

Articles sur la protection diplomatique

par John Dugard

Professeur de droit international

Département de droit public, faculté de droit, Université de Leyde

1. Historique

La codification est une entreprise malaisée quand les sources du droit en la matière sont peu abondantes. Il en va différemment de la protection diplomatique : au moment où la Commission du droit international se lance dans l'entreprise de sa codification, il existe déjà une abondante jurisprudence sur le sujet, étayée par des traités, de précédentes tentatives de codification et la doctrine. À en juger par les sources disponibles, la protection diplomatique est sans doute le sujet, de tous ceux que la Commission a eu à traiter, celui qui se prête le mieux à la codification.

L'origine de la protection diplomatique remonte très loin dans l'histoire du droit international. En 1758, le juriste suisse Emmerich de Vattel en énonce l'idée maîtresse : « Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen » [E. Vattel, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, livre II, chap. VI, p. 309 (Carnegie Institution of Washington, Washington, 1916)]. À la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e, le principe selon lequel l'État a le droit de protéger ses ressortissants lésés à l'étranger s'impose dans les relations entre, d'une part, les États d'Europe occidentale et les États-Unis et, d'autre part, les États d'Amérique latine. Les ressortissants des puissances occidentales, nombreux à l'époque à se rendre en Amérique latine pour exploiter ses ressources naturelles et participer à son essor industriel, entrent souvent en conflit avec les gouvernements instables et imprévisibles de la région au sujet de leurs droits patrimoniaux ou personnels. Ils invoquent alors la protection des États de leur nationalité, qui privilégient tantôt le règlement du litige par la voie de l'arbitrage, tantôt le recours à la force. Naturellement, les procédés peu orthodoxes employés par les puissances occidentales pour défendre les intérêts de leurs nationaux en Amérique latine expliquent que les pays en développement voient la protection diplomatique d'un mauvais œil. Les tribunaux arbitraux, parfois constitués de commissions mixtes de réclamations, contribuent cependant grandement par leur jurisprudence à façonner le droit en la matière. Dans l'entre-deux-guerres, on assiste à plusieurs tentatives de codification des principes de la protection diplomatique ainsi que de certains aspects du droit gouvernant le traitement des étrangers, notamment lors de la conférence de codification de La Haye de 1930. À la même époque, plusieurs ouvrages de référence sont consacrés au sujet, comme notamment l'imposant *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* d'Edwin Borchard (1919).

Après la Seconde Guerre mondiale, deux faits nouveaux viendront influencer le droit de la protection diplomatique. D'une part, la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (1965) et un grand nombre de traités d'investissement bilatéraux contribuent au renforcement de la protection des investissements étrangers. Venus assouplir les règles relatives à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des voies de recours internes, ces traités modifient en profondeur le cadre juridique des

investissements étrangers et permettent de réduire le nombre de demandes de protection diplomatique à l'occasion de contestations relatives à des droits patrimoniaux. D'autre part, avec l'avènement du droit conventionnel des droits de l'homme, l'individu se voit reconnaître des droits opposables non seulement à l'État dont il est le ressortissant mais aussi aux États tiers, et ce, sans que son État de nationalité n'ait à intervenir. Pour beaucoup, cette évolution rend marginale la protection diplomatique.

De nos jours, la protection diplomatique n'est donc plus la seule voie de recours ouverte en droit international à l'individu dont les droits patrimoniaux ou personnels sont illégalement violés à l'étranger par un État dont il n'est pas le ressortissant. Les traités d'investissement bilatéraux garantissent la protection des investissements étrangers, les instruments de défense des droits de l'homme organisant des recours en cas de violations des droits de la personne. La protection diplomatique demeure toutefois un mécanisme de droit international auquel l'État continue de recourir pour veiller à ce que ses ressortissants à l'étranger soient traités de façon équitable. On n'y voit plus guère une institution dont les pays riches se servent à la seule fin de s'immiscer dans les affaires intérieures des pays en développement. De toute évidence, ces derniers n'hésitent pas à s'en prévaloir pour défendre leurs nationaux à l'étranger.

Domaine du droit se constituant de règles relativement bien établies et étayées par une abondante jurisprudence, la protection diplomatique se prête à l'évidence à la codification par la Commission du droit international. Il n'en demeure pas moins que l'existence d'un lien étroit entre responsabilité de l'État et protection diplomatique justifie qu'elle soit considérée à l'origine comme relevant de l'étude de la responsabilité des États. En 1956, le Cubain F. V. Garcia Amador est désigné Rapporteur spécial de la Commission pour le sujet de la responsabilité de l'État. Axés sur les règles primaires gouvernant la responsabilité de l'État à raison des dommages causés à la personne ou aux biens des étrangers, ses travaux, qui envisagent en partie la protection diplomatique, suscitent beaucoup de controverse et échouent à trouver de ce fait un consensus. L'Italien Roberto Ago, qui lui succède dans la fonction de rapporteur spécial, reprend le projet dans son intégralité en renonçant à s'intéresser aux règles primaires de la responsabilité de l'État – celles qui établissent les actions ou omissions donnant prise à la responsabilité de l'État –, pour se borner à en étudier les règles secondaires – celles qui délimitent le cadre de l'exercice de cette responsabilité – relatives notamment à l'attribution d'un comportement à l'État, l'invocation de la responsabilité de l'État ou les conséquences du fait illicite de l'État. L'examen du sujet piétine sous Ago et ses successeurs (et se fourvoie parfois) et il faut attendre 1996 pour voir la Commission du droit international achever l'examen en première lecture d'un projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Projet qu'elle n'adoptera en seconde lecture qu'en 2001, l'Australien James Crawford étant alors Rapporteur spécial. Seule disposition du projet à traiter directement de la protection diplomatique, l'article 44 énonce qu'est seule recevable la demande conforme aux règles relatives à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des voies de recours internes, sans toutefois expliciter la teneur de ces règles. Il n'en reste pas moins que les règles envisagées dans le projet, notamment celles qui concernent l'attribution d'un comportement à l'État ou les recours en réparation d'un fait illicite disponibles sont applicables tant aux préjudices causés aux étrangers qu'aux autres faits internationalement illicites.

Ce n'est qu'au moment où elle est sur le point d'entamer l'examen en seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité de l'État que la Commission du droit international se trouve en mesure de s'intéresser à la protection diplomatique proprement dite. Invitée par l'Assemblée générale à examiner le sujet en 1996, elle nomme en 1997 Rapporteur spécial pour le sujet le Marocain Mohamed Bennouna auquel succédera, à sa démission, le Sud-Africain John Dugard. Ce dernier lui soumet sept rapports. En 2006, elle adopte un ensemble de dix-neuf projets d'articles sur la protection diplomatique. L'Assemblée générale reste à l'heure actuelle saisie de la question de l'adoption d'une convention sur la base de ces projets d'articles.

2. Faits saillants des travaux préparatoires

La distinction entre codification et développement progressif est ténue. Des règles que semble étayer la pratique des États s'avèrent souvent fragiles une fois soumises à l'examen attentif du codificateur. Aussi plusieurs questions, examinées ci-après, ont-elles donné lieu à de longs débats au sein de la Commission du droit international.

A. Emploi de la force

D'aucuns soutiennent que l'État peut recourir à la force dans l'exercice du droit de légitime défense afin de protéger à l'étranger ses ressortissants menacés d'atteinte grave à leur intégrité physique, mais la Commission rejette une proposition tendant à faire de l'emploi de la force l'étape ultime de l'exercice de la protection diplomatique.

B. Tout préjudice causé à la personne l'est à l'État dont elle a la nationalité

La protection diplomatique a de longue date été perçue comme un droit exclusif de l'État au sens où celui-ci l'exerce pour son propre compte parce qu'un préjudice causé à un de ses nationaux est considéré comme un préjudice causé à l'État lui-même. Trouvant son origine dans la proposition de Vattel en 1758 (voir la citation ci-dessus), cette fiction est consacrée par la Cour permanente de Justice internationale dans un arrêt rendu en 1924 dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, dans lequel elle déclare qu'« 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 propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international » (*Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)*, arrêt, C.P.I.J. *Recueil 1924*, série A, n° 2, p. 12). Cette conception de la protection diplomatique repose sur le fait que lorsque le droit international a pris naissance, l'individu n'avait pas sa place dans l'ordre juridique international et il n'avait pas de droits. L'évolution ultérieure dans le domaine des droits de l'homme viendra toutefois remettre en cause le bien-fondé de cet argument. L'individu fait aujourd'hui l'objet de nombreuses règles de droit international, qui le protègent dans son pays, contre son propre gouvernement, et à l'étranger, contre les gouvernements étrangers. La Commission semble-t-elle de ce fait douter de l'opportunité de recourir à la fiction susmentionnée pour justifier l'exercice de la protection diplomatique. Il en résulte que l'article premier du projet d'articles, en laissant en suspens cette question, se limite à définir la protection diplomatique

comme le fait, pour un État dont un national a été lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État, d'invoquer, pour la mettre en œuvre, la responsabilité de ce dernier. .

C. L'exercice de la protection diplomatique : droit ou obligation?

L'État a le droit d'exercer la protection diplomatique. Est-on toutefois en présence d'un pouvoir discrétionnaire, comme le dit la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3), ou d'une obligation qu'il incombe à l'État d'exercer à l'égard de ses nationaux, en particulier lorsque l'atteinte à leurs droits constitue une violation d'une norme du *jus cogens*? Une proposition du Rapporteur spécial, tendant à reconnaître dans cette seconde hypothèse une forme d'obligation à la charge de l'État, aussi limitée soit-elle, est rejetée en première lecture par la Commission. Il n'en reste pas moins que la suggestion de certains États de consacrer une telle obligation telle que figurant dans leurs commentaires sur le projet d'articles adopté en première lecture, donnera naissance à une recommandation dans le projet d'articles adopté en deuxième lecture suivant laquelle tout État est tenu de : « prendre dûment en considération la possibilité d'exercer [l]a protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé » (art. 19). par la suite

D. Lien de rattachement effectif

Dans l'arrêt *Nottebohm*, la Cour internationale de Justice déclare que l'État désireux d'exercer la protection diplomatique d'une personne ayant sa nationalité doit prouver l'existence d'une « solidarité effective d'existence » entre lui et cette personne (*Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4). La CDI, considérant que certains facteurs limitaient la position adoptée dans l'affaire *Nottebohm* aux faits de l'espece, refuse par la suite de prescrire à toute personne physique de prouver, outre sa nationalité, l'existence d'un lien de rattachement effectif entre elle et l'État protecteur.

E. Personnes à multiple nationalité

Si la Commission convient que tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité, les vues divergent cependant quant à savoir si ce principe joue lorsque l'intéressé a également la nationalité de l'État à l'encontre duquel le premier État exerce la protection diplomatique. La question posera problème à l'occasion de différentes affaires devant le Tribunal des différends irano-américains (voir, par exemple, l'affaire n° A/18, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 5 (1984), p. 251). Pour trancher la question, la CDI avalise l'approche suivant laquelle l'État ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à l'encontre d'un État dont celle-ci a également la nationalité que s'il est établi que la nationalité prépondérante de cette personne est celle du premier État en question, tant à la date du préjudice qu'à celle de la présentation officielle de la réclamation.

F. Apatrides et réfugiés

Se plaçant manifestement dans la perspective du développement progressif du droit, la Commission adopte un article donnant à l'État la faculté d'exercer la protection diplomatique de l'apatride ou du réfugié qui a sa « résidence habituelle » sur son territoire (art. 8).

G. État de nationalité d'une société

À l'occasion de la célèbre affaire de la *Barcelona Traction*, la Cour internationale de Justice déclare que le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société appartient à l'État sous les lois duquel la société s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège (affaire de la *Barcelona Traction*, p. 42). Si elle refuse d'appliquer aux sociétés le critère du lien de rattachement effectif résultant de l'affaire *Nottebohm*, la CIJ estime toutefois qu'il doit exister un « lien étroit et permanent » entre l'État protecteur et la société. Par conséquent, la CDI, tout en adoptant le critère selon lequel l'État de nationalité d'une société est l'État sous la loi duquel elle s'est constituée, reconnaît également que si des éléments permettent d'établir dans certaines situations un « lien étroit et permanent » entre la société et un autre État que celui où elle s'est constituée, c'est cet autre État qui sera considéré comme l'État de nationalité.

H. Actionnaires

La société est protégée par son État de nationalité et non par l'État ou les États de nationalité de ses actionnaires. Ce principe est réaffirmé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (p. 34 et 35) : la Cour craint en effet que permettre aux États de nationalité des actionnaires d'exercer leur protection diplomatique ouvre la voie à des réclamations diplomatiques concurrentes (p. 48 et 49). Dans la même affaire (p. 40, 41 et 48), elle admet toutefois deux exceptions à cette règle : premièrement, lorsque la société cesse d'exister dans le pays où elle est constituée; deuxièmement, lorsque l'État où la société est constituée est lui-même responsable du préjudice causé à la société et le seul moyen de protection dont disposent les actionnaires est de faire appel à leur État de nationalité. Trouvant quelque fondement dans des sentences arbitrales et dans les opinions individuelles de certains juges jointes à l'arrêt de la *Barcelona Traction* [p. 72 à 75 (juge Fitzmaurice), 134 (juge Tanaka) et 191 à 193 (juge Jessup)], la seconde exception est au départ contestée au sein de la Commission par une forte minorité avant d'être adoptée.

I. Épuisement des recours internes

À la différence de celles qui gouvernent la nationalité des réclamations, les règles relatives à l'épuisement des recours internes ne suscitent guère de difficultés. De l'avis général, l'épuisement des recours internes est une condition *sine qua non* de l'exercice de la protection diplomatique, sauf le cas où aucun recours interne n'est raisonnablement disponible. Se pose toutefois la question de savoir si cette condition joue en l'absence de lien pertinent entre la personne lésée et l'État responsable du préjudice. On s'accorde à considérer que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque le préjudice résulte d'un dommage transfrontalier causé à l'environnement (comme dans le cas de l'explosion de la centrale nucléaire de Tchernobyl, dont les retombées radioactives sont ressenties jusqu'en Scandinavie)

ou de la destruction d'un aéronef égaré dans l'espace aérien d'un État (comme lorsque la Bulgarie abat un appareil d'El Al entré accidentellement dans son espace aérien).

J. Clause Calvo

À la fin du XIX^e siècle, Carlos Calvo, juriste argentin, préconise que les États d'Amérique latine se mettent à l'abri de l'invocation de la protection diplomatique en obligeant les étrangers à renoncer aux recours internationaux en cas de litiges nés de contrats passés avec l'État hôte. La validité d'une telle clause de renonciation, dite « clause Calvo », est contestée par les puissances occidentales au motif que l'individu ne peut prétendre renoncer à un droit qui appartient à l'État, selon le principe énoncé dans l'affaire *Mavrommatis*. La clause sera néanmoins considérée comme une coutume régionale par les pays d'Amérique latine et consacrée dans la constitution de certains États. La tentative faite par le Rapporteur spécial afin de trouver un compromis venant consacrer d'une certaine manière la clause, au regard notamment des objections susmentionnées au principe *Mavrommatis*, suscite une vigoureuse opposition de la part de certains membres de la Commission et reste sans suite.

3. Résumé des principales dispositions du projet d'articles

Les articles sur la protection diplomatique traitent des règles secondaires de la protection diplomatique. Loin de prétendre décrire la conduite de l'État qui cause préjudice à la personne ou aux biens des étrangers et engage de ce fait sa responsabilité, ils s'intéressent essentiellement à deux questions : la nationalité des réclamations – notamment les conditions de nationalité que l'individu ou la société doit remplir pour bénéficier de la protection de son État de nationalité (art. 3 à 13); et la règle de l'épuisement des voies de recours internes – règle qui doit être satisfaite pour donner prise à la protection diplomatique de l'État –, sa portée et les exceptions envisagées (art. 14 et 15).

L'article 1 définit la protection diplomatique comme l'invocation par un État de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne ayant la nationalité du premier État. Selon l'article 2, l'État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément au projet d'articles. D'après l'article 3, l'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de nationalité.

Les articles 4 à 8 portent sur la nationalité des personnes physiques. Toute personne peut acquérir la nationalité d'un État par sa naissance, par filiation, par naturalisation, à la suite d'une succession d'États ou de toute autre manière non contraire au droit international (art. 4). La personne doit avoir sa nationalité de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation (art. 5). La personne ayant une double ou multiple nationalité peut être protégée par tout État dont elle a la nationalité à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité (art. 6), mais la protection diplomatique ne peut s'exercer à l'encontre d'un État dont cette personne a aussi la nationalité que si la nationalité « prépondérante » est celle de l'État protecteur (art. 7). Aux termes de l'article 8, l'État peut exercer la protection diplomatique à l'égard de l'apatride ou du réfugié qui a sa « résidence légale et habituelle » sur son territoire.

Les articles 9 à 13 sont consacrés à la protection diplomatique des personnes morales. Selon l'article 9, l'État de nationalité d'une société est l'État sous la loi duquel cette société a été constituée. Néanmoins, lorsque la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre État et n'exerce pas d'activités importantes dans l'État où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous deux situés dans un autre État, ce dernier est considéré comme l'État de nationalité. L'État est en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation (art. 10). L'État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique à l'égard desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle s'est constituée, ou que si la société avait la nationalité de l'État responsable du préjudice et si sa constitution dans cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État (art. 11). Quand le fait internationalement illicite d'un État porte directement atteinte aux droits des actionnaires, droits qui sont distincts de ceux de la société, l'État de nationalité desdits actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit (art. 12).

Seuls deux articles sont consacrés à l'épuisement des recours internes. Il résulte de l'article 14 que l'État ne peut prétendre exercer la protection diplomatique avant que tous les recours internes aient été épuisés, les recours internes étant ceux ouverts devant les autorités judiciaires ou administratives. Il résulte également dudit article que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'aux cas dans lesquels l'État demandeur a été « indirectement » lésé, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'une personne ayant sa nationalité. Elle ne joue pas lorsque l'État auteur de la réclamation est directement lésé par le fait illicite d'un autre État. En présence de « réclamations mixtes » comportant des éléments constitutifs d'un préjudice pour l'État et des éléments constitutifs d'un préjudice pour la personne ou les personnes ayant la nationalité de celui-ci, il convient de déterminer lesquels de ces éléments sont « prépondérants » afin d'établir laquelle de l'une ou l'autre contestation doit l'emporter. Traitant des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, l'article 15 envisage les cas où les recours internes n'ont pas à être épuisés. Le principe de l'épuisement des recours internes ne joue pas lorsque les voies de recours sont à l'évidence futiles, c'est-à-dire quand il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles, lorsque l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État défendeur, lorsqu'il n'y a pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État défendeur, ou lorsque l'État défendeur a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.

Diverses autres dispositions viennent préciser que les projets d'articles ne sont censés écarter ou priver d'effet ni les autres procédures organisées par les conventions relatives aux droits de l'homme pour la protection des étrangers lésés dans leurs droits (art. 16), ni les traités d'investissement bilatéraux (art. 17), ni la règle de droit international qui permet à l'État de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice des membres d'équipage lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite (art. 18).

L'article 19 se démarque en ce qu'il adresse un certain nombre de recommandations à l'État concernant l'exercice de la protection diplomatique. Il en ressort que l'État devrait prendre dûment en considération la possibilité d'exercer la

protection diplomatique au profit de ses ressortissants, en particulier en cas de préjudice important, tenir compte des vues de la personne lésée quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer, et transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'État responsable

4. Influence du projet d'articles sur l'évolution ultérieure du droit

Encore qu'il ne revête pas la forme d'un traité, le projet d'articles sur la protection diplomatique est sans contestation considéré de nos jours comme le dernier stade des règles du droit international coutumier en la matière. Ceci étant clairement démontré par, la manière dont la Cour internationale de Justice s'y réfère dans l'affaire *Diallo (Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo))*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 582, par. 39 et 91 à 94) ou encore par l'influence qu'il a eu sur la doctrine [voir, par exemple, C. F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection* (2008)].

La jurisprudence s'intéresse à certaines des questions examinées par la CDI. Ainsi, le tribunal arbitral saisi dans l'affaire *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* (CPA, affaire n° AA 227, p. 199 et 200, par. 551 et 552) déclare qu'une partie n'a pas à prouver qu'elle conservait sa nationalité jusqu'à la date du prononcé de la sentence, car, pour satisfaire à l'exigence de continuité de la nationalité, il lui suffit de prouver qu'elle a possédé sa nationalité de manière continue de la date du préjudice à celle de la présentation officielle de la réclamation. Cette solution suit les articles 5 et 10 de la CDI, au rebours de la sentence rendue dans l'affaire *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (CIRDI, affaire n° ARB (AF)/98/3 (2003), 42 *International Legal Materials* 811, p. 847 à 849), à l'occasion de laquelle le tribunal considère que la nationalité doit rester la même jusqu'au prononcé de la sentence. Dans l'affaire *Diallo*, la Cour internationale de Justice s'arrête sur l'article 11(b) du projet d'articles de la CDI qui autorise l'État de nationalité des actionnaires à protéger lesdits actionnaires dès lors que l'État où la société a été constituée est responsable du préjudice causé à celle-ci et que la constitution de la société dans cet État était une condition requise par ce dernier pour l'exercice d'activités dans le même État, et ce, sans rechercher si cette règle relève ou non du droit international coutumier (*Ahmadou Sadio Diallo*, par. 91 à 93).

La protection diplomatique demeure un élément majeur de l'arsenal juridique dont dispose le ressortissant de tout État lésé à l'étranger. Certes, comme le fait observer la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Diallo* (par. 88), le rôle de la protection diplomatique « s'est estompé », face au règlement des différends relatifs aux investissements, et aux conventions relatives aux droits de l'homme qui organisent désormais des procédures de recours contre l'État responsable de violations des droits des étrangers. Il n'en reste pas moins que, comme il ressort de l'affaire *Diallo*, dans laquelle la République de Guinée avait engagé contre la République démocratique du Congo une action en protection diplomatique à raison du préjudice causé tant à M. Diallo dans sa personne et ses droits au sein d'une société, la protection diplomatique sert de voie de recours subsidiaire. Par ailleurs, l'inefficacité des recours institués par les conventions relatives aux droits de l'homme fait que le particulier lésé ait davantage intérêt à demander la protection de son État de nationalité qu'à chercher à obtenir réparation en saisissant à titre individuel tel ou tel organe de défense des droits de l'homme. Dans la pratique l'étranger lésé demande ainsi avant tout l'assistance de son État de nationalité et

seulement, en cas de refus de celui-ci, il sollicite l'intervention des tribunaux internes dudit État en son nom (en Afrique du Sud, plusieurs tentatives ont été faites pour convaincre le juge interne d'ordonner l'exercice de la protection diplomatique. Voir J. Dugard, *International Law: A South African Perspective*). Faute d'avoir institué un droit à la protection diplomatique au profit du ressortissant d'un État, victime à l'étranger de la violation d'une norme impérative, la Commission échoue à saisir l'occasion qui lui a été présentée d'asseoir cette institution. En conférant au projet d'articles la forme d'un traité, les États seraient-ils sans doute encouragés sur le fondement de l'article 19 du projet et du principe de la « responsabilité de protéger » consacré par l'Assemblée générale dans le Document final du Sommet mondial de 2005 (résolution 60/1 du 16 septembre 2005) relativement aux crimes internationaux graves, de souscrire au droit de la protection diplomatique.

Bibliographie

A. Instruments juridiques

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington, 18 mars 1965

B. Jurisprudence

Concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni), arrêt, *C.P.I.J. Recueil* 1924, série A, n°2

Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1955, p. 4

Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1970, p. 3

Tribunal des différends irano-américains, affaire n° A/18, *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 5 (1984)

The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, CIRDI, affaire n° ARB (AF)/98/3 (2003), 42 *International Legal Materials* 811, p. 847 à 849

Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil* 2007, p. 582

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, CPA, affaire n° AA 227, 30 novembre 2009

C. Documents

Assemblée générale, résolution 60/1 du 16 septembre 2005 (Document final du Sommet mondial de 2005)

D. Doctrine

Amerasinghe, C. F., *Diplomatic Protection* (États-Unis, Oxford University Press, 2008)

Vattel E., *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, livre II, chap. VI, p. 309 (Carnegie Institution of Washington, Washington, 1916).

Borchard E., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (New York, Banks Law Publishing Co., 1919)

Dugard J., *International Law: A South African Perspective*, 4^e éd. (Juta Academic, 2013)