

ROMANIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

ISSN 2559 – 3846

**Peut-on Faire du Neuf avec du Vieux ? Remarques Cursives sur
la Protection Diplomatique à L'aune du « Droit International
des Hommes »**

Apollin KOAGNE ZOUAPET

RJIL No. 22/2019

Pages 7-43

**Peut-on Faire du Neuf avec du Vieux ? Remarques Cursives
sur la Protection Diplomatique à L'aune du « Droit
International des Hommes »**

*Apollin KOAGNE ZOUAPET**

Résumé: *Institution ancienne du droit international, la protection diplomatique semble revivre une seconde vie après des récents arrêts de la Cour internationale de Justice, et les Articles de la Commission de droit international des Nations Unies, adoptés en 2006. Ce regain d'intérêt pour la protection diplomatique a ranimé le débat sur la nature des droits qui sont exercés et protégés via cette action. En particulier, il est argué que, l'institution doit se moderniser pour répondre d'une part aux exigences du nouveau paradigme du droit international, qui est la protection de la personne humaine ; et d'autre part prendre en compte les évolutions du droit international en tirant les conséquences de la consécration des notions de jus cogens et obligations erga omnes. En s'appuyant essentiellement sur la pratique et le travail de codification de la Commission de droit international, ce article examine les conditions de mise en œuvre de la protection diplomatique afin de vérifier que les inévitables adaptations de l'institution ont conduit à un véritable changement. En filigrane, c'est une étude sur l'évolution de l'ordre juridique international et la nature réelle de celui-ci, au-delà des affirmations doctrinales, qui est conduite.*

Mots-clés: *protection diplomatique; Commission du Droit International; jus cogens; erga omnes.*

Abstract: *As an ancient institution of international law, diplomatic protection seems to be reviving a second life after recent judgments of the*

* Docteur en droit (Université de Genève), Titulaire du Diplôme de l'Académie de Droit International de La Haye et actuellement Judicial Fellow à la Cour Internationale de Justice. L'auteur tient à remercier Landry Gilles Dossan pour sa relecture et ses commentaires sur la première version de ce travail. Les opinions exprimées sont celles de l'auteur et reflètent d'aucune manière les opinions ou les vues de la Cour, ou de l'un de ses membres.

International Court of Justice, and the Articles of the United Nations International Law Commission, adopted in 2006. This renewed interest in diplomatic protection has revived the debate on the nature of the rights that are exercised and protected through this action. In particular, it is argued that the institution must modernize itself to meet the requirements of the new paradigm of international law, which is the protection of the human person, on the one hand, and to take into account developments in international law by drawing conclusions from the recognition of the concepts of jus cogens and obligations erga omnes on the other. Drawing essentially on the practice and codification work of the International Law Commission, this article examines the conditions for the implementation of diplomatic protection in order to verify that the inevitable adaptations of the institution have led to genuine change. In watermark, this is a study on the evolution of the international legal order and its real nature, beyond doctrinal statements, which is being conducted.

Key-words: *diplomatic protection, International Law Commission, jus cogens, erga omnes.*

I. Introduction

La présentation du droit international en deux « couches » distinctes est désormais classique dans le discours d'une partie de la doctrine : la première couche, traditionnelle, consiste en un droit régulant la coexistence et la coopération entre les membres de la société internationale, essentiellement les États et les organisations créées par les États ; tandis que la seconde est le droit constitutionnel et administratif de la communauté internationale composée de six milliards d'êtres humains. La première consistant en un droit de coordination, est caractérisée par le relativisme et une mise en œuvre décentralisée, souvent par l'auto-qualification et l'auto-application faites par les sujets eux-mêmes; la seconde pour sa part est un droit de subordination, dont la mise en œuvre nécessite souvent des institutions¹. Pour les tenants de cette thèse, cette apparition successive de ces « couches du droit international » s'est traduite par une évolution progressive de celui-ci : le « droit international des hommes » a pénétré dans

¹ M. Sassoli, « L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », *Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, tome 106, 2002, n°4, p.792. Voir dans le même sens, M. Sassoli, « State responsibility for violations of international humanitarian law », *Revue Internationale de la Croix-Rouge (RICR)*, vol.84, n°846, juin 2002, p.401.

l'« ancien droit international », procédant à une épuration progressive de celui-ci, et imposant sa supériorité normative dans le système des sources du « droit international des hommes » sur l'ancien droit international, pour autant que celui-ci subsiste¹. L'« ancien » est normalement associé à la souveraineté des États et au soi-disant système de Westphalie, tandis que le « nouveau » viserait à protéger les valeurs de l'humanité en tant que telles ou de la « *communauté internationale dans son ensemble* »². Le « centre de gravité du droit international » se serait ainsi déplacé dans la deuxième moitié du XX^e siècle, sous une poussée éthique, de l'État souverain, vers l'humanité qui doit être préservée dans son environnement.

Traditionnellement, il est admis que le premier objectif du droit international est de limiter ou de pacifier les rapports de violence ; le second objectif - de réguler les rapports de violence en proposant d'autres voies que la guerre, et le troisième objectif, d'instaurer et de renforcer la coopération au sein de la société internationale, en mettant en valeur l'interdépendance entre les États. Aujourd'hui toutefois, pour de nombreux auteurs, le droit international est désormais affecté par une nouvelle évolution dont l'ambition est non seulement de dépasser la souveraineté étatique traditionnelle, mais aussi la coopération interétatique en introduisant des éléments de coopération supra étatique, en mettant en valeur l'interdépendance et en dessinant en filigrane, une forme de communauté internationale³. Le droit international moderne ne viserait plus ainsi seulement à assurer la coexistence des États souverains mais se préoccupe aussi de la coopération dans des questions qui touchent à des intérêts

¹ R. Kolb, « Du droit international des États et du droit international des hommes », *Revue Africaine de Droit International et Comparé (RADIC)*, tome 12, 2000, p.231.

² C. Focarelli, « Immunité des États et Jus Cogens. La dynamique du droit international et la fonction du jus cogens dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des États étrangers », *RGDIP*, tome 112, 2008, N°4, pp. 762-794.

³ A. Mahiou, *Le droit international ou la dialectique de la rigueur et de la flexibilité*, tiré à part du Cours général de droit international public de l'Académie de Droit International de La Haye, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p.37, 44. On ne peut manquer de souligner à la suite du professeur Maillard Desgrées du Loû que les évolutions repérées ne sont peut-être que des évolutions de la doctrine comme nous le verrons plus loin, des évolutions du discours répondant aux questions. « *Mais les évolutions du discours de la doctrine s'expliquent par l'évolution des faits. Elles sont liées au renouvellement des conditions dans lesquelles se posent les questions, conditions juridiques, politiques, concrètes.* » D. Maillard Desgrées Du Loû, « Rapport introductif », D. Maillard Desgrées Du Loû (dir.), *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 15.

communs¹. Au « droit international de coexistence » se joint désormais un « droit international de coopération » ; au « droit international des États », se joint un droit international à dessein cosmopolite, le « droit international du genre humain »². Pour les défenseurs de cette nouvelle orientation du droit international, au rang desquels de nombreux juges y compris au sein d'une Cour considérée comme « conservatrice » comme la Cour internationale de Justice (CIJ), l'ordre juridique traditionnel, aujourd'hui dépassé, marqué par la prédominance des souverainetés étatiques n'a pas été capable d'éviter les violations massives des droits de l'homme dans toutes les régions du monde, ni les atrocités successives au cours du dernier siècle, ni l'intensification de la production et l'usage d'armements de destruction massive. De telles atrocités auraient réveillé la conscience juridique quant à la nécessité de reconceptualiser les bases de l'ordre juridique international. La dynamique de la vie internationale contemporaine a alors abouti à discréditer la vision traditionnelle selon laquelle les relations internationales se régissaient par des règles dérivées entièrement de la volonté exclusive des États³. C'est ce mouvement éthique, véritable révolution copernicienne qui aurait affecté le régime de certaines institutions anciennes du droit international, telles les immunités⁴ ou encore la protection diplomatique. Symboles de la prégnance

¹ On fixe généralement au lendemain des deux guerres mondiales le début de la profonde remise en cause de l'idée même de pouvoir souverain. « *Cette guerre a montré où pouvait conduire le déchaînement meurtrier de pouvoirs perdant la raison ; elle a aussi appris aux peuples d'Europe continentale une chose inouïe : les États peuvent mourir. Leur refondation ne pouvait donc pas s'opérer comme si de rien ne s'était passé. Pour être reconnu, le pouvoir allait devoir exhiber d'autres titres de légitimité que la simple affirmation de sa souveraineté* ». A. Supiot, *Homo juridicus Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Éditions du Seuil, 2005, p. 228. Pour le Professeur Alain Supiot, cette remise en cause du pouvoir ne s'est pas limitée à l'État. Dans l'entreprise comme dans la famille ou dans la sphère publique, les figures du pouvoir souverain ont été contestées, ouvrant la voie non pas, à une disparition des relations de pouvoir, mais à leur profonde transformation, qui s'est exprimée de deux façons sur le plan juridique : en premier lieu par un recul du pouvoir discrétionnaire au profit du pouvoir fonctionnel et en second lieu par un recul de la centralisation du pouvoir au profit d'une distribution des pouvoirs. Ibid., pp. 228-229.

² R. Kolb, *Droit international pénal*, Bale/Bruxelles, Helbing Lichtenhahn/Bruylant, collection de droit international public, 2008, p.17.

³ Voir par exemple, *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, avis consultatif du 28 mai 1951, CIJ Recueil 1951, opinion dissidente de M. Guerrero, Sir Arnold McNair, MM. Read et Hsu Mo, p.46 ; A.A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens. L'accès des individus à la justice internationale. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, Ouvertures internationales, 2008, p.142.

⁴ Sur l'impact sur le droit des immunités, voir A. Koagne Zouapet, *Les immunités dans l'ordre juridique international. Le prisme de la constance*, thèse de doctorat en droit, Université de Genève, juin 2019, 439 p.

et l'omnipotence de l'État sur la scène internationale, ces institutions doivent progressivement s'adapter, sous peine de disparaître, à cette nouvelle orientation du droit international dont les valeurs promues se situent au-delà de l'Etat *uti singulis*. Prenant acte de l'internationalisation des droits humains, et visant la protection de la personne humaine à travers des notions comme le *jus cogens* ou les obligations *erga omnes*¹, le droit international moderne « devient aussi un 'maître' des États; il cesse d'être un simple serviteur, un chétif valet. De sinécure, il devient aussi Dike sévère, portant épée »².

Autrefois institution centrale du système des relations interétatiques, la protection diplomatique est généralement perçue comme une sorte de vieil outil désormais rarement utilisé et promis sans doute très prochainement à un rangement définitif au grenier des concepts d'antan³. Aujourd'hui, avec le développement des voies de recours directement ouvertes à l'individu en droit international, l'institution semble avoir perdu tout attrait et toute utilité. Il n'en est pourtant rien et l'institution a su se renouveler pour s'adapter aux évolutions du droit international. Il s'est d'abord agi d'une modernisation de ses moyens ; la protection diplomatique s'est élargie à une panoplie de démarches et actions internationales, y compris celles de nature préventive, que les États peuvent entreprendre, en utilisant n'importe quel canal, moyen ou procédure dans le but de protéger tant individuellement que collectivement leurs ressortissants affectés, ou

¹ Voir pour une défense de ce paradigme notamment, A.A. Cançado Trindade, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, Iredies, collection doctrine(s), 2012, 368p. K. Parlett, « The individual and structural change in the international legal system », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, n°3, 2012, pp. 60-80.

² R. Kolb, *Réflexions sur les politiques juridiques extérieures*, Paris, Éditions A. Pedone, 2015, p.60. Dans le même sens, S. Villalpando, « The legal dimension of the international community: how community interests are protected in international law », *European Journal of International Law (EJIL)*, vol.21, n°2, 2010, pp.390-394.

³ L. Condorelli, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », J-F. Flauss (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2003, p. 3. La protection diplomatique aurait également eu du mal à se développer de son histoire, celui d'une institution s'inscrivant dans une entreprise de domination impérialiste, imposée par les Etats développés et puissants aux pays plus faibles, notamment en Amérique latine. Voir A. Pellet, « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? Notes sur le projet de la CDI sur la protection diplomatique », *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1364-1365 ; P. Okowa, « The International Court and the legacy of the Barcelona Traction Case », C.C. Jalloh, O. Elias (eds.), *Shielding humanity. Essays in international law in honour of Judge Abdul G. Koroma*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, p. 118.

risquant d'être touchés par les mesures illicites d'un autre État¹. Ensuite sur la plan matériel, la protection diplomatique a été progressivement étendue au champ de la protection de la personne humaine, comme le souligne la CIJ : « [e]n 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 garantis². À cet égard, il a été prétendu que l'universalité de la protection de la personne humaine « mondialise » la protection diplomatique prévue dans le droit international classique tout en la modifiant³. On aurait subséquemment une modification non seulement des finalités et des moyens de la protection diplomatique, mais aussi de ces conditions et de sa nature même pour lui permettre d'épouser le nouveau *telos* du droit international.

On a ainsi reproché à la Commission de Droit International des Nations Unies (CDI) de n'avoir pu tenir compte, dans son projet de codification, des nouvelles exigences du droit international dans l'aménagement du régime de la protection diplomatique. Ainsi, en dépit d'une définition qui permettait de s'éloigner de la fiction sur laquelle était assise la protection diplomatique⁴, la CDI ne serait pas allée jusqu'au bout de cette logique en débarrassant le régime juridique de l'institution des oripeaux désormais inutiles afin de la renforcer⁵. Les principes coutumiers

¹ L. Condorelli, op. cit., pp. 5-6 ; I. Scobbie, « Invocation de la responsabilité pour la violation d'obligations impératives de droit international général », P-M. Dupuy (dir.), *Obligations multilatérales, Droit impératif et responsabilité internationale des États*, Paris, Pedone, 2003, p. 139.

² *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. République démocratique du Congo), Exceptions préliminaires, arrêt du 24 mai 2007, CIJ Rec. 2007, p.599, §39. Voir également S. Garibian, « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, 2008, vol.54, p.120.

³ M. Pinto, « De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme », *RGDIP*, 2002, n°3, p.513.

⁴ Aux termes de l'article premier des Articles sur la protection diplomatique, « la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou par 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 ». Dans le commentaire de cet article, la CDI a indiqué que celui-ci 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 national, ou les deux. *Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 2006, vol. II (2), p. 25.

⁵ A. Pellet, « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? ... », op. cit., p. 1398.

régissant la protection diplomatique n'appartenant pas au *jus cogens*¹, la Commission aurait ainsi dû renoncer à une coutume fort ancienne, pour effectuer « le dépoussiérage vigoureux d'une institution fondée sur des postulats dépassés »², adopter une lecture contemporaine de la protection diplomatique, et prendre en compte la réalité et la reconnaissance internationale des droits de la personne humaine comme l'a fait la Cour en 2007³. La question que s'est posée la CDI⁴ et que nous nous posons dans le cadre de la présente analyse est de savoir si le régime de la protection diplomatique a réellement évolué dans le droit international contemporain. L'évolution, somme toute naturelle du droit international (comme toute branche du droit), que rappelle l'aphorisme *ubi societas, ibi jus*, a-t-elle abouti, au regard de la pratique internationale, à une adaptation du droit de la protection diplomatique aux valeurs prônées par le « droit international du genre humain » ? Peut-on parler aujourd'hui d'une mutation aboutissant à une application *pro persona humana* de la protection diplomatique ? Il ne s'agit pas de revenir sur les inévitables développements que connaissent toute règle et toute institution : le droit est en effet soumis au temps et celui-ci lui impose des changements. Il s'agit de s'interroger sur l'actualité des

¹ L. Condorelli, op. cit., p.9.

² A. Pellet, « Le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique : une codification pour (presque) rien », M.G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius Caflish*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2007, p. 1147.

³ Voir Pellet, « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? ... », op. cit., pp. 1366-1367 ; O. de Frouville, « Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo). Exceptions préliminaires : le roman inachevé de la protection diplomatique », *AFDI*, vol.53, 2007, p. 304 ; V. Pergantis, « Towards a 'humanization' of diplomatic protection ? », *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, vol. 66, n°, 2006, pp. 353-355 ; M. Ubeda-Saillard, « La diversité dans l'unité : l'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 30 novembre 2010 dans l'affaire Ahmadou Sadio Diallo », *RGDIP*, tome 115, n°4, 2011, p.905 ; D. Alia, « La CIJ, juge des droits de l'homme : dynamique propre à l'affaire Ahmadou Sadio Diallo ou mutation générale de la protection diplomatique ? », I. Mingashang (dir.), *La responsabilité du juriste face aux manifestations de la crise dans la société contemporaine. Un regard croisé autour de la pratique du droit par le professeur Auguste Mampuya*, Bruxelles, Bruylant, p. 867.

⁴ Voir dans ce sens, J. Crawford, « The International Law Commission's Articles on diplomatic protection revisited », T. Maluwa, M. du Plessis, D. Tladi (eds.), *The pursuit of a brave new world in International Law. Essays in honour of John Dugard*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, p. 138 ; A. Vermeer-Künzli, « As if: the legal fiction in diplomatic protection », *EJIL*, vol.18, n°, 2007, p.40.

aspects les plus controversés de la fiction vatellienne¹ sur laquelle repose la protection diplomatique classique et réaffirmée dans l'énoncé célèbre de la Cour permanente de Justice Internationale (CPJI)². Dans le contexte de ce qui est présenté comme le « droit international des hommes », trois conditions spécifiques de la protection diplomatique sont contestées : l'exigence du lien de nationalité (1), l'émergence d'un droit subjectif à la protection diplomatique (2), et le destinataire final de la réparation octroyée le cas échéant (3). L'examen de ces aspects pousse à s'interroger de façon générale sur la possibilité d'utiliser la protection diplomatique comme outil de protection de la personne humaine (4).

II. La disparition de l'exigence du lien de nationalité ?

La fiction sur laquelle est classiquement bâtie la protection diplomatique indique que l'État tire son droit d'action du lien spécifique, que représente la nationalité, qui le lie à la personne privée victime initiale. Selon les mots de la CPJI, « *[c]e droit ne peut nécessairement être exercé qu'en faveur de son national, parce que, en l'absence d'accords particuliers, (c'est le lien de nationalité entre l'État et l'individu qui seul donne à l'État le droit de protection diplomatique). Or, c'est comme partie de la fonction de protection diplomatique que doit être considéré l'exercice du droit de prendre en mains une réclamation et d'assurer le respect du droit international. Lorsqu'un dommage a été causé au national d'un pays tiers, une réclamation à raison de ce dommage ne tombe pas dans le domaine de la protection diplomatique que puisse accorder l'État et ne saurait donner ouverture à une réclamation que l'État soit en droit d'endosser* »³. Cette règle a été reprise à l'article 3 (1) des Articles de la CDI

¹ «[q]uiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen». E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle (1758)*, Washington DC, Carnegie Institution, 1916, vol. I, livre II, chap. VI, p. 309, para. 71.

² «*en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet 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*». *Concessions Mavrommatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, C.P.I.J. série A no 2, p. 12. Ce *dictum* a été repris dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis (Estonie c. Lituanie)*, arrêt du 28 février 1939, C.P.J.I. série A/B no 76, p. 16.

³ *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 16. Dans le même sens, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949, CIJ Rec. 1949, pp. 202-203. Voir pour un exposé de la consécration progressive de la règle par la jurisprudence, voir S. Touzé, *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Éditions A. Pedone, 2007, pp. 339-348.

sur la Protection diplomatique: « L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de la nationalité ». C'est une règle qui est valable tant pour les personnes physiques que pour les personnes morales¹.

Ainsi, et contrairement à ce qui a été prétendu², le droit de tout citoyen européen à la protection des autorités diplomatiques de tout pays membre si son État national n'est pas représenté sur le territoire du pays tiers, consacré par l'article 46 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, et les articles 20 et 23 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, ne consacrent pas une protection diplomatique reconnue à tous les États membres de l'Union Européenne (UE) à l'endroit de tous les « citoyens communautaires ». Au-delà du fait que la mise en œuvre d'un tel droit, implique nécessairement le consentement des États tiers (en vertu du principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*), la lecture des dispositions laisse clairement voir qu'il s'agit davantage de protection consulaire que de protection diplomatique au sens où l'entend le droit international³. De fait, les États membres de l'UE ont toujours souligné de façon itérative qu'ils retiennent leurs droits souverains en matière de politique étrangère. Ceci vaut en matière de protection diplomatique et consulaire, comme l'ont rappelé certains États lors de la consultation de la Commission européenne pour l'élaboration du livre vert sur la question⁴. Le rapporteur spécial sur la protection diplomatique, suivi sur ce point par la CDI, a exclu de façon claire l'hypothèse d'une protection diplomatique exercée par l'UE en l'absence d'un lien de nationalité entre l'Union et ses citoyens. Pour le professeur John Dugard, un « *citoyen de l'Union européenne n'est pas un national de tous les États membres de l'Union, ce qui signifie que la citoyenneté de l'Union européenne ne satisfait pas à la condition de nationalité des réclamations aux fins de la protection*

¹ Pour une analyse de l'application de cette condition aux personnes morales, voir A. Tournier, *La protection diplomatique des personnes morales*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 289-377.

² Voir par exemple M. Salazar Albornoz, « Legal nature and legal consequences of diplomatic protection. Contemporary challenges », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, p. 391.

³ A. Künzli, « Exercising diplomatic protection. The fine line between litigation, demarches and consular assistance », *Zaörrv*, vol. 66, 2006, pp.340-344; Condorelli, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », op. cit., p.11, Touzé, op. cit., pp. 386-388.

⁴ J-P. Cot, « La protection consulaire européenne : perspectives et problèmes », *La France, l'Europe et le Monde. Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier*, Paris, Éditions A. Pedone, 2008, p. 283.

diplomatique »¹. La condition de nationalité est donc le titre conférant le droit d'exercer la protection, le trait caractéristique de la protection diplomatique qui la distingue d'autres actions en responsabilité que pourrait exercer un État pour des violations causées à une personne privée, en droit international².

La CDI a toutefois essayé de faire évoluer la règle coutumière sur certains aspects. L'une des deux principales évolutions sur la question dans les Articles de la CDI concerne le critère de rattachement de la nationalité, beaucoup plus souple et le traitement des cas de multiples nationalités. La CDI a, sur le premier point, décidé de s'éloigner du critère du rattachement particulièrement exigeant établi par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*³. Ainsi, l'article 4 des Articles de la CDI n'exige pas de l'État qu'il prouve l'existence d'un lien effectif entre lui et son national, comme facteur additionnel de l'exercice de la protection diplomatique, même lorsque le national n'a qu'une seule nationalité. La Commission justifie cette solution, d'une part, par l'existence de facteurs qui limitaient la solution de la Cour dans l'affaire *Nottebohm* à cette circonstance particulière. D'autre part, cette solution découle directement d'une volonté de la CDI de tenir compte de l'évolution des réalités sociales: si la condition de l'existence d'un lien effectif était strictement appliquée, elle exclurait des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique, en raison de la mondialisation économique et les migrations qui ont rendu les liens plus tenus entre de

¹ J. Dugard, Septième rapport sur la protection diplomatique, doc. A/CN.4/567, 7 mars 2006, p. 10.

² G. Gaja, « Quel préjudice pour un État qui exerce la protection diplomatique », D. Alland et al. (dir.), *Unité et diversité du droit international. Ecrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 491 ; de Frouville, op. cit., pp. 310-311. M. Vasileios Pergantis souligne à cet effet à juste titre que le fait de citer la pratique de la Commission d'indemnisation des Nations Unies (UNCC) et du Tribunal Irano-américain, pour illustrer l'affaiblissement de la condition de nationalité, ignore souvent que comme l'indiquent ces organes eux-mêmes, ils n'agissent pas dans le cadre stricto sensu de la protection diplomatique. Pergantis, op. cit. pp. 368-370.

³ Dans cet arrêt du 6 avril 1955 la CIJ a affirmé que: «*Selon la pratique des États, les décisions arbitrales et judiciaires et les opinions doctrinales, la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'État qui la lui confère qu'à celle de tout autre État. Conférée par un État, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national*». *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 23.*

nombreuses personnes et leur État de nationalité¹. Sur le second point, l'article 7 admet la possibilité pour un État d'exercer la protection diplomatique contre l'autre État dont la victime a également la nationalité, si la nationalité prépondérante de la victime est celle du premier État. C'est une véritable avancée qui rompt avec une règle ancienne codifiée notamment à l'article 4 de Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, qui interdisait à un État de nationalité de présenter une réclamation pour le compte d'un double national contre l'autre État de nationalité. Il s'agit là encore d'un progrès qui élargit le champ *ratione personae* de la protection diplomatique et qui vise à rapprocher la protection diplomatique à la réalité internationale contemporaine². L'on peut également souligner dans la même logique l'assouplissement de la règle de la continuité de la nationalité énoncée à l'article 5³.

Mais la principale « révolution » des Articles de la CDI sur la protection diplomatique vient sans doute de son article 8. Suivant cet article, un État peut désormais exercer la protection diplomatique à l'égard d'un réfugié ou d'un apatride si, « au moment où le dommage a été causé et à la date de la présentation de la réclamation », celui-ci a sa résidence légale sur le territoire de l'État qui l'exerce et si l'auteur du préjudice n'est pas l'État de nationalité du réfugié. Comme l'a souligné la Commission dans le commentaire de cette disposition, il s'agit d'un développement progressif plutôt que d'une œuvre de codification; la norme coutumière est bien l'exigence du lien de nationalité⁴. Il s'agit finalement dans ces hypothèses marginales, d'assurer la protection diplomatique à des personnes qui n'ont, soit pas d'États pouvant exercer une telle protection (cas des apatrides), soit un État dont ils ne peuvent, ni ne veulent réclamer la protection (cas des réfugiés). C'est pour souligner le caractère exceptionnel de cette règle introduite de *lege ferenda*, et ne pas affaiblir le principe, qui reste bien l'exigence d'un lien de nationalité, que la CDI exige un critère de rattachement particulièrement « haut », suivant son propre aveu, avec l'État

¹ *Annuaire CDI 2006*, op. cit. p.28. J. Dugard, « Diplomatic protection and human rights », *Australian Year Book of International Law*, vol. 24, 2005, pp. 84-85.

² *Ibid. Annuaire CDI 2006*, op. cit., p. 33. La CDI justifie cette solution d'une part par un retour à la solution qui existait avant 1930, et d'autre part par l'existence d'une abondante pratique jurisprudentielle arbitrale, consacrée par une décision de la Commission de conciliation italo-américaine dans une décision du 10 juin 1955. *Ibid.*

³ Pour une critique sur ce point d'une avancée faite à « demi-mesure », voir Pellet, « Le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique... », op. cit., pp. 1138-1140.

⁴ *Annuaire CDI 2006*, op. cit. p.35. Une application stricte du droit d'action en réclamation conduisait jusque là dans la pratique à exclure une telle possibilité. Touzé, op. cit., p. 380, Crawford, op. cit., pp. 152-154.

pouvant exercer cette protection : le réfugié ou l'apatride doit avoir sa résidence légale et habituelle sur le territoire de l'État prétendant exercer la protection diplomatique à son endroit¹. Il est donc incorrect d'affirmer sur la base de cet article 8 que : « [n]ationality, then, is non exclusive in another sense : it is not then only bond of attachment between an individual and a state that may justify the exercise of diplomatic protection » et y voir un affaiblissement de la condition de nationalité pour l'exercice de la protection diplomatique². Le but d'une exception admise et reconnue comme telle n'est pas d'affaiblir la règle, mais au contraire d'éviter toute érosion de celle-ci en fixant en amont les seules hypothèses dans lesquelles elle ne s'appliquerait pas. C'est ce qu'a rappelé la CIJ à la Guinée dans son arrêt du 24 mai 2007 : le fait qu'il existe des stipulations conventionnelles ne suffit pas à démontrer que les règles coutumières de protection diplomatique auraient changé ; cela pourrait tout aussi bien se comprendre dans le sens contraire³. De plus, comme on l'a vu, la CDI a clairement indiqué, que l'exception ne visait nullement à remettre en cause l'exigence du lien de nationalité comme condition d'exercice de la protection diplomatique.

Par ailleurs même dans cette œuvre de développement, la CDI exclut la possibilité d'une protection diplomatique contre l'État national du réfugié⁴. La nationalité est ainsi à la fois une condition positive et négative pour l'exercice de la protection diplomatique. Elle permet en amont d'indiquer quel État peut agir en protection diplomatique, mais aussi en aval pour exclure certains États comme défenseurs à l'action. L'État de nationalité ne peut donc être défenseur à la protection diplomatique sauf dans des hypothèses exceptionnelles limitativement énumérées : en cas de double nationalité dans les conditions sus évoquées, pour les navires et les

¹ Ibid.

² A. Vermeer-Künzli, « Nationality and diplomatic protection », A. Annoni, S. Forlati (eds.), *The changing role of nationality in International Law*, London and New York, Routledge, 2013; pp. 90-92.

³ La Cour répondait ainsi à l'argument d'une pratique générale conventionnelle d'octroi d'un droit de protection aux actionnaires à leur État de nationalité. *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 615, para. 90.

⁴ *Annuaire CDI 2006*, op. cit. p.36.

membres d'équipage¹, ou en cas d'exercice de la protection fonctionnelle par une organisation internationale².

Toutefois, cette règle coutumière sur l'exigence du lien de nationalité est contestée par de nombreux auteurs, qui revendiquent le droit pour tout État autre que l'État de nationalité, à exercer la protection diplomatique en cas d'un préjudice constitutif de violation d'une norme de *jus cogens*. Ce droit serait assis sur la reconnaissance en droit international d'un droit d'*actio popularis*, de *lege lata* au nom de l'obligation à la charge des États d'assurer le respect des normes du droit impératif, une telle obligation étant considérée comme ayant acquis valeur coutumière. La légitimation du droit de tout État d'agir en protection diplomatique à l'égard d'individus victimes d'une violation d'une norme de *jus cogens* a également été recherchée *de lege ferenda*, par appel au concept d'ordre public international. Il est ainsi affirmé, qu'en bonne logique, la défense des droits inhérents à cet ordre public peut difficilement, sous peine de contradiction, être réservée au seul titre de la nationalité de la victime³. La première objection à ce raisonnement est sans doute liée à la présomption affirmée que le droit au juge est une norme impérative du droit international⁴ ; une telle règle impérative n'a pas encore été consacrée de manière indiscutable en droit international. En effet il reste encore à démontrer que la norme substantielle que contient une règle impérative induit également l'impérativité de la répression universelle de la violation de la norme substantielle. Autrement dit, il n'est pas établi de façon indiscutable en droit international que l'interdiction de la torture (norme de *jus cogens*) s'accompagne d'une norme

¹ Voir article 18 des Articles de la CDI sur la protection diplomatique ; Touzé, op. cit., pp. 389-394 ; Dugard, « Diplomatic protection and human rights », op. cit., p. 90, Condorelli, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », op. cit., pp. 25-26.

² F. Capone, « Victims' right to reparation and the residual application of diplomatic and/or functional protection », A. de Guttry et al. (eds), *The duty of care of international organizations towards their civilian personnel. Legal obligations and implementation challenges*, The Hague, Asser Press, 2018, p. 470.

³ J-F. Flauss, « Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique ? », *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, op. cit., pp. 47-48 ; J. Bröhmer, *State immunity and the violation of human rights*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pp.154-156 ; Th. Touonang Tekendo, *Les obligations objectives en droit international*, thèse en vue de l'obtention du doctorat/Ph.D. en droit international public, Université de Yaoundé II, 2011-2012, pp.285-287 ; H. Thierry, « L'évolution du droit international public. Cours général de droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (RCADI)*, vol. 222 (1990-III), p. 105.

⁴ Voir notamment Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens*, op. cit., pp. 41, 95 ;

de même nature obligeant à réprimer de façon universelle tout auteur de la torture. Par ailleurs, contrairement aux normes impératives qui n'admettent pas par définition une quelconque dérogation, le droit au juge admet dans certaines hypothèses, certes exceptionnelles mais qui n'en existent pas moins, des dérogations. De nombreuses conventions internationales l'admettent comme l'a rappelé à plusieurs occasions la Cour Européenne des droits de l'homme¹.

Ensuite, une proposition du Rapporteur spécial, tendant à reconnaître dans l'hypothèse sus évoquée une forme d'obligation à la charge de tous les États, aussi limitée soit-elle, a été rejetée en première lecture par la CDI. L'article 4 (1) proposé par le professeur John Dugard dans son premier rapport avançait que l'État de nationalité n'était pas obligé d'intervenir en protection diplomatique en cas de violation d'une norme de *jus cogens* si un autre État avait déjà actionné sa protection diplomatique². Cette proposition a été rejetée par les membres de la CDI comme ne reflétant pas la pratique internationale. Ainsi que l'a affirmé le juge international³, l'existence d'un lien de nationalité est une condition d'exercice de la protection diplomatique et participe de son ADN. Vouloir élargir le champ d'application de la protection diplomatique pour la défense des obligations *erga omnes*, aboutit peut être de fait à vouloir confondre deux mécanismes qui ont deux logiques, deux philosophies différentes. La controverse sur la question ne fait en réalité que souligner cet état de fait.

De ce point de vue, le commentaire de la CDI sur l'article 16 est quelque peu ambigu. La Commission y souligne en effet que le droit international coutumier permet aux États de protéger les droits des non-nationaux si un instrument conventionnel les y autorise, dans le cadre d'une procédure judiciaire. Elle précise que si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble, les conditions régissant l'exercice de la protection diplomatique n'ont pas à être satisfaites. De façon claire, elle indique que la condition de nationalité n'a pas à être respectée, sans réserver l'hypothèse où l'auteur du préjudice serait l'État national de la

¹ Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Beer et Regan c. Allemagne*, requête n°28934/95, Grande chambre, arrêt du 18 février 1999, paras. 40, 53, 58 ; *Waite et Kennedy c. Allemagne*, requête n°26083/94, Grande chambre, 18 février 1999, paras. 50, 59, 63, 72 ; *Mary Forgy c. Royaume Uni*, requête n°37112/97, Grande chambre, arrêt du 21 novembre 2001, paras. 32-34 ; *John Mac Elhinney c. Irlande*, requête n°31253/96, Grande chambre, arrêt du 21 novembre 2001, paras. 33-35 ; *Sulaiman Al-Adsani c. Royaume Uni*, requête n°35763/97, Grande chambre, arrêt du 21 novembre 2001, paras. 38, 54, 61, 66.

² J. Dugard, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, 7 mars 2000, doc. A/CN.4/506, p.22.

³ *Chemins de fer Panevezys-Saldutiskis*, op. cit. p.16.

victime¹. Pour certains auteurs, il y a là une contradiction entre les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, dont l'article 44 exige que la demande doit être présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations, et l'article 16 du Projet d'articles sur la protection diplomatique tel que commenté par la CDI². Quoiqu'il en soit la possibilité consacrée pour les États d'agir en protection des droits des non-nationaux est clairement exclue dans le texte de l'article 16, comme pouvant être une protection diplomatique. Ainsi que la CIJ l'a indiqué dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, une distinction doit être faite entre « *les obligations des États envers la communauté internationale et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique* »³. La condition de nationalité permet ainsi de faire une distinction entre la protection diplomatique et l'action en vertu de l'article 48 des Articles sur la responsabilité de l'État pour faits illicites⁴. Comme le reconnaît avec dépit une auteure, « *the law of diplomatic protection had (and still has) very little to say about the treatment of nationals in their state of nationality or about general situations of abuse that do not involve nationals of a potential claimant state* »⁵.

C'est le lien de nationalité qui permet également à l'État d'alléguer d'un préjudice justifiant son action. Dans le cadre de la protection diplomatique, l'État qui l'exerce au bénéfice de l'un de ses ressortissants, a bien un intérêt particulier : il est le seul qui peut réclamer que l'individu soit

¹ *Annuaire CDI*, op. cit., p.51. De façon générale, l'on a reproché à la CDI de ne s'être pas interrogé sur les relations qui peuvent exister entre la protection diplomatique au sens strict qu'un État exerce de ses nationaux, parce qu'il est considéré comme « lésé », et celle que peut exercer un « Etat autre qu'un Etat lésé » « dans l'intérêt des bénéficiaires de l'obligation violée », si celle-ci est par exemple « due à la communauté internationale dans son ensemble ». Voir Pellet, « Le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique... », op. cit., p. 1153.

² C. Le Bris, « Vers la 'protection diplomatique' des non-nationaux victimes de violation des droits de l'homme ? », *RTDH*, 23^{ème} année, n°90, 1^{er} avril 2012, p.337.

³ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, arrêt du 5 février 1970, CIJ Rec. 1970*, p.32, §33. La Cour précise d'ailleurs dans l'arrêt qu'en dépit de l'identification de certains droits de l'homme comme relevant du *jus cogens*, les instruments de protection des droits de l'homme ne confèrent pas aux États la capacité de protéger les victimes de violations des droits de l'homme sans distinction de nationalité, sauf aménagement spécial par accord régional. Ibid. §24.

⁴ Voir G. Gaja, « Is a State specially affected when its nationals' human rights are infringed? », L.C. Vohrah et al. (eds.), *Man's inhumanity to man*, Leyde, Brill Nijhoff, 2003, pp. 376-382; A. Vermeer-Künzli « A matter of interest : diplomatic protection and State responsibility erga omnes », *ICLQ*, vol.56, part 3, july 2007, pp.554-556.

⁵ A. Vermeer-Künzli, « Chapter 10. Diplomatic protection as a source of human rights law », D. Shelton (ed.), *The Oxford handbook of international human rights law*, Oxford, Oxford university Press, 2013, p. 253.

traité de la manière requise par le droit international¹. Le critère de nationalité reste exigible en toute situation, même dans l'hypothèse de violation d'une règle impérative de droit international. Aucun autre État, en raison de l'inexistence d'un lien de nationalité avec la personne victime de la violation n'étant autorisé à agir par ce biais, la protection diplomatique de l'État de nationalité reste donc, sauf voie de droit ouverte à l'individu sur le plan international, le moyen privilégié, voire unique, d'invocation de la responsabilité de l'État étranger à la suite d'une violation d'une norme de *jus cogens* sur la personne d'un individu étranger². Cette voie de droit disparaît, hors mis les cas exceptionnels évoqués ci-dessus, si l'auteur de la violation est l'État de nationalité de la ou des victimes. Bien que la possibilité de protéger des non-nationaux soit « hautement désirable », la pratique des États, hors accord conventionnel conférant un tel titre, est absente et il n'y a donc pas émergence d'une base coutumière pour ce droit³. Il y a sans doute là un indiscutable anachronisme entre l'évolution du droit international, la consécration des normes de *jus cogens* et des obligations *erga omnes*, et les moyens d'assurer leur effectivité ; plus exactement une inadéquation entre les moyens d'invocation de la responsabilité internationale et la nature des normes violées. Cela souligne la nature spécifique de l'ordre juridique international dans lequel les notions comme celle d'« ordre public » ne peuvent être implémentées de la même façon et avec les mêmes mécanismes que dans les ordres juridiques internes plus centralisés. La capacité de la victime à exiger la protection diplomatique de son État en cas de violation de ses droits, est une autre illustration des apories du système.

III. L'émergence d'un droit subjectif à la protection diplomatique?

Ainsi que l'a souligné le professeur Dugard dans son premier rapport, le débat concernant l'identité du détenteur du droit dans la protection diplomatique a d'importantes conséquences quant à l'étendue et l'efficacité de ce droit. « *Si le détenteur en est l'État, celui-ci peut le faire appliquer indépendamment des recours dont peut éventuellement se prévaloir l'individu devant une instance internationale. Si, d'un autre côté,*

¹ G. Gaja, « Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique », *La protection diplomatique*, op. cit., p.66 ; D. Russo, « The individual right to compensation in the law of diplomatic protection », *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCIX, 2016, p. 731.

² S. Touzé, op. cit., pp.265-266.

³ I. Scobbie, op. cit., pp. 141-142.

*c'est l'individu qui est le détenteur du droit, il devient alors possible d'arguer que le droit de l'État est un droit purement supplétif et procédural – c'est-à-dire un droit qui ne peut s'exercer qu'en l'absence de recours accessible à l'individu »¹. Dans la logique du « droit international des hommes », la question se formule en termes d'obligation pour l'État d'exercer la protection diplomatique, et de droit pour l'individu à une protection diplomatique de la part de son État de nationalité. En effet, il serait plus logique au moins dans les hypothèses de violations graves de droits humains, de violation de normes impératives, ou d'obligations *erga omnes* que les individus bénéficient de la protection de leur État, et/ou que ceux-ci soient tenus d'agir dans la logique de protection des valeurs de la communauté internationale et de l'ordre public international.*

La solution classique sur la question a été édictée par la CIJ en 1970 : « 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. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international. En vue de défendre leur cause et d'obtenir justice, elles ne peuvent que faire appel au droit interne, si celui-ci leur en offre les moyens. Le législateur national peut imposer à l'Etat l'obligation de protéger ses citoyens à l'étranger. Il peut également accorder aux citoyens le droit d'exiger que cette obligation soit respectée et assortir ce droit de sanctions. Mais toutes ces questions restent du ressort du droit interne et ne modifient pas la situation sur le plan international. »². Selon cet énoncé, l'exercice de la protection diplomatique est soumise à la totale discrétion de l'État de nationalité qui ne peut y être contraint ni par la personne privée dont les droits sont violés, ni par les autres États, en raison de la nature de l'obligation violée. Cette approche de la Cour a été critiquée comme correspondant à une vision dépassée du droit international et de la fiction

¹ J. Dugard, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., para. 69.

² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, op. cit. p.44, para. 78. La Cour poursuit en affirmant que « 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, étrangères au cas d'espèce. Sa demande n'étant pas identique à celle du particulier OU de la société dont il épouse la cause, L'État jouit d'une liberté d'action totale. Quels que soient les motifs d'un changement d'attitude de sa part, le fait ne saurait en soi justifier l'exercice d'une protection diplomatique par un autre gouvernement, à moins qu'il n'y ait à cela un fondement distinct et valable ». Ibid., para. 19.

*Mavrommatis*¹. Une lecture « moderne » de la protection diplomatique, exige d'y voir une action en représentation de l'individu victime d'un préjudice, dans laquelle l'intérêt à agir de l'État est fondé sur la violation d'une obligation qui lui est propre. A cet égard, et dans une perspective de dédoublement fonctionnel, l'exercice de la protection diplomatique se comprend comme l'exercice d'une fonction internationale orientée vers la garantie des droits de ses ressortissants : l'État agit pour le compte d'une personne privée, et représente effectivement ses intérêts devant la justice internationale lorsqu'elle ne lui reconnaît pas le *locus standi*². De ce point de vue, le véritable titulaire du droit en litige qu'est la personne privée, devrait avoir son mot à dire sur l'exercice de l'action, ou au moins bénéficier d'une action de l'État dans des cas particulièrement graves de violation de ses droits. Cette tendance doctrinale forte préconise que lorsqu'une demande de protection diplomatique a pour fondement une violation d'une norme impérative ou d'une obligation *erga omnes* commis par l'État de résidence, l'octroi de la protection diplomatique devienne obligatoire pour l'État requis. Il s'en suivrait alors un effacement du pouvoir discrétionnaire de celui-ci sur la décision d'accorder ou de ne pas accorder sa protection à son national lésé.

Sans doute sensible à ces arguments, le professeur Dugard dans son premier rapport, tout en réaffirmant à l'article 3 le pouvoir discrétionnaire de l'État d'exercer la protection diplomatique, a proposé de faire évoluer la règle, en limitant ce pouvoir discrétionnaire en cas de violation d'une norme impérative. L'article 4 (1) proposé prescrivait ainsi qu' « [à] moins que la

¹ A. Pellet, « Le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique », op. cit., pp. 1136-1137. La position de cet auteur illustre bien les différentes variations qu'il peut exister sur la question. Bien que souhaitant qu'il soit mis fin à la fiction vatellienne à la base de la protection diplomatique, il se dit cependant dubitatif sur l'opportunité de consacrer un droit à la protection diplomatique, fournissant des occasions de contentieux interne entre les États refusant d'exercer la protection diplomatique et leurs ressortissants qui la réclament. Ibid., p.1149.

² O. de Frouville, op. cit., p. 301; Dugard, « Diplomatic protection and human rights » op. cit., p.81; Touzé op. cit., p. 133. La jurisprudence de la CIJ montre que la Cour semble distinguer trois types d'actions : celles où l'État fait valoir un droit propre, en invoquant un préjudice qui lui a été directement causé par la violation d'une obligation qui lui est due ; celles où l'État fait valoir le droit d'un de ses ressortissants, lorsque le préjudice a été causé à cette personne par la violation d'une obligation qui lui était due ; et enfin une action mixte, où l'État invoque à la fois son droit propre et celui de la personne privée, le ou les faits internationalement illicites leur ayant simultanément porté préjudice. Voir notamment, *Barcelona Traction*, op. cit. ; p.46, paras. 85-86 ; *Affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, arrêt du 20 juillet 1989, CIJ Rec. 1989, p. 43 ; *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C. I. J. Recueil 2001, pp. 482-483, para. 42.

personne lésée ne puisse présenter une réclamation pour le préjudice subi devant une cour ou un tribunal international compétent, l'État dont elle a la nationalité a l'obligation juridique d'exercer, à la demande, la protection diplomatique à l'égard de cette personne si celle-ci en fait la demande si le préjudice est le résultat d'une violation grave d'une norme de jus cogens imputable à un autre État ». Cette proposition a été rejetée par les membres de la CDI comme non seulement n'étant pas du droit coutumier, mais allant bien au-delà des limites de ce qui pouvait être admis comme développement progressif du droit. De l'avis de nombreux membres de la Commission, la protection diplomatique n'est pas un droit individuel fondamental¹. En effet, aucun instrument conventionnel relatif aux droits de l'homme, ni universel ni régional, ne consacre, en l'état actuel, une obligation pour les États parties d'exercer la protection diplomatique, ni un droit individuel à la protection diplomatique². Le commentaire de l'article 2 du texte définitif des Articles le réitère : un 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. Si le droit interne d'un État peut l'obliger à exercer sa protection diplomatique au profit de ses nationaux, le droit international n'impose pas une telle obligation.³ Par ailleurs, l'immense majorité des États ne semble nullement convaincue de l'utilité, ou à tout le moins l'opportunité, de transformer la compétence de protection diplomatique en compétence liée. Ils veulent s'accorder le droit de pouvoir apprécier quels sont les intérêts de l'État dans chaque cas, la protection diplomatique n'étant exercée que lorsque les « intérêts vitaux » de l'État ne seraient pas affectés

¹ Pour un exposé des débats au sein de la CDI, voir *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session, 1 May - 9 June and 10 July - 18 August 2000, Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth session, Supplement No.10*, doc. A/55/10, paras. 447-456. Le rapporteur spécial, tout en décriant une « opportunité manquée », reconnaît que sa proposition était faite de *lege ferenda* et avait une très faible pratique pour la soutenir. Dugard, « Diplomatic protection and human rights » op. cit., pp. 80, 83.

² Voir Commission européenne des droits de l'homme, décision du 2 mai 1978, *B. Russel, Peace Foundation Ltd c. Royaume Uni*, req. n°7597/75, DR14, p.117 ; décision du 9 décembre 1987, *G. Kapas c. Royaume Uni*, req. n°12822/87, DR 54, p.201 ; décision du 22 avril 1998, *A. Leschi et autres c. France*, req. n°37505/97, DR 93-A, p.120 ; Comité des droits de l'homme, 31 octobre 2007, *Herbert Schmidl c. Allemagne*, req. n°1616/2006. Lire également Flauss, op. cit., pp. 49-50, Touzé, op. cit., pp. 245-248, 267-170.

³ *Annuaire CDI*, op. cit., p.27.

par une telle action¹. Il n'y a donc pas, contrairement à ce que l'on a pu prétendre², la consécration même implicite d'une automaticité de la protection diplomatique, et donc une limitation du pouvoir discrétionnaire de l'Etat, même en cas de violation de *jus cogens*, ou d'obligations *erga omnes*.

On doit remarquer avec le professeur Olivier de Frouville que dans le cadre de la protection diplomatique, l'État exerce un droit procédural qui lui est propre, c'est-à-dire qu'il met en œuvre une voie de droit qui n'est pas accessible aux individus et qui relève de sa seule décision. Dès lors le problème se réduit à celui des obligations de l'Etat vis-à-vis des individus en matière de conduite de la politique étrangère, ou inversement, de droit des individus à l'égard de l'Etat dans ce domaine³. Si un droit à la protection diplomatique est susceptible d'être reconnu, ce ne sera uniquement que par le biais de la législation nationale de l'Etat protecteur, et aucunement, tout au moins en l'état actuel du droit international, à travers celui d'une norme internationale⁴.

Dans son identification de la pratique sur la question, le Rapporteur Spécial de la CDI sur la protection diplomatique a identifié une trentaine de pays, dont la constitution consacre un droit individuel des nationaux à recevoir une protection diplomatique en cas de préjudice subi à l'étranger⁵. Mais il précise également que dans la plupart des cas, il est difficile de

¹ Le professeur Dugard admettait déjà une telle dérogation même dans le cadre de sa proposition d'une obligation d'agir en cas violation de *jus cogens*. Voir article 4 (2a) Premier rapport op. cit. Le rapporteur spécial admettait ainsi implicitement que même les exigences d'un « ordre public international », ne pouvaient conduire un État à agir contre ses « intérêts supérieurs ». Une telle clause dérogatoire, si elle était adoptée, est susceptible d'être comprise de manière très extensive, (en toute bonne foi ?) par l'État de nationalité. Voir Pergantis op. cit, p. 393 ; Flauss, op. cit. p. 58 ; Okowa, op. cit., p. 129.

² Le professeur Touzé tire en effet des articles 40 et 41 des Articles de la CDI sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites, une limite du pouvoir discrétionnaire de l'État et y voit l'exigence d'une automaticité de la protection diplomatique. Touzé, op. cit., pp. 236-237, 263-265,

³ O. de Frouville, op. cit., p. 300. Voir pour une approche basée sur la distinction entre préjudice et dommage, H. Meunier, « Le fondement de la protection diplomatique : pour une nouvelle approche au moyen de la distinction entre préjudice et dommage », *AFDI*, vol. 59, 2013, pp. 223-255.

⁴ S. Touzé, op. cit., p. 230.

⁵ Sont dans ce cas l'Albanie, le Belarus, la Bosnie-Herzégovine, la Bulgarie, le Cambodge, la Chine, la Croatie, l'Espagne, l'Estonie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Fédération de Russie, la Géorgie, le Guyana, la Hongrie, l'Italie, le Kazakhstan, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, le Portugal, la République de Corée, la République démocratique populaire lao, la Roumanie, la Turquie, l'Ukraine, le Viet Nam et la Yougoslavie.

savoir la portée exacte de la disposition et s'il ne s'agit pas d'un simple droit d'accès aux fonctionnaires consulaires à l'étranger ou, une simple clause de style, non opératoire ni exécutoire¹. De nombreux auteurs ont pointé l'existence de décisions des juridictions nationales de certains pays, dans lesquels des juges nationaux ont affirmé qu'ils avaient le droit d'exercer un contrôle sur la manière dont la branche exécutive de l'Etat usait de son pouvoir discrétionnaire d'exercer ou non la protection diplomatique dans certains cas particuliers². Au-delà de la généralité d'une telle pratique qui reste à démontrer, les défenseurs de cette idée ne citant de façon récurrente qu'une dizaine de décisions de cinq pays³, la conclusion tirée de ces décisions n'est pas totalement convaincante. D'abord, pratiquement toutes ces décisions ne contestent pas le pouvoir discrétionnaire de l'État pour accorder ou pas la protection diplomatique, mais très souvent commencent par le réaffirmer.

Ainsi par exemple, la Cour constitutionnelle allemande, tout en indiquant que les organes de la République Fédérale d'Allemagne ont une

¹ J. Dugard, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., para. 80. Voir également Dugard, « Diplomatic protection and human rights » op. cit., p.81. De l'avis d'un analyste, « *cet ancrage constitutionnel ne reflète pas l'intention des constituants d'entériner précisément la protection diplomatique. Les dispositions constitutionnelles en question sont délibérément formulées afin de ne pas établir des droits justiciables. Elles ne sont généralement pas exécutées par des lois de procédure et, sauf quelques exceptions, il n'existe pas de cas où ces dispositions ont été appliquées dans la pratique (...) l'on peut toujours invoquer au maximum un 'devoir moral' de l'État, mais pas son 'obligation juridique'* ». J. Malenovsky, « La pratique de la protection diplomatique dans les PECO, en République Tchèque en particulier », *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, op. cit., p. 98. Voir également E. Denza, « Nationality and diplomatic protection », *Netherlands International Law Review*, vol. 65, 2018, p. 467.

² L'une des décisions les plus citées est celle la Cour constitutionnelle sud-africaine dans l'affaire *Kaunda* : « *There may be a duty on government, consistent with its obligations under international law, to take action to protect one of its citizens against a gross abuse of international human rights norms. A request to government for assistance in such circumstances where the evidence is clear would be difficult, and in extreme cases possibly impossible to refuse. It is unlikely that such a request would ever be justiciable and a court would order the government to take appropriate action* ». *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa*, CCT 23/04, 4 August 2004, para. 69.

³ Il s'agit notamment des décisions *Rudolf Hess* (Allemagne) ; *HMHK v. The Netherlands*, *M.K. v. The Netherlands* (Pays Bas) ; *Comercial F. SA v. Council of Ministers* (Espagne), *JAAC 61.75 et 68.78* (Suisse), *Abbasi & Anor v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (Grande-Bretagne) ; *Samuel kaunda and Others v. The President of the Republic of South Africa and Other*, *Josias van Zyl and others v. The government of the Republic of south Africa and Others* (Afrique du Sud). Voir A. Vermeer-Künzli, « Restricting discretion: judicial review of diplomatic protection », *Nordic Journal of International Law*, vol. 75, pp. 286-306.

obligation de protéger les nationaux à l'étranger, a également réaffirmé que le gouvernement disposait pour cela d'une large discrétion, le contrôle de la Cour se limitant au contrôle d'un « *arbitrary treatment of a national which is totally incomprehensible from any reasonable standpoint including considerations of foreign policy* »¹. En Grande-Bretagne, la *Court of Appeal* dans l'affaire *Abbasi*, a indiqué que le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire de l'État se limitait à s'assurer que l'autorité décisionnaire a bien pris en compte « *all relevant factors (...) be thrown into the balance* »². C'est la même approche chez le juge sud-africain qui a rappelé qu'en raison des considérations politiques qu'implique la décision d'exercer ou pas la protection diplomatique dans un cas, les tribunaux n'étaient pas le forum adéquat pour traiter de la question. Par conséquent, en dépit de la doctrine des « *legitimate expectations* » des citoyens développée par la Cour constitutionnelle comme étant une contrainte sur la liberté d'action du pouvoir exécutif, le juge rappelle que cette doctrine ne crée aucun droit à la protection diplomatique. La branche exécutive dispose donc d'un pouvoir discrétionnaire et sa décision dans ce champ ne peut être remise en cause que « *if it can be shown that the decision was irrational or contrary to legitimate expectations* »³. Il n'existe en conclusion pas dans la pratique des États d'affirmation d'un droit à la protection diplomatique pour les nationaux, en dépit de ce l'on pourrait qualifier de « tendances encourageantes »⁴. Ce que ces décisions indiquent c'est que le pouvoir discrétionnaire ne signifie pas un pouvoir arbitraire.

En effet, il est incorrect de penser que parce qu'une décision est soumise au contrôle du juge, cela signifie qu'elle cesse d'être discrétionnaire⁵. Dire que l'Etat jouit d'un pouvoir discrétionnaire ne veut pas dire que ce pouvoir n'est pas soumis au droit. De nombreux pays, ayant notamment un droit de tradition romano-germanique, connaissent un

¹ Federal Constitutional Court, Case n° 2 BVerfG 419/80, *Rudolf Hess Case*, paras. 395, 398, *ILR*, 1992, pp. 386-400.

² *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, EWCA Civ. 1598, 6 November 2002, paras. 99, 104.

³ *Kaunda and Others* op. cit. paras. 67-80; High Court of South Africa (Transvaal Provincial Division), *Josias van Zyl and Others v. The Government of the Republic of South Africa and Others*, case n° 20320/2002, 20 July 2005, paras. 41, 93.

⁴ P.H. Kooijmans, « Is the right of diplomatic protection a human right ? », *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 1979-1980; Denza, « Nationality and diplomatic protection », op. cit., p. 479; A. Vermeer-Künzli, « Restricting discretion : judicial review of diplomatic protection », *Nordic Journal of International Law*, vol. 75, pp. 281-283.

⁵ Voir pour de telles conclusions, Pergantis, op. cit., p. 383 ; A. Vermeer-Künzli, « Restricting discretion : judicial review of diplomatic protection », op. cit., p. 306.

mécanisme de contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire sans que cela aboutisse à remettre en cause la nature du pouvoir dont jouit l'administration¹. Ce que le juge vérifie dans ces cas, ce n'est pas l'opportunité de la décision prise, ce qui est le cœur même d'un tel pouvoir, mais que l'exercice du pouvoir discrétionnaire ne résulte pas en un arbitraire, créant une inégalité flagrante entre les citoyens. C'est un contrôle de légalité qui n'amène pas le juge à substituer son appréciation à celle de l'autorité jouissant du pouvoir discrétionnaire ; le contrôle ne porte pas sur les appréciations en opportunité. Le procédé du juge consiste non pas à juger l'usage que le titulaire du pouvoir fait de celui-ci, mais de s'assurer que le cas qui lui est soumis a été examiné en tenant compte de tous les éléments pertinents. Le juge s'assure que l'État, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a examiné « chaque cas individuellement afin d'adapter son appréciation et sa décision aux caractéristiques propres que le cas présente. [II] ne peut pas se réfugier derrière des positions stéréotypées, des solutions passe-partout »². Ce qui est sanctionné c'est l'erreur manifeste d'appréciation, c'est-à-dire une irrégularité manifeste, tellement évidente que sa grossièreté entame le contenu de la décision.

Si on admet l'existence d'un droit individuel à la protection diplomatique, il reste encore à trancher les implications d'un tel droit sur l'exercice de la protection diplomatique. La personne privée peut-elle renoncer à cette protection et par là même priver l'État de nationalité de la capacité d'exercer la protection diplomatique ? C'est toute la question posée par les fameuses « clauses Calvo » auxquelles le professeur Dugard avait consacré d'assez longs développements dans son troisième rapport³. La CDI, extrêmement divisée sur la question, a décidé de ne pas inclure dans

¹ Voir notamment W. Busane Ruhana Mirindi, *Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge administratif congolais*, Thèse, Faculté Droit et de Criminologie, Université Catholique de Louvain, juillet 2010, 485p ; A. Sango, « Les tendances actuelles du contrôle juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration en Afrique : étude comparée à partir des cas du Bénin, du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire », *Afrilex*, disponible en ligne sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/les-tendances-actuelles-du.html>, dernière consultation le 9 décembre 2019 ; C. Chauvet, « Arbitraire et discrétionnaire en droit administratif », J.G. Guglielmi (dir.), *La faveur et le droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2009, pp. 335-355.

² Busane Ruhana Mirindi, op. cit., p. 121.

³ J. Dugard, *Troisième rapport sur la protection diplomatique*, doc. A/CN.4/523 et Add.1, 7 mars et 16 avril 2002, paras. 119-158. Du nom du juriste argentin Carlos Calvo qui l'a inventée, la « clause Calvo » est une stipulation contractuelle par laquelle un étranger renonce au droit qu'il pourrait avoir de prétendre à la protection diplomatique de son État de nationalité concernant tout différend conventionnel et de se limiter exclusivement aux recours judiciaires internes pour toutes plaintes qu'il pourrait avoir concernant le contrat. Ibid., para. 119.

son projet de disposition relative à la clause Calvo sans donner aucune explication claire¹. Le professeur Touzé explique ce silence par le large consensus faisant droit à la caducité sur le plan international de ce type de clauses et leur relatif intérêt dans le droit contemporain de la protection diplomatique. Il est admis que cette clause n'a pour effet que de reformuler, sur le plan national l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes avant la saisine de l'État susceptible d'agir en protection diplomatique. Autrement dit, la personne privée peut valablement promettre de recourir exclusivement aux tribunaux locaux et de ne rechercher en rien, en tout cas en ce qui concerne son contrat, la protection diplomatique de son État ; mais cela ne signifie nullement que cela aboutisse à priver cet État du droit d'exercer, s'il le juge opportun, la protection diplomatique².

Autre aspect de la question, l'État doit-il consulter, tenir compte des vues de la personne privée avant l'exercice de la protection diplomatique ? Sur le plan théorique au moins, l'État reste par principe libre d'apprécier l'opportunité de son action et peut se prévaloir, de façon autonome, des motifs généraux imposant selon lui, une action en responsabilité par le jeu de la protection diplomatique. Même si dans la pratique, l'action en protection diplomatique non-sollicitée est relativement rare, le droit international reconnaît une autonomie de l'action de l'État, indépendamment de considérations externes de nature « formelle » comme une demande d'action préalable sur la réclamation individuelle, ou substantielle tel le choix des motifs justifiant l'action³. La seule possibilité pour la personne privée de paralyser l'action de l'État, et sous réserve que l'on ne soit pas dans l'une des exceptions à la règle, est de refuser d'épuiser les voies de recours internes. En dehors de ce cas, le droit d'action en protection diplomatique de l'État est préservé et celui-ci peut en user malgré une réfutation préalable qui découlerait d'une opposition ponctuelle de l'individu ou du résultat d'un accord, ou d'une disposition insérée dans un engagement contractuel entre la personne privée et l'État étranger, et ayant pour objectif d'exclure l'application du droit international et/ou la protection diplomatique pour le règlement des différends susceptibles de surgir entre eux⁴. *A contrario*, l'État se voit reconnaître par le droit international la compétence pour renoncer *ex-ante* et de façon permanente à toute action en protection diplomatique en faveur de ses nationaux. Certains accords internationaux, notamment dans le domaine de la protection des

¹ A. Pellet, « Le projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique... », op. cit., p.1150

² S. Touzé, op. cit, pp. 238-243. Tournier, op. cit., pp. 476-482.

³ S. Touzé, op. cit., p. 235 ; Meunier, op. cit. p. 249.

⁴ S. Touzé, op. cit., pp. 237-238.

investissements ou instituant des tribunaux mixtes, démontrent assez nettement que l'État est discrétionnairement compétent pour renoncer de façon anticipée, voire définitive, à l'exercice de son droit d'action à la protection diplomatique¹. Tout ceci souligne bien la marge de manœuvre dont dispose l'État, et l'absence de droit à la protection diplomatique au bénéfice des personnes privées.

Ainsi, même si on ne peut nier que se dessinent certaines tendances internes, elles ne sont, d'une part, ni générales et sont encore, d'autre part, limitées à l'affirmation de règles processuelles générales conférant à l'individu des garanties juridiques minimales, qui ne peuvent être assimilées à l'affirmation d'un réel droit subjectif à la protection diplomatique. La CDI a toutefois pris note de ce débat et affirme au regard des décisions judiciaires que l'« on peut raisonnablement penser que le droit international admet déjà, à la charge de l'État, l'existence d'une obligation d'envisager la possibilité d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice d'un de ses nationaux qui a subi un préjudice important à l'étranger »². Les termes choisis sont amplement révélateurs de la prudence et des doutes qui traversent la CDI : « raisonnablement penser », « obligation d'envisager la possibilité d'exercer », « préjudice important ». Il n'y a pas de doute, on est encore loin de l'affirmation d'un droit individuel et le pouvoir discrétionnaire de l'État reste intact !³ Quoi qu'il en soit, la Commission a décidé d'inclure sous le titre « pratique recommandée », certaines pratiques des États qui, bien que n'ayant pas encore acquis le statut des règles coutumières et ne pouvant être transformées en règles juridiques dans le cadre du développement progressif du droit, sont néanmoins souhaitables, de l'avis des membres de la Commission, afin de renforcer la protection diplomatique comme instrument de protection des droits humains⁴. On peut dire qu'il s'agit des attributs dont doit se revêtir la protection diplomatique pour répondre aux exigences du « droits international des hommes ». L'article 19 des Articles sur la protection diplomatique invite par conséquent les États en droit d'exercer la protection diplomatique, de prendre dûment en considération la possibilité d'exercer la protection

¹ Ibid., pp. 248-255; L. Reed, L. Martinez, « Treaty obligations to honor arbitral awards and diplomatic protection », R.D. Bishop (ed.), *Enforcement of arbitral awards against sovereigns*, New York, JurisNet, LLC, 2009, pp. 26-27.

² *Annuaire CDI*, op. cit., p.55

³ On avait déjà souligné à propos de l'article 4 du premier rapport de John Dugard, le « caractère en trompe-l'œil d'une disposition apparemment révolutionnaire ». Tout dépendra des mesures que les États adopteront aux fins de « subjectiviser » et de « justicialiser » au plan national l'exercice de la protection diplomatique en relation avec la violation du droit international impératif. Flauss, op. cit., p.56.

⁴ *Annuaire CDI*, op. cit., p.54.

diplomatique lorsqu'un préjudice important a été causé à leur national d'une part ; et d'autre part de tenir compte autant que possible des vues des personnes lésées quand au recours à la protection diplomatique et la réparation à réclamer.

IV. Un droit individuel à la réparation obtenue ?

S'il devait être un jour cité comme un « grand arrêt » posant des principes jurisprudentiels nouveaux¹, l'arrêt de la CIJ du 19 juin 2012 dans l'affaire *Diallo* le devra sans nul doute, entre autres, à son fameux paragraphe 57. La Cour y fait précéder le dispositif d'une précision inédite : « la Cour tient à rappeler que l'indemnité accordée à la Guinée, dans l'exercice par celle-ci de sa protection diplomatique à l'égard de M. Diallo, est destinée à réparer le préjudice subi par celui-ci »². Il n'en fallait pas plus pour qu'on y voie la consécration par la haute juridiction d'un droit à réparation des victimes en cas d'exercice de la protection diplomatique par leur État. La Cour faisait ainsi correspondre la protection diplomatique avec la philosophie du droit international contemporain plus centré sur l'individu. En adhérant en substance à la pratique recommandée à l'article 19 (c) des Articles de la CDI³, la Cour ne ferait pas qu'indiquer qu'il serait convenable pour un État d'agir convenablement en transférant à la personne privée concernée l'indemnisation obtenue au vu des préjudices subis par celui-ci, mais marquerait de sa haute approbation l'idée de l'émergence d'une règle coutumière⁴.

¹ Voir E. Jouannet, « Existe-t-il des grands arrêts de la Cour Internationale de Justice ? », C. Apostolidis (dir.), *Les arrêts de la Cour Internationale de Justice*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2005, pp. 168-197.

² *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 344, para. 57.

³ Suivant cet article, un État en droit d'exercer sa protection diplomatique devrait « transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenu de l'État responsable, sous réserve de déductions raisonnables ».

⁴ Voir D. Russo, op. cit., pp. 741, 745. Elle affirme notamment que : « The Court's statement implies that Mr Diallo was the subject injured by the wrongful act and, therefore, entitled to receive compensation. According to this interpretation, not only should compensation be measured against the damages suffered by the individual, but, also, the latter should benefit from compensation ». M. Diaby Alia écrit à ce sujet : « La Cour contribue ainsi à l'érosion de la protection diplomatique qui n'est plus envisagé comme un droit propre de l'État. En ce sens, l'arrêt *Diallo* constitue un revirement de la fiction *Mavromatis* ». Alia, op. cit., p. 894. Voir également, A. Vermeer-Künzli, « *Diallo : between diplomatic protection and human rights* », *Journal of International Dispute Settlement*, vol.4, n°3, 2013, pp. 497-498.

En effet pour une partie de la doctrine, en dépit du pouvoir discrétionnaire dont jouissent les États pour exercer la protection diplomatique, cela n'implique nullement qu'ils puissent librement disposer du fruit de leur action, en particulier l'indemnisation obtenue. Ils doivent transférer cette indemnisation à la/aux victimes qui a/ont une légitime attente d'obtenir réparation une fois que la protection diplomatique a été exercée. Il serait inconcevable qu'un État entende s'enrichir indûment au détriment de ses nationaux¹. Cette solution se justifie notamment par le fait que c'est le dommage subi par l'individu qui est à la fois la raison d'être de l'action en protection diplomatique et l'élément qui permet à la juridiction internationale de fixer une réparation adéquate. Il y aurait ainsi dans la pratique internationale des éléments indiquant l'émergence d'une telle obligation de transférer l'indemnisation reçue par l'État ayant exercé la protection diplomatique. Madame Russo cite à l'appui de cette thèse une décision de la Commission Germano-Américaine de 1928 et la pratique corrélative des États-Unis, ainsi que la position de certains États lors du débat sur le projet d'articles de la CDI à la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies². On doit d'abord indiquer qu'il est peu convaincant de ramener l'action que peut mener un État dans le cadre des mécanismes régionaux de protection des droits de l'homme à une forme de protection diplomatique « déguisée »³. La protection diplomatique obéit à une logique et à une philosophie différente, de celle de la protection dans le cadre des mécanismes de protection des droits humains. C'est ce que traduit l'exigence de conditions particulières telles que l'exigence du lien de nationalité et l'interdiction de principe de toute action contre l'État de nationalité comme sus indiqué⁴.

On peut ensuite s'étonner de l'approche méthodologique suivie: tirer la conclusion de l'émergence d'une règle coutumière d'une « pratique » aussi éparse et inconsistante est fortement discutable. Sur la base des mêmes éléments, la CDI a abouti à la conclusion contraire: il n'est pas du tout certain qu'il y ait une pratique convergente dans ce sens, de nature à

¹ D. Russo, op. cit. p. 726; Gaja, « Droits des et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique », op. cit., p. 69 ; Pellet, « La seconde mort d'Euripide Mavrommatis ? », op. cit., p. 1381 ; Touzé, op. cit., pp. 133.

² D. Russo, op. cit., pp. 733-736.

³ Ibid., p. 742. C'est la même approche que semble suivre K. Yakushiji, « The International Court of Justice and diplomatic protection », S. Kadelbach et al. (eds.), *Judging international human rights*, Berlin, Springer, 2019, pp. 124-125.

⁴ Voir dans le même sens que nous, Gaja, « Quel préjudice pour un État qui exerce la protection diplomatique ? », op. cit., pp. 490-491.

faire naître une règle coutumière¹. Enfin, comme l'a indiqué la Cour permanente dans l'affaire relative à l'usine de Chorzów, « la réparation due à un État par un autre État ne change pas de nature par le fait qu'elle prend la forme d'une indemnité pour le montant de laquelle le dommage subi par un particulier fournira la mesure »². Selon cette approche, le fait que le dommage subi par la personne privée fournisse la mesure de l'indemnisation accordée à l'État dans le cadre de la protection diplomatique, ne saurait signifier l'existence d'une obligation pour ce dernier de transférer à la personne privée l'indemnisation obtenue.

Pour revenir à l'arrêt de la CIJ du 19 juin 2012, l'on peut être aussi dubitatif et sceptique que le professeur Luigi Condorelli sur la portée et le sens de l'arrêt. D'abord, note-t-il, l'arrêt est officiellement sous-titré « Indemnisation due par la République Démocratique du Congo à la République de Guinée ». La formule « indemnisation due » à la Guinée, est également énoncée de nombreuses fois tant dans le corps de l'arrêt que dans son dispositif³. Il y a là une indication claire de celui à qui l'obligation de réparer est « due » dans le cadre de l'action diplomatique devant la CIJ : à l'État qui exerce la protection diplomatique. Ce n'est donc pas un hasard si la Cour suggère qui doit être le destinataire final de la réparation en dehors du dispositif de l'arrêt, « seul revêtu de l'autorité de la chose jugée »⁴. La *res judicata* ne couvre pas cette partie de l'arrêt et n'a ni de caractère contraignant, ni ne peut constituer un titre d'exécution pour obtenir le montant sollicité par le sieur Diallo, en tout cas pas devant une juridiction

¹ Voir commentaire article 19, *Annuaire CDI*, op. cit., p. 56. Voir pour rappel de la pratique dans le sens d'un droit de l'État de disposer discrétionnairement de l'indemnisation dans le cadre de la protection diplomatique des personnes morales, Tournier, op. cit., pp. 502-508.

² *Affaire relative à l'usine de Chorzów demande en indemnité*, fond, Série A, n°17, 13 septembre 1928, p.28. La Cour ajoute que : « *Les règles de droit qui déterminent la réparation sont les règles de droit international en vigueur entre les deux États en question, et non pas le droit qui régit les rapports entre l'État qui aurait commis un tort et le particulier qui aurait subi le dommage. Les droits ou intérêts dont la violation cause un dommage à un particulier se trouvent toujours sur un autre plan que les droits de l'État auxquels le même acte peut également porter atteinte. Le dommage subi, par le particulier n'est donc jamais identique en substance avec celui que l'État subira ; il ne peut que fournir une mesure convenable de la réparation due à l'État* ». Ibid.

³ L. Condorelli, « Protection diplomatique et réparation due : une glose », *Unité et diversité du droit international*, op. cit., p.477. Sur ce point on doit relever que le fait que la Cour ne mentionne pas le préjudice subi en propre par la Guinée, peut s'expliquer par la manière dont cet État a formulé ses réclamations tout au long de l'instance et notamment dans ses conclusions.

⁴ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 94, para. 123.

internationale. On ne peut par conséquent suggérer que le droit d'action de la personne privée ne puisse être éteint que si son État lui reverse effectivement l'indemnisation obtenue via la protection diplomatique¹. La solution défendue par la CIJ en 2012 ne semble pas épouser cette approche: « *Lorsque l'État ayant perçu ces sommes dans le cadre de ce qui devait constituer un règlement global à l'issue d'un conflit armé a décidé de les affecter à la reconstruction de son économie nationale et de ses infrastructures plutôt que de les répartir entre ceux de ses nationaux qui ont été victimes, il est difficile de déterminer dans quelle mesure le fait que les intéressés n'aient pas perçu une part des sommes en question les autoriserait à intenter une action à l'encontre de l'État ayant versé ces sommes à celui dont ils sont ressortissants* »².

Par ailleurs, il est acquis que la force obligatoire d'un jugement ne s'attache qu'au dispositif de celui-ci³. Certes la Cour a eu à affirmer que l'autorité de la chose jugée peut également couvrir le cas échéant, des questions dont on peut inférer que, tout en n'ayant pas été tranchées de manière expresse, elles l'ont été nécessairement par « implication logique »⁴. Néanmoins, « *on ne voit pas comment on pourrait soutenir en décidant d'abord, en 2010, que sur la RDC pèse l'obligation de fournir à la Guinée une réparation appropriée, sous la forme d'une indemnisation, pour les conséquences préjudiciables résultant des violations d'obligations internationales en la personne de M. Diallo, et en décidant ensuite, en 2012, quelle est la mesure de l'indemnisation due toujours à la Guinée, la Cour 'aurait nécessairement impliqué' que la Guinée a, à son tour, l'obligation internationale de verser à M. Diallo la somme d'argent qui doit lui être transmise par la RDC* »⁵. Une lecture attentive de l'arrêt et des termes choisis montre qu'il s'agit d'une simple recommandation faite par la Cour dans le même sens que l'article 19 des Articles de la CDI sur la protection diplomatique : un simple conseil à l'État protecteur, une attitude souhaitée,

¹ Voir D. Russo, op. cit., pp. 138-139.

² *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 144, para. 102. Cet énoncé n'exclut pas la possibilité qu'un État soit tenu dans certaines circonstances, à fournir directement une réparation aux ressortissants d'un autre en vertu du droit international. Voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, p. 198, para. 153.

³ R. Kolb, *La Cour Internationale de Justice*, Paris, A. Pedone, 2013, p. 792.

⁴ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, op. cit., p. 95, para. 126.

⁵ L. Condorelli, « Protection diplomatique et réparation due : une glose », op. cit. pp. 478-479. Dans le même sens, Denza, « Nationality and diplomatic protection », op. cit., p. 470.

et non pas ce que celui-ci a l'obligation juridique internationale d'accomplir afin d'éviter sa responsabilité¹.

Il est sans doute excessif d'écrire au sujet de l'article 19 (c) des Articles de la CDI que « *[w]hereas this provision does not create legally binding obligations, it does create something short of an obligation and thus it creates something short of a corresponding rights. The latter clearly is the individual national's* »². Il n'existe pas en l'état actuel en droit international un droit subjectif de la personne privée à se voir transférer l'indemnisation que son État national a pu obtenir à l'issue d'une action en protection diplomatique réussie. Il est évident que cette liberté relative à l'attribution de la réparation dont jouit l'État qui exerce la protection diplomatique ne peut pas se comprendre d'un point de vue logique : « *le parallélisme des formes exigerait qu'une fois la réparation obtenue à l'issue de la procédure, l'État effectue une novation à l'envers dans son ordre interne, en substituant à l'obligation de réparation de l'État responsable du préjudice à son égard en une nouvelle obligation de réparation dont il serait redevable à l'égard de l'individu* »³. La logique est-elle respectée ? La réponse fournie tant par la CDI, après examen de la pratique des États, que par la CIJ est pour l'heure négative. Une fois encore, l'évolution de la société internationale a pu pousser les États à adopter une tendance, une inclination, un penchant pour le versement de l'indemnisation obtenue aux victimes. Mais comme le souligne la CDI, « ceci ne constitue probablement pas une pratique établie. Les États qui limitent leur liberté de disposer comme ils l'entendent des indemnités reçues n'ont pas quant à eux le sentiment d'obéir à une obligation »⁴. Seul le droit interne de chaque État peut revoir le caractère discrétionnaire de celui-ci dans l'usage de la réparation⁵, et faire ainsi de la protection diplomatique, un outil de protection des droits des nationaux à l'étranger.

V. Un outil spécifique de protection des droits humains ?

Dès son premier rapport et façon itérative ensuite, le second rapporteur spécial de la CDI sur la protection diplomatique a affirmé le rôle que pouvait jouer la protection diplomatique dans la protection des droits humains. Il souligne ainsi que « *[l]'idée que le développement des droits de l'homme a rendu la protection diplomatique désuète appelle une étude plus*

¹ L. Condorelli, « Protection diplomatique et réparation due : une glose », p. 480.

² A. Vermeer-Künzli, « As if: the legal fiction in diplomatic protection », op. cit., p. 62.

³ O. de Frouville, op. cit., p. 300.

⁴ *Annuaire CDI*, op. cit., p. 56.

⁵ Voir S. Touzé, op. cit., pp. 327-330.

attentive. (...) Désormais, étrangers et nationaux jouissent de droits qui leur sont accordés en tant que personnes humaines et non en tant que nationaux d'un certain État. (...) Mais il faut admettre parallèlement que même si un particulier peut avoir des droits en droit international, ses recours restent limités »¹. Alors que la Convention européenne des droits de l'homme peut offrir de véritables voies de recours à des millions d'Européens, écrit-il, il est difficile d'affirmer que la Convention américaine sur les droits de l'homme ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en font autant. En outre, la majorité de la population mondiale, qui se trouve en Asie, n'est couverte par aucune convention régionale en matière de droits de l'homme. Affirmer que les conventions universelles relatives aux droits de l'homme, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, offrent aux particuliers des recours efficaces pour faire respecter leurs droits fondamentaux relève de la fantaisie, laquelle, contrairement à la fiction, n'a pas sa place dans le raisonnement juridique. La triste vérité est qu'une poignée d'individus seulement, dans les quelques États qui admettent les recours individuels auprès des organes de contrôle nés de ces conventions, ont pu ou pourront disposer de voies de recours satisfaisantes sur la base des textes en question². Il conclut en affirmant, « *[l]e droit relatif aux droits de l'homme ne se résume pas aux conventions conclues en la matière. Il existe toute une série de traités et de coutumes, y compris celle de la protection diplomatique, qui forment ensemble les normes internationales relatives aux droits de l'homme. (...) La protection diplomatique, même si elle n'a pour objet que de protéger des particuliers contre un gouvernement étranger, est par contre une règle coutumière de droit international d'application universelle, susceptible d'offrir un recours plus utile. La plupart des États prendront beaucoup plus au sérieux la demande d'exercice de la protection diplomatique d'un autre État que la plainte déposée contre eux auprès d'un organe de contrôle du respect des droits de l'homme* »³. La protection diplomatique a sur cette base, été qualifiée d'instrument de protection des droits humains avant la lettre⁴.

Toutefois, bien que partageant l'idée de l'utilité de la protection diplomatique dans le cadre de la protection des droits de la personne

¹ Dugard, *Premier rapport sur la protection diplomatique*, op. cit., p. 228, para. 22.

² Ibid., para. 25.

³ Ibid., para. 31. Dans le même sens, J. Dugard, « Chapter 73. Diplomatic protection », J. Crawford et al. (eds), *The law of international responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 1052, 1069.

⁴ A. Vermeer-Künzli, « Chapter 10. Diplomatic protection as a source of human rights law », D. Shelton (ed.), *The Oxford handbook of international human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 250, 273.

humaine, notamment dans les hypothèses où les personnes privées n'ont pas accès aux mécanismes internationaux de protection, il nous semble excessif d'affirmer qu'une plainte déposée par un État sur la base de la violation d'une obligation *erga omnes* est une forme de protection diplomatique¹. Il serait en effet difficile d'affirmer que la saisine par la Gambie de la Cour aux fins de faire constater la violation par l'Union du Myanmar de ses obligations au regard de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, pourrait être assimilée à une action en protection diplomatique des Rohingya². Ni la Gambie dans sa requête introductive d'instance, ni la partie défenderesse lors des débats devant la Cour n'ont évoqué une telle idée³. Il en est ainsi, parce que la condition de nationalité reste un élément essentiel de l'action en protection diplomatique comme il a été indiqué précédemment. La protection diplomatique, en tant qu'instrument de protection des droits humains, est d'abord un outil de protection des droits des nationaux, et exceptionnellement des apatrides et réfugiés. On peut convenir avec le professeur Condorelli que les États pourraient montrer qu'ils se préoccupent avec le même empressement, et par les mêmes types de « représentations », du sort de tout individu à l'étranger, quel que soit sa nationalité : ce serait là indiscutablement un progrès phénoménal vers une société internationale plus juste. Mais, souligne aussi l'éminent auteur, c'est un fait que dans la réalité des relations internationales contemporaines les choses sont malheureusement loin d'aller ainsi.⁴ Par ailleurs, dans des actions comme celle de la Gambie devant la Cour internationale de justice, ce qui est visé pratiquement toujours, ce n'est pas la réparation du préjudice subi par les victimes, mais leur cessation : elles répondent donc à une logique qui n'est pas exactement celle de la protection diplomatique.⁵

Cette précision faite, il ne faut pas croire que l'octroi aux particuliers du droit d'accès aux moyens internationaux de règlement des différends implique nécessairement que la protection diplomatique n'a plus aucun rôle à jouer : bien au contraire. Il se peut en effet, qu'un tel accès soit construit

¹ Ibid.

² Voir *Requête introductive d'instance et demande en indication des mesures conservatoires (république de Gambie c. république de l'Union du Myanmar)*, 11 novembre 2019, disponible sur <https://www.icj-cij.org/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-FR.pdf>, dernière consultation 11 décembre 2019.

³ Voir les comptes rendus des audiences relatives aux mesures conservatoires demandées par la Gambie, disponibles sur <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/178>, dernière consultation 11 décembre 2019.

⁴ L. Condorelli, « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », *op. cit.*, p. 23.

⁵ Ibid., p.24.

de façon à aboutir, non pas à l'abolition de cette dernière, mais à l'imposition d'une démarche préalable ; en somme non pas comme moyen destiné à remplacer la protection diplomatique, mais comme moyen visant à éviter dans toute la mesure du possible que le besoin en soit ressenti, en sauvegardant toutefois sa fonction essentielle d'*ultima ratio*¹. En matière de règlement des différends liés aux investissements par exemple, la Convention de Washington², tout en ouvrant un droit d'accès aux particuliers contre les États à l'arbitrage CIRDI, interdit aux États d'exercer la protection diplomatique dans l'intérêt de son ressortissant puisque celui-ci peut justement avoir recours à l'arbitrage international. Toutefois, cette obligation de ne pas recourir à la protection diplomatique disparaît « *si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend* »³. Ainsi, dans le domaine couvert par la Convention de Washington, la protection diplomatique permet à l'État de continuer à garantir la protection des droits patrimoniaux de ses nationaux, au cas où le mécanisme direct prévu par la Convention ne fonctionnerait pas.

La protection diplomatique peut également être un outil irremplaçable pour la mise en œuvre des droits de l'homme et la protection de la personne humaine, notamment face à l'obstacle procédural que constitue l'immunité⁴. En dépit de l'attribution d'un droit de recours individuel aux individus, le droit d'un État de s'inquiéter des violations infligées à ses citoyens par un autre État est incontestable. Bien que la pratique dans ce sens ait été plutôt marginale, l'État dont le ressortissant s'est vu opposer une immunité pourrait recourir à la protection diplomatique dans une perspective de compensation. Dans les affaires *Fogarty* et *Al Adsani*, le gouvernement défendeur a ainsi fait valoir que l'immunité de juridiction accordée à l'État étranger était compensable par la protection diplomatique que l'État pouvait exercer au profit du national dont le droit d'action au plan interne était paralysé par le for de l'immunité. Bien que la Cour Européenne des droits de l'homme n'ait pas souscrit explicitement à cet argument, il a été proposé dans un tel cas de figure d'admettre la protection diplomatique comme palliatif à l'immunité, à la condition que la protection de la personne humaine soit mise au service de la résorption du caractère discrétionnaire de la protection diplomatique⁵.

¹ Ibid., pp. 16-17.

² Convention pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements entre États et Ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965).

³ Article 27 Convention de Washington du 18 mars 1965.

⁴ Nous reprenons ici les principales conclusions de notre thèse sur ce point. Koagne Zouapet, op. cit., pp. 222-229.

⁵ J.-F. Flauss, op. cit., p. 53 ; Bröhmer, op. cit., p.4.

Cette idée n'est pas nouvelle et la protection diplomatique a été considérée par de nombreux auteurs comme le substitut à l'absence de recours créée par l'application de l'immunité de juridiction. Sir Robert Phillimore affirmait ainsi dans l'arrêt *The Charkieh* : «*The object of international law in this as in others matters, is not to work injustice, not to prevent the enforcement of a just demand, but to substitute negotiations between governments, though they may be dilatory and the issue distant and uncertain, for the ordinary use of courts of justice in case where such use would lessen the dignity or embarrass the functions of the representatives of a foreign state*»¹. En raison de la continuation de l'imputation entre le droit interne et le droit international, la protection diplomatique est en effet un moyen de relayer une action interne, mise en échec par l'immunité de juridiction, sur le plan international; le « fait du bénéficiaire de l'immunité » étant analysé de la même manière par le droit de la responsabilité internationale et par le droit international des immunités. C'est bien parce qu'un fait a été qualifié au plan interne de « fait de l'État étranger/organisation internationale » que le droit des immunités interdit d'engager la responsabilité de l'État ; mais c'est aussi en raison de cette qualification que la responsabilité internationale pourra être mise en œuvre à travers la protection diplomatique².

Par cette voie, les États peuvent ainsi veiller à ce que les immunités accordées aux États étrangers et particulièrement aux organisations internationales qu'ils accueillent sur leur territoire, ou auxquelles ils sont parties, n'engendrent pas d'injustice pour les justiciables³. Cela ne serait finalement qu'une juste application de la protection diplomatique, dont la CDI a précisé qu'elle était dans son essence une mesure corrective conçue pour remédier à un fait internationalement illicite qui a été commis⁴. Cette voie n'est cependant pas une voie de recours venant combler le vide créé par l'immunité de juridiction devant les juridictions internes, mais comme une voie de substitution, voire même cumulative. En effet, au vu de ce qui a été relevé précédemment, la protection diplomatique ne pourrait constituer un substitut parfait à la protection juridictionnelle, en raison notamment du caractère discrétionnaire de son exercice, qui fait primer des considérations

¹ Cité par M. Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes. Face à la théorie des immunités des États*, Paris, Pedone, 1996, p. 236.

² M. Cosnard, *La soumission des États aux tribunaux internes*, op. cit., pp. 221-223.

³ F. Capone, op. cit., p. 473 ; Vermeer-Künzli, « As if : the legal fiction in diplomatic protection », op. cit., pp. 67-68.

⁴ *Annuaire CDI 2006*, op. cit., p.26.

politiques sur les considérations de droit¹ ; à moins que, ne réussisse à émerger progressivement en droit international, un droit à la protection diplomatique au bénéfice du national, voire de tout individu dont les droits sont violés, y compris par son propre État. Mais on l'a vu, on en est encore loin.

VI. Conclusion

Verre à moitié vide ou à moitié plein? L'appréciation dépend finalement de la position de l'observateur, de ses convictions et de la conception que l'on se fait du droit international et de certaines de ses institutions comme la protection diplomatique ou les immunités. Si les conditions d'utilisation de la protection diplomatique ont été influencées par le développement plus ou moins contrôlé de la protection de la personne humaine et de ce que l'on a pu qualifier de « droit international des hommes », ses conditions d'exercice ont indubitablement été également affectées. Néanmoins, il faut convenir qu'en l'état actuel du droit international positif, l'incidence de ce « droit international des hommes » sur les conditions de mise en œuvre de la protection diplomatique, sans être insignifiante, n'est nullement comparable au bouleversement souhaité par certains, y compris les rapporteurs spéciaux de la CDI qui se sont succédés sur la question². Les articles de la CDI sur la question révèlent cet état de choses. Prenant acte de la pratique des États, et veillant à ne pas aller au-delà de ce que lui permettrait le développement progressif du droit, la Commission a pris en compte l'évolution de la société internationale et des dynamiques qui la traversent, sans toutefois remettre en cause les assises de l'institution.

Il y a en effet chez ceux qui souhaitent un renouvellement de la protection diplomatique une part de volontarisme assumé. Changer le fondement et l'approche traditionnels de la protection diplomatique permettra, disent-ils, d'améliorer le régime de la protection diplomatique dans l'intérêt de l'individu³. Mais on peut légitimement s'interroger sur la pertinence et la nécessité d'une telle approche. Adapter la protection diplomatique à l'évolution de la société internationale ne saurait signifier lui faire perdre son essence, ce qui en constitue la philosophie et la logique. L'on doit accepter qu'il soit des limites que l'adaptation ou la réforme d'une

¹ Voir L. McGregor, « Torture and state immunity: deflecting impunity, distorting sovereignty », *EJIL*, vol.18, n°5, November 2007, p.909.

² Flauss, op. cit., p. 32.

³ H. Meunier, op. cit., p. 250.

institution ne saurait franchir. La protection diplomatique peut contribuer à la protection de la personne humaine, à l'émergence tant souhaité d'un « droit international du genre humain », mais en restant dans les limites de ce qui lui permet de rester ce qu'il est : un instrument de protection des droits des nationaux par l'État dont celui-ci peut user à discrétion. « *Does this finding constitute a regression for the human rights cause? We do not believe so; in our view, there are other mechanisms that could serve this cause much more effectively* »¹.

Bibliographie

C. F. Amerasinghe, *Diplomatic protection*, Oxford, Oxford University Press, 2008

F. Capone, « Victims' right to reparation and the residual application of diplomatic and/or functional protection », A. Guttry, M. Frulli, E. Greppi, C. Macchi (dir.), *The duty of care of international organizations towards their civilian personnel: legal obligations and implementation challenges*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2018, pp. 457-480.

L. Condorelli, « Protection diplomatique réussie et réparation due : une glose », *Unité et diversité du droit international : écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy. Unity and diversity of international law: essays in honour of professor Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 477-486.

E. Denza, « Nationality and diplomatic protection », *Netherlands International Law Review*, 2018, vol. 65, n° 3, pp. 463-480.

J. R. Dugard, « Diplomatic protection », J. Crawford, A. Pellet, S. Olleson (eds.), *The law of international responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 1051-1071.

G. Gaja, « Quel préjudice pour un État qui exerce la protection diplomatique ? », *Unité et diversité du droit international : écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy. Unity and diversity of international law: essays in honour of professor Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 487-493.

P. H. Kooijmans, « Is the right to diplomatic protection a human right ? », *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, vol. 3, pp. 1975-1984.)

A. Künzli, « Exercising diplomatic protection : the fine line between litigation, demarches and consular assistance », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2006, vol. 66, pp. 321-350.

H. Meunier, « Le fondement de la protection diplomatique : pour une nouvelle approche au moyen de la distinction entre préjudice et dommage », *Annuaire Français de Droit International*, 2013, vol. 59, pp. 223-255.

K. Parlett, « Diplomatic protection and the International Court of Justice », C. J. Tams, J. Sloan (eds.), *The development of international law by the International Court of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 87-106.

¹ V. Pergantis, op. cit., p. 397.

V. Pergantis, « Towards a 'humanization' of diplomatic protection? », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2006, vol. 66, pp. 351-397.

L. Reed, L. Martinez, « Treaty obligations to honor arbitral awards and diplomatic protection », B. R. Doak. Huntington, *Enforcement of arbitral awards against sovereigns*, New York, Jurisnet, 2009, pp. 13-34.

D. Russo, « The injured individual's right to compensation in the law on diplomatic protection », *Rivista di diritto internazionale*, 2016, vol. 99, no.3, pp. 725-748.

A. Tournier, *La protection diplomatique des personnes morales*, Paris : L.G.D.J., 2013, 662p.

S. Touzé, *La protection des droits des nationaux à l'étranger : recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, 513p.

A. Vermeer-Künzli, « Diplomatic protection as a source of human rights law », D. Shelton (ed.), *The Oxford handbook of international human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 250-274.

A. Vermeer-Künzli, « Nationality and diplomatic protection », A. Annoni, S. Forlati (eds.), *The changing role of nationality in international law*, London/New York, Routledge, 2013, pp. 76-95.