qui n'est pas le cas dans les affaires dont il est ici question.

129. Affaire *Ayadi*, §§ 137 ss ; affaire *Hassan*, §§ 107 ss. Ce droit est reconnu une première fois dans les affaires *Yusuf* (§§ 311 ss) et *Kadi* (§§ 264 ss).

130. Affaire *Ayadi*, §§ 141 et 149 ; affaire *Hassan*, §§ 111 et 119.

131. Le TPICE s'étant déjà déclaré incompétent en la matière : cf. affaires *Yusuf* (§§ 260 ss) et *Kadi* (§§ 209 ss), citées dans les affaires *Ayadi* (§§ 116 ss) et *Hassan* (§§ 92 ss).

132. Cf. *supra*, note 26 sur la notion de contrainte juridique.

133. Pour le texte de la résolution : [www.un.org/french/documents/view\_doc.asp?symbol=S/RES/1730(2006)]. Le paragraphe 5 du préambule de la résolution 1730 précise que le Conseil de sécurité de l'ONU a « à cœur d'assurer que des procédures équitables et claires soient en place pour l'inscription d'individus et d'entités sur les listes des comités des sanctions et pour leur radiation de ces listes, ainsi que pour l'octroi d'exemptions pour raisons humanitaires ». Le Conseil de sécurité adopte le 30 juin 2008 une résolution 1822 qui renforce notamment les garanties de procédure applicables aux individus inscrits sur la liste de sanctions, et complète le dispositif créé par la résolution 1730.

134. Une telle position n'est pas surprenante dans la mesure où – si tant est que l'on accepte de considérer le réexamen demandé par l'individu comme entrant dans le champ de la protection diplomatique – l'exercice de ce mécanisme relève, selon la jurisprudence administrative française, des actes de gouvernement : cf. à ce sujet J.-P. PUISSOCHET, *op. cit.* note 123, pp. 116-117, ainsi que D. SIMON/F. MARIATTE, *op. cit.* note 118, p. 7, et S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, pp. 281 ss.

Il n'en est pourtant rien. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), dans un arrêt du 3 septembre 2008<sup>135</sup>, vient contredire doublement ce qui précède : dans un premier temps, elle affirme, contrairement au TPICE, la compétence des juridictions communautaires à contrôler la légalité de règlements mettant en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité adoptées au titre du chapitre VII de la charte de l'ONU, au regard des droits fondamentaux<sup>136</sup> ; dans un second temps, elle juge un tel contrôle non seulement possible mais en l'espèce nécessaire, constatant le maintien d'une carence en termes de protection juridictionnelle, en dépit des améliorations apportées à la procédure de réexamen<sup>137</sup>.

Tant d'éléments dont il ressort finalement que, d'une part, il est difficile d'admettre l'hypothèse selon laquelle il émergerait, au plan communautaire, un « droit à la protection diplomatique » *stricto sensu* ; et que, d'autre part, la reconnaissance par le TPICE d'un nouveau « droit » individuel censé remédier au déficit de protection juridictionnelle (et dont il resterait encore à définir les contours et la portée exacte) risque fort, en tout état de cause, de se trouver compromise par la nouvelle possibilité pour les juridictions de l'Union de contrôler la légalité des règlements communautaires en question, afin de garantir le respect des droits fondamentaux.

En dernière analyse, l'individu reste tributaire de la discrétionnarité du droit étatique d'agir en protection diplomatique : il ne saurait faire valoir un droit à l'action à proprement parler, même si le pouvoir d'appréciation de l'État de nationalité relativement à l'opportunité de l'action en protection devient l'objet de divers « cadrages »<sup>138</sup>.

Certes l'abandon par la CDI de la thèse classique de la substitution – et donc de la « fiction Mavrommatis » laquelle, contrairement à ce que laisse penser une confusion communément opérée, ne porte que sur l'objet de la protection diplomatique<sup>139</sup> – favorise quelques inflexions dans la *mise en œuvre* de la protection diplomatique, au sens d'une certaine « subjectivation » (issue de la prise en considération plus importante des droits individuels). Mais il ne change pas pour autant la *nature* du mécanisme : celui-ci reste avant tout un mode d'engagement

135. Suite aux pourvois de Yassin Abdullah Kadi (dans l'affaire *Kadi*) et de Al Barakaat International Foundation (dans l'affaire *Yusuf*).

136. CJCE (grande chambre), arrêt du 3 septembre 2008, affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, en particulier §§ 316 et 326. Il est précisé au paragraphe 316 que ce contrôle « doit être considéré comme l'expression, dans une communauté de droit, d'une garantie constitutionnelle découlant du traité CE en tant que système juridique autonome ».

137. Arrêt précité de la CJCE, §§ 320 ss. La Cour souligne notamment que, malgré la création du « point focal », la procédure devant le Comité des sanctions « demeure essentiellement de nature diplomatique et interétatique, les personnes ou entités concernées n'ayant pas de possibilité réelle de défendre leurs droits et ledit comité prenant ses décisions par consensus, chacun de ses membres disposant d'un droit de veto » (§ 323) ; et que « le requérant ayant présenté une demande de radiation ne peut en aucune manière faire valoir lui-même ses droits lors de la procédure [...] ni se faire représenter à cet effet » (§ 324).

138. Sébastien Touzé parle, quant à lui, de « compétence exclusive-liée » de l'État de nationalité en ce domaine étant donné la relativisation de son pouvoir d'appréciation : l'État serait « tenu », dans l'exercice de sa protection diplomatique, « de prendre en considération les droits reconnus par l'ordre juridique international à l'individu » (S. TOUZÉ, *op. cit.* note 47, p. 321).

139. À ce propos, voy. aussi A. PELLET, *op. cit.* note 12, pp. 1361-1362.

de la responsabilité internationale d'un État envers l'autre<sup>140</sup>. Son exercice relève d'une compétence discrétionnaire de l'État demandeur, qui permet la protection des droits subjectifs de ses nationaux à l'étranger en même temps que, selon la thèse mixte, celle de son propre droit à ce qu'un certain traitement soit réservé à ses ressortissants. Le droit *de* la protection diplomatique se veut être l'expression d'une prérogative souveraine de l'État ; il est un moyen de garantie des droits de titulaires désignés, non pas à raison de leur qualité de personnes humaines, mais de leur lien particulier avec l'État.

C'est même tout ce qui forge la spécificité et, partant, l'utilité toujours d'actualité de ce mécanisme, complémentaire de l'action directe des personnes privées contre l'État sur le fondement du droit international des droits de l'homme. C'est aussi ce qui fait encore vivre les mots de Georges Perrin lorsqu'il écrivait, il y a quarante ans, qu'« [e]n réalité, quelle que soit la théorie que l'on embrasse [...], l'individu n'a aucun droit, de source internationale, à la protection diplomatique »<sup>141</sup>.

---

140. Le paragraphe 1<sup>er</sup> du commentaire introductif du projet de 2006 précise d'ailleurs qu' « [à] l'origine, l'élaboration d'articles sur la protection diplomatique avait été considérée comme relevant de l'étude de la responsabilité des États. [...] Par la suite, la codification de la responsabilité des États ne devait guère faire de place à la protection diplomatique, et il est expressément dit dans le projet final sur ce sujet que les deux questions qui sont au cœur de la protection diplomatique la nationalité des réclamations et l'épuisement des voies de recours internes seront traitées de manière plus approfondie par la Commission dans le cadre d'une autre étude. Il n'en existe pas moins un lien étroit entre les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le présent projet d'articles ».

141. G. PERRIN, *op. cit.* note 40, p. 395.

