

LA THÉORIE TRADITIONNELLE DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE DES INDIVIDUS EN DROIT INTERNATIONAL ET LA PERSPECTIVE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

Massimo Fragola

Professor of European Union Law University of Calabria, Italy

Abstract

Diplomatic protection consists of the invocation by a State of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility. In this case, the State acts on its own behalf, to protect its rights, on an international level and through diplomatic action or other means of peaceful settlement conducted by diplomatic officials or Government representatives. In the Maastricht Treaty was established the "Citizenship of the European Union", which defined rights and duties for all citizens holding the nationality of a Member States. Among the various provisions which set forth these rights states that every citizen of the Union shall, in the territory of a third country in which the Member State of which he is a national is not represented, be entitled to protection by the diplomatic or consular authorities of any Member State, on the same conditions as the nationals of that State.

Keywords: International Law, EU Law, Diplomatic and Consular Protection, Human Rights, EU Citizenship

Résumé

L'État d'origine peut protéger ses ressortissants lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, pour autant qu'ils aient épuisé les voies de recours internes. Pour que la protection diplomatique soit exercée, il faut que le dommage soit la conséquence d'un comportement de l'État hôte contraire au droit international. Le déni de justice, la privation de liberté sans jugement, l'expropriation discriminatoire ou arbitraire, la nationalisation et la confiscation sans indemnité en sont des

exemples. En outre, un citoyen de l'UE présent dans un pays tiers dans lequel l'État membre auquel il appartient n'est pas représenté peut bénéficier d'une protection de la part des autorités diplomatiques ou consulaires de tout autre État membre de l'UE. Les citoyens européens peuvent bénéficier de cette protection aux mêmes conditions que les ressortissants de cet État.

Mots clés: Droit International, Droit de l'Union européenne, Protection diplomatique e consulaires, Droit individuel et droit fondamental, Citoyenneté de l'Union européenne

1. Introduction sur la protection diplomatique en droit international.

Pour faire une présentation de la discipline objet de ce travail, on peut dire que au fondement de la responsabilité de l'Etat en droit international il y a un fait internationalement illicite⁶⁴. Pour ce qui concerne notre perspective "la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité"⁶⁵. Ce fait internationalement illicite est bien souvent à l'origine d'un dommage pour l'Etat, d'un préjudice, qui peut être simplement juridique mais également matériel. Le mécanisme de la protection diplomatique, à ce titre, est un moyen de mise en œuvre de la responsabilité internationale. Parlant de l'origine de la protection diplomatique c'est Vattel qui, le premier⁶⁶, a conceptualisé et précisé le régime de la protection diplomatique. Le postulat de départ de cette théorie est simple: un dommage subi par le ressortissant d'un Etat (personne privée, physique ou morale) pourra être perçu par l'Etat national de cette personne comme immédiatement subi par lui-même. Par un effet de sa souveraineté l'Etat en question pourra alors demander réparation de ce préjudice subi indirectement, la personne privée étant alors totalement exclue de la procédure (on parle de "novation du litige"). Les personnes privées sont, en effet, incapables juridiquement d'obtenir (directement) réparation dans

⁶⁴ Art. 1er du projet de la Commission de droit international sur la responsabilité de l'Etat pou fait internationalement illicite, (résolution 56/83 de l'Assemblée Général des Nations Unies), 2001. Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de ladite session. Ce rapport, qui contient en outre des commentaires sur les projets d'articles, est reproduit dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*.

⁶⁵ Art. 1er du projet de la Commission de droit international a sa cinquante-huitième session sur la protection diplomatique, Nation Unies, 2006.

⁶⁶ DE VATTEL E., *Les droit des gens*, 1758, cap. VI, 164.

l'ordre international car elles n'en sont pas les sujets de cette système. Cela veut dire que la place de l'individu en droit internationale, jusqu'à aujourd'hui, est encore floue et mal définie. La protection diplomatique tend donc à réparer l'absence de personnalité juridique de l'individu en droit international. Cette construction juridique est un principe bien connu de droit international qui trouve son origine dans l'historique arrêt de la Cour Permanente de Justice Internationale (aujourd'hui "Cour internationale de Justice" l'organe judiciaire principal de l'ONU) dans le cas *Mavrommatis en 1924*⁶⁷, bien connu a les spécialistes de droit internationale. Les appels au secours d'un national à son gouvernement ont alors pour conséquence que l'Etat mettra tout en œuvre, au plan international et dans la mesure du possible, pour prendre fait et cause pour son ressortissant lésé. L'intervention de l'Etat en faveur de son ressortissant a pour but de rétablir la situation, de la rendre identique ou similaire à ce qu'elle était précédemment à l'outrage subi ou bien de permettre la réparation éventuelle du dommage⁶⁸. Donc, parler de la protection internationale signifie ici parler de la protection de l'individu impliqué de quelque manière que ce soit dans les relations internationales. Dans le droit international nous avons, par suite: a) la *protection diplomatique*, c'est-à-dire, la protection que l'Etat peut assurer à ses nationaux lorsqu'ils ont été lésés par des actes contraires au droit international commis par un Etat étranger et qu'ils n'ont pu obtenir réparation par les voies de droit interne de cet Etat⁶⁹; b) la *protection fonctionnelle*, c'est-à-dire, la protection assurée par une organisation internationale (ONU, OTAN, OIT, etc.) à ses agents (ou à leurs ayant droit) victimes d'un dommage causé par un Etat en violation du droit international⁷⁰. Une fonction particulièrement importante de la mission diplomatique consiste, donc, à protéger les intérêts de l'Etat accréditant sur le territoire de l'Etat accréditaire, ainsi que ceux de ses ressortissants qui s'y trouvent⁷¹.

⁶⁷ CPJI, arrêt du 30 aout 1924, *Concession Mavrommatis en Palestine*, série A, n° 2, p. 12. La formule a été reprise par la même Cour dans une jurisprudence constant: *inter alia*, cf. les arrêts du 12 juillet 1929, *Emprunts serbes*, série A, n° 20-21, p. 17 e du 28 février 1939, *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, serie A/B, n° 76, p. 16.

⁶⁸ Voir BAUCHOT B., *La protection diplomatique des individus en droit international*, Université de Lille II, 2001-2002, 8.

⁶⁹ Pour une liste exhaustive d'application *ratione materiae*, voir BACISEZE KATWANYI J. M., *La protection internationale de l'individu comme sujet du droit international: cas des minorites et des refugies*, <http://www.memoireonline.com>

⁷⁰ KISHIBA FITULA, *Notes de cours de Droit international public : les Organisations internationales*, inédit, L1 Droit, Unilu, 2008, 124. GUILLEN R. et VINCENT J., *Lexique des termes juridiques*, 16è éd., Dalloz, Paris, 2007, 528.

⁷¹ Aujourd'hui, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, entrée en vigueur le 24 avril 1964, en constitue la source principale. En 1963, elle a été complétée par une seconde convention, également signée à Vienne, et relative aux relations consulaires. Il faut préciser que l'expression «relations diplomatiques» recouvre deux concepts différents: les

2. La protection diplomatique se développe: droit interétatique, droit individuel et droit fondamental. Renvoi.

Par suite, la diplomatie a toujours été considéré, dans l'imaginaire collectif, comme la fonction de protection traditionnellement attribuées à l'Etat pour ses ressortissants qui se trouvent à l'étranger⁷². L'exercice de la protection diplomatique suppose non seulement l'existence d'un *lien de nationalité* entre l'Etat et la victime pour qui il prend fait et cause, mais, aussi, la victime ne doit pas commettre d'actes répréhensibles. En outre, les ressortissants étrangers doivent également épuiser toutes les voies de recours internes offertes par les lois de l'Etat auteur de la violation du droit international leur causant préjudice⁷³. L'Etat peut légitimement exiger par les biais de la protection diplomatique à ce que ses nationaux soient traités par les autorités des autres Etats conformément aux obligations que leur impose le droit international⁷⁴. L'exercice de la protection diplomatique est donc intimement liée (en général) à l'existence d'un lien de nationalité entre l'Etat réclamant et l'individu lésé, comme la Cour internationale de Justice à établi dans l'arrêt du 19 décembre 2005 dans l'affaire République démocratique du Congo/Ouganda⁷⁵. Par conséquent, la détermination des critères d'attribution de la nationalité relève de la compétence du droit interne et non du droit international. Les Etats exercent ainsi un véritable pouvoir discrétionnaire dans l'octroi de leur nationalité aux personnes privées⁷⁶. Et la

missions diplomatiques et les missions (poste) consulaires. Les missions diplomatiques englobent tout ce qui a trait aux relations entre Etats: représentation politique de l'Etat accréditant, protection diplomatique, négociation avec l'Etat accréditaire, information du gouvernement de l'Etat accréditaire, promotion des relations amicales, économiques, culturelles et scientifiques. Les fonctions consulaires consistent, *inter alia*, à protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international (Article 5, lett. a) de la Convention consulaire de 1963).

⁷² CONDORELLI L., L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique », in FLAUSS J. F. (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2003, 3.

⁷³ Art. de 20-25 du projet de la Commission de droit international sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, cité précédemment.

⁷⁴ Cf. CPJI, arrêt du 30 août 1924, *Concession Mavrommatis en Palestine*, cité précédemment.

⁷⁵ La Cour a déclaré irrecevable la demande ougandaise tendant à protéger des individus qui auraient subi à l'aéroport de Ndjili un traitement inhumain en ce que, selon la Cour, "il Ouganda non avait pas fourni la preuve que les individus concernée possédaient se nationalité, comme l'exige le droit international général". Sur l'arrêt voir FORLATI S., *Protection diplomatique, droit de l'homme et réclamations "directs" devant la C.I.J., Quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo/Ouganda*, en *Revue générale de droit international public*, Tome 111/2007/1, 89.

⁷⁶ Sur le point voir MANE DASYLVA I., *La protection diplomatique des individus (en droit contemporain)*, Editions universitaires européennes, Saarbrücken, 2012, 24.

position des individu en droit international? Affirmer que l'individu occupait traditionnellement une place subalterne en droit international et que le régime conventionnel des droits de l'homme a contribué à lui donner une place de choix au sein de l'ordre juridique précité, ceci sous entend que le statut du particulier a connu une évolution qu'il convient d'étaler⁷⁷. L'individu, en effet, se révèle à la fois comme *sujet* de droit et comme *objet* de droit qui, *in concreto*, est dépourvu de droits subjectifs et de capacité d'agir pour obtenir la réalisation effective d'une protection internationale dont il jouirait d'un traité conclu entre Etats⁷⁸. On peut alors en déduire que l'ampleur et l'identité concrète des droits et obligations qu'un être se verra attribuer ou acquerra en tant que sujet sont indifférentes à la reconnaissance de cette qualité, qui est préalable. Qui plus est, la personnalité ne doit pas être confondue avec la capacité d'agir, qui n'en est qu'un accident, variable dans son existence comme dans son étendue. La capacité se compose des pouvoirs légaux que l'ordre juridique accorde aux êtres qu'il érige en sujets de droit et grâce auxquels ils exercent une activité légale: c'est parce qu'il est «capable» que le sujet, déjà titulaire de droits et obligations reconnus par le droit objectif, peut s'en créer d'autres par le jeu des actes juridiques dont il est l'auteur et des faits juridiques qui lui sont imputables, et peut faire valoir les uns et les autres par les «actions légales», c'est-à-dire par les voies de droit qui lui sont ouvertes⁷⁹. Mais, une inaptitude à mener activement ces diverses opérations juridiques est compatible avec la personnalité, qui n'est que l'aptitude à être passivement titulaire de droits et d'obligations: le sujet incapable d'agir («incapacité d'exercice», dirait un civiliste) peut être représenté par un autre sujet, agissant non pas dans l'exercice de ses droits propres mais au nom de celui qu'il représente⁸⁰. Certaines de ces règles sont coutumières (interdiction de la piraterie, devoirs des neutres en cas de guerre, etc.), d'autres se sont développées relativement au statut des étrangers et au

⁷⁷ Sans entrer dans les détails, je rappelle en Europe la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) en vertu duquel les Etats membres du Conseil de l'Europe garantissent les droits fondamentaux, civils et politiques, non seulement à leur ressortissants, mais aussi à toutes les personnes relevant de leur juridiction. Signée le 4 novembre 1950 à Rome, la Convention est entrée en vigueur en 1953. Instituée en 1959, la Cour européenne des droits de l'homme est une juridiction internationale compétente pour statuer sur des *requêtes individuelles* ou étatiques alléguant des violations des droits civils et politiques énoncés par la Convention européenne des droits de l'homme.

⁷⁸ Sur ce point la Commission du droit international (CDI) refuse, en 1998, d'entrer en matière, et préfère s'en remettre à la pratique judiciaire qui appréhende l'individu comme étant un « bénéficiaire » du droit international (*Annuaire de la Commission du droit international 1998*, vol. II, § 82, 47).

⁷⁹ COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, 7è éd., Montchrestien, Paris, 2006, 314.

⁸⁰ Récemment BASSU A., *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica*, Milano, 2008, 59ss.

commerce international. Un autre progrès est l'acceptation de la règle que les individus peuvent avoir des droits contre leur propre Etat (règle de non discrimination dans un Etat à population hétérogène, protection des minorités, ...) et, finalement la protection généralisée des droits de l'homme après 1945 (fondation de l'ONU)⁸¹. Nombreuses sont les conventions qui, non seulement reconnaissent directement les droits de l'homme aux particuliers, mais en assurent aussi la protection. Il s'agit notamment de beaucoup des conventions, *inter alia*, relative au statut des réfugiés, sur les droits politiques de la femme, les Pactes internationaux relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ONU), la précité CEDH et beaucoup d'autre⁸². Si dans la première phase on accordait certains droits aux individus, la réalisation de ces droits dépendait cependant de la volonté des Etats, par l'intermédiaire de la réclamation diplomatique. Et ce avec comme conséquence de faire du litige intéressant un particulier un débat interétatique. La deuxième phase consiste à ce que les tribunaux de l'Etat «coupable» sanctionnent eux-mêmes les règles de protection des individus. C'est le cas, par exemple, de la CEDH (e de sa Cour) qui a posé des règles applicables par les autorités de l'Etat et les tribunaux nationaux, dans le cadre du système juridique que chaque pays établit pour lui-même⁸³. En droit international, ce n'est que petit à petit que les particuliers accèdent au statut de sujets, il faudra encore une longue évolution avant que l'on puisse parler des particuliers en tant que sujets véritables de ce droit. Leur statut, en effet, est encore imparfait : d'une part, ils ne peuvent pas créer des règles, des normes de droit international et d'autre part, ce droit leur accorde certains droits et certaines obligations. Nonobstant le fait pour les Etats d'accorder à l'individu un statut de plus en plus d'effet en droit international, nous remarquons que ce dernier régit, non pas exclusivement mais principalement, les relations où les souverainetés étatiques sont impliquées⁸⁴. Complémentaire de la protection internationale des droits de l'homme, la protection diplomatique est donc un instrument utile pouvant être employé par les États pour la défense de leurs ressortissants et peut servir à faire

⁸¹ En ce sens, par exemple, TOMUSCHAT C., *Human Rights: Between Idealism and Realism*, in *The Collected Courses of the Academy of European Law*, 2003, vol. XIII/1, 218 ; COHEN-JONATHAN G., *La responsabilité internationale pour atteinte aux droits de l'homme: sur quelques tendances récentes*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, 675ss.

⁸² BACISEZE KATWANYI J. M., *La protection internationale de l'individu comme sujet du droit international: cas des minorités et des réfugiés*, cit.

⁸³ Sur le point voir CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 441.

⁸⁴ BACISEZE KATWANYI J. M., *La protection internationale de l'individu comme sujet du droit international: cas des minorités et des réfugiés*, cit.

avancer la cause de la protection des droits de l'homme⁸⁵. La thèse des «deux droits» a ainsi le mérite de donner tout son sens au rapport de complémentarité – et non de concurrence – existant entre les deux mécanismes internationaux et de préserver, par la même occasion, leur utilité respective (ce que permet la conception classique de la protection diplomatique), tout en abandonnant la fiction désuète contenue dans l'arrêt *Mavrommatis* (comme le permet la conception moderne). Concernant le fondement philosophique, il convient de rappeler que la protection par l'État national est construite autour de la qualité de citoyen, alors que les droits de l'homme renvoient à la qualité d'individu. C'est pourquoi, conformément à la *thèse mixte*, seule l'action en protection diplomatique vise à faire valoir aussi bien les droits des individus victimes du fait internationalement illicite commis par un État tiers, que le droit propre et distinct de l'État de nationalité à ce qu'un certain traitement soit réservé à ses ressortissants, imposant ainsi «une nouvelle appréciation des rapports entre le particulier et l'État qui agit en sa faveur»⁸⁶. La CIJ appuie cette conception élargie de la protection diplomatique, selon laquelle il peut découler d'un même fait internationalement illicite deux prétentions étroitement liées (individuelle et étatique), dans l'affaire *LaGrand*⁸⁷. Plus tard, l'affaire *Avena*⁸⁸ est l'occasion

⁸⁵ Cette approche se traduit d'ailleurs dans la jurisprudence récente de la CIJ, en particulier dans son arrêt en ce sens exemplaire du 24 mai 2007 relatif à l'affaire *Diallo*, dans le cadre de laquelle la Guinée dit exercer sa protection diplomatique en faveur de son national à raison de la violation de trois catégories de droits : ses droits individuels en tant que personne, ses droits propres d'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, et les droits desdites sociétés. Cet arrêt est l'occasion pour la Cour de constater qu'en «raison de l'évolution matérielle du droit international, au cours de ces dernières décennies, dans le domaine des droits reconnus aux personnes, le champ d'application *ratione materiae* de la protection diplomatique, à l'origine limité aux violations alléguées du standard minimum de traitement des étrangers, s'est étendu par la suite pour inclure notamment les droits de l'homme internationalement garantis» (arrêt *Diallo* § 39). Sur cet arrêt *inter alia* WECKEL P., *Chronique de jurisprudence internationale*, in *RGDIP*, 2007, 705-713; ALVAREZ-JIMENEZ A., *Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case*, in *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, 2008, 437-454.

⁸⁶ DUPUY P.M., *Sur les rapports entre sujets et "acteurs" en droit international contemporain*, in *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003, 261ss.; et FORLATI S., *Protection diplomatique, droits de l'homme et réclamations "directes" devant la Cour internationale de Justice. Quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo/Ouganda*, *RGDIP*, 2007, 100.

⁸⁷ Arrêt du 27 juin 2001, CIJ Recueil 2001, 482ss. Sur cet arrêt, nous renvoyons en particulier aux commentaires de DOMINICE C., *Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt LaGrand*, in *El derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al professor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Éd. Trotta, Madrid, 2002, 233-242; MATRINGE J., *L'arrêt de la Cour internationale de la justice dans l'affaire*

pour la Cour, tout en s'inscrivant dans la même perspective générale, d'aller plus loin en mettant en exergue «l'interdépendance» des droits de l'État et des droits de l'individu (dans le contexte identique de la dénonciation d'une violation de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires). Dans les deux cas, l'immédiateté et l'opposabilité de droits individuels d'origine internationale est reconnue⁸⁹. Et dans cette perspective la CDI affirme de surcroît qu'en agissant dans le cadre de la protection diplomatique, l'État «ne fait pas *seulement* valoir son propre droit»⁹⁰, qui laisse penser que la CDI adopte la «thèse des deux droits», car le texte de l'article 1er du projet de 2006 n'en laisse en revanche rien transparaître. Le projet de 2006 abandonne donc la conception classique de l'institution et reflète, pour le moins, un mouvement général qui tend vers la prise en considération de plus en plus marquée des droits individuels.

3. Aperçu sur le droit international des droits de l'homme: le Conseil de l'Europe. Développer le droit et la politique des droits de l'homme.

Avec le Conseil de l'Europe nous entrons au contraire dans l'ère des réalisations. Dans une société plus restreinte dont les 47 Etat Membres, qu'ils ne comprennent, on le sait, qu'une (important) partie de l'Europe, sont liés par des traditions et des idées communes, tout un patrimoine moral et culturel commun qu'ils veulent sauvegarder (art. 1, al. 1^{er} du Statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949), il était plus facile de prévoir sur le plan pratique, des garanties efficaces aux droits de l'homme. A pour objectif de

LaGrand (Allemagne contre États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001, cet Annuaire 2002, 215-256 ; PINTO M., *De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme*, in RGDIP, 2002, 513ss. ; RUIZ FABRI H./SOREL J.M., *Note sous Cour Internationale de Justice, 27 juin 2001, Allemagne contre États-Unis d'Amérique, affaire LaGrand*, JDI, 2002, 843ss.

⁸⁸ Arrêt du 31 mars 2004, *Avena et autres ressortissants mexicains*, CIJ Recueil 2004 (§ 40). BENLOLO-CARABOT M., *L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique) du 31 mars 2004*, cet Annuaire, 2004, 259ss.; WECKEL P., *Chronique internationale de jurisprudence*, RGDIP, 2004, 731; RUIZ FABRI H./SOREL J.M., *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c/États-Unis d'Amérique) – Arrêt du 31 mars 2004*, JDI, 2005, 881ss.

⁸⁹ TOUZE S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Paris, Pedone, 2007, 221. C'est précisément en se référant à ces affaires que la CDI, dans ses commentaires du projet d'articles de 2006, constate deux choses: d'abord, que «l'individu fait l'objet de nombreuses règles primaires du droit international, coutumier ou conventionnel, qui le protègent dans son pays, contre son propre gouvernement, et à l'étranger, contre les gouvernements étrangers»; ensuite, que des «droits individuels en vertu du droit international peuvent aussi naître en dehors du cadre des droits de l'homme», et qu'une «clause de sauvegarde a été insérée dans les articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite – l'article 33 – pour tenir compte de cette évolution».

⁹⁰ Commentaire de l'article 1er du projet de 2006 (§ 3); nous soulignons.

favoriser en Europe un espace démocratique et juridique commun, organisé autour de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et d'autres textes de référence sur la protection de l'individu. Fondements d'une société tolérante et civilisée, ces valeurs sont indispensables à la stabilité, à la croissance économique et à la cohésion sociale du continent. Elles nous guident dans la recherche de solutions communes aux principaux problèmes : terrorisme, criminalité organisée et corruption, cybercriminalité, bioéthique et clonage, racisme et préjugés, violences à l'égard des femmes et des enfants, et traite des êtres humains. La coopération de tous les Etats membres est le seul moyen de régler les grandes questions de notre temps. Développer le droit et la politique des droits de l'homme au niveau européen est essentiel afin d'assurer la pleine et efficace protection des droits de l'homme et la prévention des violations dans nos sociétés en constante évolution. Le Conseil de l'Europe a un rôle de pionnier unique dans ce domaine et un avantage compétitif par rapport à d'autres organisations internationales ce qui lui a permis d'atteindre des résultats particulièrement ambitieux à l'échelle paneuropéenne. Ceci est visible à travers les conventions, recommandations, directives et déclarations adoptées - même récemment – en matière de droits de l'homme et par la constante intégration de la dimension des droits de l'homme dans toutes les normes du Conseil de l'Europe qui s'y prêtent. La Division du droit et de politique des droits de l'homme est responsable du secrétariat d'un certain nombre de comités intergouvernementaux chargés de la préparation d'instruments juridiques contraignants et non contraignants tels que des conventions et des recommandations dans le domaine des droits de l'homme établies sous l'autorité du CDDH. Dans la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme développe une jurisprudence constructive et évolutive, basée sur une interprétation téléologique de la Convention et sur la notion de l'effet utile de ses dispositions. L'adaptation des législations internes aux normes de la Convention, ainsi que les répercussions de la jurisprudence de la Cour sur les ordres juridiques nationaux, contribuent à la consolidation d'un véritable droit européen des droits de l'homme. L'obtention d'un niveau de protection minimum, commun à tous les États parties à la Convention, permet à la Cour de qualifier la Convention d'«instrument constitutionnel de l'ordre public européen». Selon l'article 55 CEDH, les États contractants renoncent à d'autres modes de règlement des différends pour les litiges nés de l'interprétation ou de l'application de la convention: ils admettent comme seul mode de règlement ceux prévus par cette dernière. Cette renonciation est généralement comprise comme ne concernant que les seuls modes de règlement des différends à caractère consensuel ou/et conventionnel. L'État partie demeurerait donc libre de recourir à l'exercice de la protection diplomatique au profit des nationaux victimes d'une violation de la

convention: en effet les caractéristiques intrinsèques de la CEDH n'établissent pas un régime «auto-suffisant» soustrait à l'emprise du droit international général⁹¹. Ce qui explique sans doute que le projet d'articles de la Commission de droit international relatif à la protection diplomatique ait considéré que l'existence de voies de recours internationales en matière de protection des droits de l'homme n'avait aucune incidence sur le droit de réclamation étatique en protection diplomatique. La Cour de Strasbourg contribue à réflexivité des normes extérieures qu'elle prend en considération aux fins d'interprétation de la convention. D'une part, elle est amenée à donner, non pas formellement mais en substance, une portée contraignante à des dispositions qui statutairement en sont dépourvues. D'autre part, et surtout, elle n'hésite pas, par l'intermédiaire de l'interprétation de la convention, à opposer à l'Etat défendeur des prescriptions conventionnelles auxquelles ce dernier n'a pas souscrit⁹² ou encore à donner effectivité dans l'ordre juridique national à une convention qui n'avait pas encore été introduites dans celui-ci. Par voie de conséquence, la Cour européenne non seulement bouscule le jeu normal du droit des traités, mais s'érige également indirectement en gardien de l'application nationale du droit conventionnel d'une organisation internationale universelle.

4. Les spécificités de la protection diplomatique et consulaire en droit de l'Union Européenne.

Dans le droit de l'Union européenne la protection diplomatique e consulaire a engagé une perspective véritablement intéressante. D'un coté comme droit de citoyenneté de l'Union, de l'autre coté comme droit fondamentaux. Et encore, comme expression tangible de la politique internationale de l'UE⁹³.

⁹¹ FLAUSS J-F., *Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique*, in *Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, volume I, 837-838.

⁹² Sur ce point, voy. les arrêts du 21 février 2006, *Turen Haber Sen et Cinar* et du 21 novembre 2006, *Demir et Baykara*, précités. Dans ces deux espèces, l'interprétation retenue de l'article 11 de la convention aboutit *de facto* à rendre opposables à la Turquie la teneur des articles 5 et 6 de la charte sociale européenne, auxquels elle n'a pas souscrit. Un tel scénario n'est pas inédit dans la jurisprudence de la Cour européenne: il a été, *mutatis mutandis*, mis en œuvre dans l'arrêt du 16 novembre 2004, *Taskin c. Turquie* à propos de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. Sur le point FLAUSS J-F., *Le droit à un environnement sain, entre juridicisation et justiciabilisation*, *Annuaire international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, vol. 1, 2006, 541-542.

⁹³ Sur ce aspect je renvoie *inter alia* à M. FRAGOLA, *Protezione diplomatica dei cittadini e politica estera dell'Unione europea*, en *La Cittadinanza europea*, n. 2-2013, Boulogne, Franco Angeli, 59.

Donc une perspective tricéphale.

En effet, tous les deux traité après Lisbonne - sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne – prévoit certain dispositions très approprié. Le droit à la protection diplomatique et consulaire fait partie des droits découlant de la citoyenneté de l'Union, concept créé par le traité de Maastricht (avant de Lisbonne articles 17 à 22 du TCE)⁹⁴. Mais le même droit à la protection diplomatique et consulaire fait partie aussi de la Charte des droit fondamentaux de l'Union européenne (Article 46⁹⁵).

Aujourd'hui, dans le nouveaux traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, nous trouvons dans la Deuxième Partie la règlementation général de la citoyenneté, en particulier l'article 23 règle le droit à la protection diplomatique e consulaire⁹⁶.

Le libellé de l'article 23 est identique à celui de l'article 46 de la Charte des droits fondamentaux⁹⁷, avec la seul différence lexical entre "nationaux" et "ressortissant".

De plus, la décision (*sui generis*) n. 553/CE du 19 décembre 1995 des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil concernant la protection des citoyens de l'Union européenne par les représentations diplomatiques et consulaires met en œuvre l'article 20 du TCE⁹⁸. Ainsi, selon la décision, la protection comprend l'assistance en cas de décès, d'accident ou de maladie grave, en cas d'arrestation ou de détention, l'assistance aux victimes de violences, l'aide et le rapatriement des citoyens de l'Union européenne en difficulté.

Parallèlement, jusqu'à aujourd'hui, nous encore attendons la mise en œuvre du nouveaux article 23 TFUE qui à remplacé la norme du traité

⁹⁴ Aujourd'hui dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), Deuxième Partie "Non-discrimination et citoyenneté de l'Union, Article 20-25.

⁹⁵ Avec une formulation assimilable à l'Article 23 TFUE. Article 46 Charte: "Tout citoyen de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État".

⁹⁶ Article 23: "Tout citoyen de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre, dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État. Les États membres prennent les dispositions nécessaires et engagent les négociations internationales requises en vue d'assurer cette protection".

⁹⁷ Pour comparer: "Tout citoyen de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État".

⁹⁸ Décision des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, n. 95/553/CE du 19 décembre 1995, concernant la protection des citoyens de l'Union européenne par les représentations diplomatiques et consulaires, JO n° L314 du 28/12/1995, 73-76.

précédente.

A cet égard je rappelle, cependant, la proposition de Directive du Conseil relative à la protection consulaire des citoyens de l'Union à l'étranger qui a été présenté par la Commission européenne le 12 décembre du 2011 et actuellement encore dans l'iter législatif⁹⁹.

La proposition législative, dès que approuvé, va à remplacer la décision *sui generis* n. 553/CE eu égard au cadre juridique instauré par le traité de Lisbonne avec un acte *typique*, propre de les institutions l'Union européenne¹⁰⁰.

Les dispositions relatives au droit à la protection diplomatique et consulaire sont particulièrement importantes; ce droit apparait en effet comme le seul attribut spécifique réellement novateur, les autres droits spéciaux consacrés par le traité de Maastricht ayant pu être énoncés comme des applications du principe de la liberté de circulation¹⁰¹. Ce droit comporte quelques spécificités par rapport au droit international public général. Alors qu'en règle générale, une personne ne peut recevoir la protection diplomatique ou consulaire que de l'Etat dont elle est un ressortissant, le droit communautaire permet à *tout* citoyen européen d'être protégé par n'importe quel Etat membre à partir du moment où l'Etat membre dont il est ressortissant n'est pas représenté dans l'Etat tiers¹⁰². Dans la mise en œuvre de ce droit, les Etats membres doivent cependant demander le consentement préalable de l'Etat accréditaire, comme prévu par l'article 46 de la Convention de Vienne de 1961, lorsque l'Etat accréditant assume la protection temporaire des intérêts de ressortissants d'un Etat tiers¹⁰³.

Dans le 2011 la Commission européenne a présente au Parlement européenne et au Conseil une communication sur "La protection consulaire des citoyens de l'Union dans les pays tiers: Bilan et perspectives"¹⁰⁴. L'objectif de la communication est de dresser le bilan de la contribution de l'Union européenne à une protection consulaire effective dans les pays tiers, comme annoncé dans le plan d'action 2007-2009¹⁰⁵ de la Commission, et de présenter des perspectives en se fondant sur l'expérience acquise ainsi que sur le nouveau cadre institutionnel. La communication constitue une

⁹⁹ Commission européenne, doc. COM(2011) 881 final; 2011/0432 (CNS).

¹⁰⁰ Aussi pour respecté l'article 7 de la décision n. 553 qui prévoit une révision cinq ans après son entrée en vigueur en 2002.

¹⁰¹ MISSON L.-BERTHE E.-DELREE C.-KAËNS L., *La protection diplomatique et consulaire est-elle un droit fondamental?*, www.scribd.com

¹⁰² Encore MISSON L.-BERTHE E.-DELREE C.-KAËNS L., cit.

¹⁰³ *Ibidem*. Voir aussi le Livre vert de la Commission européenne, du 28 novembre 2006 sur *La protection diplomatique et consulaire du citoyen de l'Union dans les pays tiers*, doc. COM(2006) 712 final, Journal Officiel C 30 du 10.02.2007.

¹⁰⁴ Doc. COM(2011) 149 final, Bruxelles le 23.3.2011.

¹⁰⁵ Doc. COM(2007) 767 final.

première réponse au Conseil européen qui, le 2 décembre 2009, dans le programme de Stockholm, avait invité la Commission à «se pencher sur les mesures appropriées en vue de mettre en place la coordination et la coopération nécessaires pour faciliter la protection consulaire conformément à l'article 23 du traité sur le fonctionnement de l'UE»¹⁰⁶.

Donc, conformément au traité de Lisbonne, la compétence de l'Union pour adopter des actes législatifs sur la protection consulaire des citoyens de l'Union non représentés est conférée par l'article 23, second alinéa, du TFUE. En vertu de cette disposition, le Conseil peut adopter des directives établissant les mesures de coordination et de coopération nécessaires pour faciliter la protection des citoyens de l'Union non représentés. Cette disposition s'applique à l'ensemble des États membres.

Dans ce cadre, la proposition de la directive du Conseil relative à la protection consulaire des citoyens de l'Union à l'étranger constitue une nouveauté et un pas en avant¹⁰⁷.

La proposition précise qu'un citoyen de l'Union doit être considéré comme non représenté notamment lorsqu'une ambassade ou un consulat (aussi honoraire) de son État membre d'origine n'est pas «accessible», c'est-à-dire lorsqu'il est impossible au citoyen de l'Union de s'y rendre et de retourner ensuite à son point de départ (par les moyens de transport habituellement utilisés dans le pays tiers) au cours d'une même journée.

Pour ce qui concerne les formes d'assistance prévu, la protection consulaire comprend des mesures dans les situations comme: a) arrestation ou détention; b) fait d'être victime d'un crime ou d'un délit; c) accident ou maladie graves; d) décès; e) besoin d'aide et de rapatriement en situation de détresse; f) besoin de titres de voyage provisoires¹⁰⁸ (art. 6 proposition); évidemment la liste ne pas restrictive ou péremptoire car l'esprit de la norme est d'interpréter le plus extensive possible.

L'article 16 concerne l' "État pilote". Il s'agit d'une nouveauté intéressante.

Aux fins de la directive, l'"État pilote"¹⁰⁹ est un État membre dans un pays tiers donné, chargé de coordonner et de diriger l'assistance pour ce qui concerne la préparation aux situations de crise et ces situations elles-mêmes, assistance qui comporte un volet spécifique aux citoyens non représentés. Un État membre est désigné État pilote dans un pays tiers déterminé s'il a notifié

¹⁰⁶ Programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûr qui sert et protégé les citoyens, doc. 17024/09 du Conseil du 2 décembre 2009, 11.

¹⁰⁷ Doc. COM(2011) 881 final, Bruxelles le 14.12.2011.

¹⁰⁸ Ainsi que le prévoit la décision 96/409/PESC des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, concernant l'établissement d'un titre de voyage provisoire, JO L 168 du 16.7.1996, 4.

¹⁰⁹ Ou États pilotes.

son intention par le réseau de communication sécurisé existant. Dans le cadre de la préparation aux situations de crise, l'État pilote veille à ce que les citoyens non représentés soient dûment pris en compte dans la planification d'urgence des ambassades et consulats, à ce que les plans d'urgence soient compatibles et à ce que les ambassades et consulats ainsi que les délégations de l'Union soient dûment informés de ces arrangements. En cas de crise, le ou les États pilotes, ou l'État membre qui coordonne l'assistance, est(sont) chargé(s) de coordonner et de diriger les opérations d'assistance et de regroupement pour les citoyens non représentés et, si nécessaire, d'organiser l'évacuation vers un lieu sûr avec l'appui des autres États membres concernés. Il(s) met(tent) également en place un point de contact pour les États membres non représentés, grâce auquel ceux-ci peuvent recevoir des informations sur leurs ressortissants et coordonner les mesures d'assistance requises. Si nécessaire, le ou les États pilotes, ou l'État membre qui coordonne l'assistance aux citoyens non représentés, peut(peuvent) solliciter l'appui d'instruments tels que le mécanisme de protection civile de l'UE et les structures de gestion de crise du Service européen pour l'action extérieure.

Pour aller à la fin de cette travaille une conclusion semble approprié.

Tout citoyen de l'Union qui voyage ou réside dans un pays tiers dans lequel l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté a le droit de bénéficier, en vertu des traités de l'UE, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État. Le droit d'obtenir la protection consulaire d'un État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de celui-ci est l'un des droits spécifiques que le traité confère aux citoyens de l'Union. Il ajoute une dimension extérieure au concept de citoyenneté de l'Union. Il renforce l'idée d'une solidarité européenne et l'identité de l'Union dans les pays tiers. Pour renforcer cette application effective, la Commission considère que des efforts accrus sont nécessaires pour: sensibiliser les citoyens au droit qui leur est conféré de s'adresser aux ambassades/consulats d'autres États membres que le leur, aux modes d'accès à ces services, ainsi qu'au type d'aide pouvant être offerte; sensibiliser les agents consulaires nationaux à la dimension européenne de la protection consulaire; accroître la sécurité juridique en ce qui concerne la portée du droit à la protection consulaire, ainsi que les conditions et les procédures y afférentes; améliorer le partage des charges et l'utilisation des ressources, notamment en situation de crise¹¹⁰.

¹¹⁰ Voir la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur La protection consulaire des citoyens de l'Union dans les pays tiers: Bilan et perspectives, doc. COM(2011) 149 final du 23.3.2011.

Les législations des États membres en matière consulaire présentent des différences. Le niveau de protection offert peut fluctuer en fonction de l'État membre auquel un citoyen de l'Union décide de s'adresser. Ces disparités peuvent compliquer la coopération et la coordination assurées par les autorités consulaires et diplomatiques. La sécurité juridique et la prévisibilité offertes aux citoyens de l'Union à l'étranger devraient être une préoccupation de premier plan.

Il conviendrait de clarifier l'étendue de la protection consulaire des citoyens de l'Union non représentés et les conditions prévues par la directive, ainsi que de simplifier les procédures que les autorités consulaires et diplomatiques appliquent entre elles.

Mais la négociation paraît difficile et le cheminement législatif encore en haute mer.

References:

Misson L.-Berthe E.-Delree C.-Kaëns L., La protection diplomatique et consulaire est-elle un droit fondamental?, www.scribd.com

FLAUSS J-F., Contentieux européen des droits de l'homme et protection diplomatique, in Libertés, justice, tolérance, Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan, Bruxelles, Bruylant, 2004, volume I, 837-838.

TOUZE S., La protection des droits des nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique, Paris, Pedone, 2007, 221.

DOMINICE C., Responsabilité internationale et protection diplomatique selon l'arrêt LaGrand, in El derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al professor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, Éd. Trotta, Madrid, 2002, 233-242.

MATRINCE J., L'arrêt de la Cour internationale de la justice dans l'affaire LaGrand (Allemagne contre États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001, cet Annuaire 2002, 215-256.

PINTO M., De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme, in RGDIP, 2002, 513ss.

RUIZ FABRI H./SOREL J.M., Note sous Cour Internationale de Justice, 27 juin 2001, Allemagne contre États-Unis d'Amérique, affaire LaGrand, JDI, 2002, 843ss.

WECKEL P., Chronique de jurisprudence internationale, in RGDIP, 2007, 705-713;.

ALVAREZ-JIMENEZ A., Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case, in North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation, 2008, 437-454.

DUPUY P.M., Sur les rapports entre sujets et “acteurs” en droit international contemporain, in *Man’s Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003, 261ss.;

FORLATI S., Protection diplomatique, droits de l’homme et réclamations “directes” devant la Cour internationale de Justice. Quelques réflexions en marge de l’arrêt Congo/Ouganda, *RGDIP*, 2007, 100.

BENLOLO-CARABOT M., L’arrêt de la Cour internationale de Justice dans l’affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d’Amérique) du 31 mars 2004, cet *Annuaire*, 2004, 259ss.

RUIZ FABRI H./SOREL J.M., Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c/États-Unis d’Amérique) – Arrêt du 31 mars 2004, *JDI*, 2005, 881ss.

COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, 7è éd., Montchrestien, Paris, 2006, 314.

BASSU A., *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica*, Milano, 2008, 59ss.

TOMUSCHAT C., *Human Rights: Between Idealism and Realism*, in *The Collected Courses of the Academy of European Law*, 2003, vol. XIII/1, 218.

COHEN-JONATHAN G., La responsabilité internationale pour atteinte aux droits de l’homme: sur quelques tendances récentes, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, 675ss.

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 441.

MANE DASYLVA I., *La protection diplomatique des individus (en droit contemporain)*, Editions universitaires européennes, Saarbrücken, 2012, 24.

CONDORELLI L., L’évolution du champ d’application de la protection diplomatique », in FLAUSS J. F. (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2003, 3.

KISHIBA FITULA, Notes de cours de Droit international public : les Organisations internationales, inédit, *L1 Droit*, Unilu, 2008, 124.

GUILLEN R. et VINCENT J., *Lexique des termes juridiques*, 16è éd., Dalloz, Paris, 2007, 528.

BACISEZE KATWANYI J. M., *La protection internationale de l’individu comme sujet du droit international: cas des minorites et des refugies*, <http://www.memoireonline.com>

BAUCHOT B., *La protection diplomatique des individus en droit international*, Université de Lille II, 2001-2002, 8.

DE VATTEL E., *Les droit des gens*, 1758, cap. VI, 164.