

LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (C.I.J.)

Par Antoine Ollivier*
et Pierre-Olivier Savoie**

Introduction

Durant les six premiers mois de l'année 2004, l'activité de la Cour a été relativement calme. Aucune nouvelle affaire n'a été enregistrée lors de cette période, ce qui n'était pas arrivé depuis l'année 2000. Le 1^{er} juillet, le rôle de la Cour comptait donc vingt-deux affaires, le même nombre que durant la période précédente¹.

Un nouvel État a déposé une déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de l'article 36 (2) du *Statut* de la Cour internationale de Justice². Cette déclaration de la Slovaquie, le 28 mai 2004, porte à soixante-quatre le nombre de ces déclarations³.

Un seul arrêt a été rendu durant ce premier semestre, *Avena et autres ressortissants mexicains*. Ce dernier fera donc l'objet d'un commentaire, ainsi que l'arrêt des *plates-formes pétrolières* rendu en novembre 2003 mais qui n'avait pas été abordé dans l'édition précédente de cette *Chronique de règlement pacifique des différends internationaux*.

Julien Fouret et Mario Prost

I. *Avena et autres ressortissants mexicains* (États-Unis du Mexique c. États-Unis d'Amérique), C.I.J., arrêt du 31 mars 2004

Un rapide examen des faits à l'origine de l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*⁴ et du jugement rendu par la Cour internationale de Justice le 31 mars 2004 pourrait laisser penser qu'il s'agit d'une répétition de l'affaire *LaGrand*⁵. Comme en 2001, les États-Unis d'Amérique (ci-après « les États-Unis »)

* Attaché temporaire d'enseignement et de recherche en droit public à l'université Paris X – Nanterre et prépare actuellement une thèse de doctorat en droit international public ; D.E.A. en droit des relations économiques, internationales et communautaires (université Paris X – Nanterre) ; LL.M.-*Magister Legum* (université de Potsdam, Allemagne).

** Étudiant en droit (B.C.L. / LL.B. 2005) – Faculté de droit de l'université McGill.

¹ Pour obtenir la liste des affaires pendantes, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org/cijwww/caffairespendantes.htm>>.

² *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org/cijwww/cpublications/cdocumentbase/cbasictext/cbasicstatute.html>>.

³ Pour voir la liste des États et leurs déclarations, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocumentbase/cbasicdeclarations.htm>>.

⁴ *Avena et autres ressortissants mexicains* (États-Unis du Mexique c. États-Unis d'Amérique), [2004] C.I.J. [Avena], en ligne (ainsi que les pièces de procédure citées *infra*) : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org>>.

⁵ *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), [2001] C.I.J. rec. 466 [LaGrand].

sont jugés responsables de la violation de la *Convention de Vienne* de 1963 sur les relations consulaires (ci-après la *Convention de Vienne*)⁶ pour des procédures pénales qui se sont déroulées dans différents États fédérés et qui ont abouti à la condamnation à mort de ressortissants étrangers. Une lecture plus attentive témoigne des enseignements à titre de questionnements nouveaux qu'il est possible de tirer de cette seconde affaire. Au-delà du jugement réitéré de la Cour sur la pratique américaine relative à la *Convention de Vienne* et des précisions apportées concernant le mécanisme de la protection consulaire en vertu de ce texte, l'arrêt du 31 mars 2004 soulève des questions fondamentales pour le droit international général.

La requête introduite le 9 janvier 2003 par les États-Unis du Mexique (ci-après « le Mexique ») devant la Cour internationale de Justice (ci-après la « Cour ») se fonde sur la violation par les autorités judiciaires américaines des dispositions de la *Convention de Vienne* sur les relations consulaires à l'égard de cinquante-deux ressortissants mexicains se trouvant dans le couloir de la mort⁸. Les conclusions finales mexicaines consistent ainsi, principalement, à demander à la Cour de dire et juger que les États-Unis :

en arrêtant, détenant, jugeant, déclarant coupables et condamnant les cinquante-deux ressortissants mexicains se trouvant dans le couloir de la mort [...] ont violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet État d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants par le fait qu'ils n'ont pas informé, sans retard, les cinquante-deux ressortissants mexicains après leur arrestation du droit à la notification et à l'accès aux autorités consulaires qui était le leur en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, qu'ils ont privé le Mexique de son droit d'accorder sa protection consulaire et privé les cinquante-deux ressortissants mexicains de leur droit de bénéficier de la protection que le Mexique leur aurait accordée conformément aux alinéas a) et c) du paragraphe 1 de l'article 36 de la *Convention*.⁹

⁶ *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, 24 avril 1963, 596 R.T.N.U. 261.

⁷ *Ibid.*

⁸ Initialement, les cas de cinquante-quatre ressortissants mexicains étaient soulevés dans la requête. Au cours de la procédure écrite, le Mexique a souhaité y adjoindre le cas de deux autres de ses ressortissants condamnés après le dépôt de la requête, et en soustraire deux autres après avoir constaté que l'un possédait également la nationalité américaine et que l'autre avait bénéficié de l'information consulaire requise par la *Convention de Vienne*. Face à l'objection américaine et « dans le souci de veiller à l'égalité des Parties au cours de la procédure, la Cour [a] décidé de ne pas autoriser la modification par le Mexique de ses conclusions aux fins d'y inclure les deux ressortissants mexicains additionnels ». La Cour a aussi pris note du fait que les États-Unis ne s'opposaient pas au retrait par le Mexique de ces demandes concernant les deux ressortissants visés initialement (*infra* note 4 au para. 7).

⁹ *Ibid.* au para. 14, point 1 des conclusions présentées à l'issue des plaidoiries orales. L'article 36 est reproduit *infra* B, 2).

En outre, le Mexique estime que les États-Unis :

ont violé les obligations qui leur incombent en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de la *Convention de Vienne* en ne permettant pas un réexamen et une révision véritables et effectifs des verdicts de culpabilité et des peines entachées d'une violation du paragraphe 1 de l'article 36, en substituant à ce réexamen et cette révision des procédures de grâce ainsi qu'en appliquant la doctrine de la carence procédurale (*procedural default*) ou d'autres doctrines de droit interne qui n'attachent pas de portée juridique à la violation du paragraphe 1 de l'article 36 en tant que telle.¹⁰

En conséquence, et pour les dommages subis, le Mexique exige des États-Unis une réparation intégrale sous forme de restitution, c'est-à-dire qu'ils annulent ou privent de tout effet les jugements rendus et les peines prononcées¹¹. À défaut, le Mexique demande que ces verdicts de culpabilité et peines prononcées fassent l'objet d'un « réexamen et [d']une révision véritables et effectifs », à l'exclusion des procédures en grâce. Enfin, le demandeur prie la Cour de dire et juger que les États-Unis doivent cesser leurs violations de l'article 36 « à l'égard du Mexique et de ses cinquante-deux ressortissants » et fournir des assurances et garanties de non-répétition¹².

L'affaire est rapidement en état d'être jugée, à l'issue d'un seul échange de pièces écrites, et l'arrêt sur le fond intervient un peu plus d'un an après le dépôt de la requête¹³. La célérité de la procédure s'explique notamment par le fait que les États-Unis n'ont pas déposé d'exception préliminaire ayant pour effet de suspendre la procédure sur le fond. Le Mexique tente d'en tirer profit en opposant une forme de forclusion aux défendeurs sur la base de l'article 79 du *Règlement de la Cour*¹⁴. Selon cette disposition, consacrée aux exceptions préliminaires,

[t]oute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête [...] sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive doit être présentée par écrit dès que possible, et au plus tard trois mois après le dépôt du mémoire.

Les États-Unis font valoir, à l'encontre de l'argumentation mexicaine, qu'ils s'étaient expressément réservés, lors de la phase de la procédure relative aux mesures conservatoires, le droit de contester la compétence de la Cour et que les parties avaient convenu qu'il n'y aurait qu'un seul tour de plaidoirie. La Cour rejette

¹⁰ *Ibid.*, point 3 des conclusions finales mexicaines.

¹¹ *Ibid.*, points 4-7 des conclusions finales mexicaines.

¹² *Ibid.*, point 8 des conclusions finales mexicaines : « fournir des garanties et assurances appropriées qu'ils prendront des mesures suffisantes pour faire plus largement respecter le paragraphe 1 de l'article 32 et assurer le respect du paragraphe 2 ».

¹³ Entre-temps, une ordonnance en indication de mesures conservatoires a été rendue par la Cour, à la demande du Mexique, le 5 février 2003. Sur cette phase de l'affaire, voir le commentaire dans Julien Fouret et Mario Prost, dir., « Chronique de règlement pacifique des différends », (2003) 16.1 R.Q.D.I. 125 à la p. 139.

¹⁴ *Règlement de la Cour internationale de Justice*, en ligne : C.I.J. <http://www.icj-cij.org/cijwww/cpublications/cdocumentbase/cbasictext/cbasicrulesofcourt_20001205.html>.

l'objection mexicaine et accepte d'examiner les exceptions soulevées par les États-Unis¹⁵. Elle ne fait pas sienne, pour autant, la thèse américaine sur ce point et rappelle ainsi le caractère indisponible de ses règles de procédure. Elle souligne en effet que « les parties aux affaires dont elle est saisie ne sauraient, sous prétexte de 'réserver leur droit' de prendre telle ou telle décision de procédure, soustraire ces décisions à l'application des dispositions du *Statut* et du *Règlement* »¹⁶. La Cour relève que le délai prévu par son *Règlement* pour le dépôt d'exceptions d'incompétence ou d'irrecevabilité ne concerne que celles sur lesquelles « le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive », soit les exceptions préliminaires. Toutefois, « hors de cette hypothèse, une partie qui n'utilise pas de la procédure prévue à l'article 79 [...] n'en peut pas moins faire valoir [ses exceptions] en même temps que ses arguments au fond »¹⁷.

Comme l'indiquent les développements ultérieurs de l'arrêt, certaines exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité, bien que traitées *in limine*, relèvent, de par leur nature, du fond de l'affaire. Elles apparaissent surtout comme des « fausses questions », liées au contexte général de l'affaire, et sur lesquelles la Cour évite de se prononcer (A). Le traitement des exceptions revêtues d'un caractère réellement procédural n'en présente pas moins d'intérêt. C'est en effet sous ce prisme que la nature juridique des demandes mexicaines est analysée par la Cour et que les questions liées à la protection diplomatique seront examinées (B). La Cour, après avoir établi la responsabilité des États-Unis, précise en outre les conséquences que le droit international attache aux faits internationalement illicites constatés (C).

A. La délimitation négative du cadre de l'affaire *Avena* : indépendance judiciaire des États-Unis et protection des droits de la personne

Le fondement général de la requête mexicaine n'est pas contesté par les États-Unis. Déposée sur la base de l'article 36 (1) du *Statut* de la Cour, elle s'appuie sur le protocole de signature facultative concernant le règlement des différends accompagnant la *Convention de Vienne*. Selon l'article premier du *Protocole de signature facultative*¹⁸, « [l]es différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la *Convention* relèvent de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice, qui, à ce titre, pourra être saisie par une requête de toute partie au différend qui sera elle-même partie au présent protocole ». Sur plusieurs points de la requête

¹⁵ En sens contraire, *Avena*, *supra* note 4, opinion individuelle du juge Parra-Aranguren, aux paras. 2 à 4.

¹⁶ *Avena*, *supra* note 4 au para. 24. Voir l'*Affaire de l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, [1993] C.I.J. rec. 325 à la p. 338 au para. 28. Cette réaffirmation de l'autorité des règles de procédure est sensible dans certaines décisions récentes de la Cour. Voir par exemple l'*Affaire de la demande de révision de l'arrêt du 11 septembre 1992 et l'Affaire du différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (Salvador/Honduras ; Nicaragua intervenant) (El Salvador c. Honduras)* [2003] C.I.J., Chambre, au para. 21, en ligne : <<http://www.icj-cij.org>>, et notre commentaire dans cette Revue au numéro 16.2.

¹⁷ *Avena*, *supra* note 4 au para. 24.

¹⁸ *Protocole des signatures facultatives, Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

mexicaine, pourtant, les États-Unis soulèvent, sans succès, des exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité.

Une première stratégie de défense consiste à contester la possibilité de la Cour de se prononcer sur la requête mexicaine, au motif qu'elle la transformerait en juridiction d'appel en matière pénale et qu'elle porterait atteinte à l'indépendance judiciaire des États-Unis. Dans ce but, ces derniers soulèvent deux exceptions d'incompétence et une exception d'irrecevabilité. Selon la première exception d'incompétence américaine, les demandes du Mexique ne concernent pas, *ratione materiae*, l'interprétation ou l'application de la *Convention de Vienne*. En invitant la Cour à examiner le traitement des ressortissants mexicains dans le système judiciaire américain, le Mexique outrepasserait la compétence de celle-ci. La Cour rejette l'exception en rappelant qu'elle devra, « pour établir s'il y a eu violation de la *Convention*, être à même d'examiner les actes de ces juridictions [internes] au regard du droit international »¹⁹. Rétablissant l'ordre des facteurs, la Cour souligne implicitement que son examen au fond aura comme point de départ les dispositions de la *Convention de Vienne* et non l'ensemble et l'intégralité des procédures pénales engagées contre les ressortissants mexicains²⁰.

Les deux autres exceptions tendant à protéger l'indépendance judiciaire des États-Unis, l'une d'incompétence et l'autre d'irrecevabilité, sont rejetées de façon similaire par la Cour au motif qu'elles relèvent du débat de fond. Ces exceptions visent en particulier les conséquences que le Mexique demande à la Cour d'attacher aux faits illicites allégués. Ainsi, la troisième exception d'incompétence a trait à la revendication par le Mexique de la *restitutio in integrum*²¹. Selon les États-Unis, exiger de leur part des mesures précises, au titre de cette réparation, comme l'annulation des verdicts et des peines, « constituerait une atteinte grave à l'indépendance de leurs juridictions »²². Reformulant l'exception américaine, la Cour rejette « l'argument [...] selon lequel elle [serait] incompétente pour ordonner la *restitutio in integrum* demandée » par le Mexique et rappelle « que s'il est établi qu'elle a compétence pour connaître d'un différend portant sur une question déterminée, elle n'a pas besoin d'une base de compétence distincte pour examiner les remèdes demandés par une partie pour la violation en cause »²³. Dès lors, la question des réparations à octroyer au demandeur doit être examinée au fond car « elle

¹⁹ *Ibid.* au para. 28.

²⁰ *Ibid.* : « La question de savoir jusqu'où [la Cour] peut procéder à [l'examen des procédures engagées] en l'espèce ressortit au fond ». Concernant cet examen au fond, voir *infra* B.

²¹ *Ibid.* au para. 31.

²² *Ibid.* au para. 32.

²³ *Ibid.* au para. 34. Ce principe avait déjà été affirmé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'*Affaire de l'usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, arrêt du 26 juillet 1927 (compétence), [1927] C.P.J.I. (sér. A) n° 9 à la p. 21 [*Usine de Chorzów*] : « les divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant, des divergences relatives à l'application [de ce traité] », et par la Cour elle-même dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis)*, [1986] C.I.J. rec. 14 à la p. 142, para. 283 [*Activités militaires et paramilitaires*] : « en règle générale la compétence pour statuer au fond emporte celle d'accorder réparation ».

ressor[t]au fond du différend» lui-même²⁴. Alors que les États-Unis soulèvent directement comme motif d'irrecevabilité le fait que les demandes mexicaines « visent à faire de la Cour une juridiction d'appel en matière pénale », la Cour constate là encore que l'objection a trait aux remèdes souhaités par le Mexique et relève ainsi du fond du différend²⁵.

Une seconde défense américaine vise à réfuter la qualification mexicaine des droits conférés par la *Convention de Vienne* et à en faire une cause d'incompétence de la Cour. Il s'agit en particulier pour les États-Unis de contester les conclusions mexicaines qui visent non seulement le défaut de notification de leurs droits aux ressortissants mexicains, mais également les mesures subséquentes consistant à les détenir, les juger, les déclarer coupables et les condamner²⁶. Pour le Mexique, au contraire, il s'ensuit du caractère fondamental de la notification, « élément essentiel des droits de la défense [...], condition essentielle pour l'équité des procédures pénales engagées contre les ressortissants », que « l'intégrité de ces procédures est irrémédiablement compromise et leur issue irrévocablement injuste »²⁷. La deuxième exception d'incompétence soulevée par les États-Unis revient ainsi à discuter l'interprétation des obligations imposées par la *Convention de Vienne*, question qui relève de l'examen au fond du différend, mais qui « ne se situe pas hors des limites de la compétence conférée à la Cour »²⁸. Il en va de même en ce qui concerne la quatrième exception d'incompétence soulevée par les États-Unis. Ceux-ci dénie en effet à la Cour le pouvoir de « dire si la notification consulaire constitue ou non un 'droit de l'homme' ni quelles sont les exigences fondamentales des droits de la défense sur le plan du fond ou de la procédure »²⁹. La Cour relève que le Mexique a soulevé cette question comme une question liée à l'interprétation de la *Convention de Vienne*³⁰.

Refusant la nature d'exception d'incompétence ou d'irrecevabilité aux objections américaines qui viennent d'être évoquées, la Cour en renvoie donc l'examen au fond. Ce faisant, elle a toutefois indirectement délimité la portée de son

²⁴ *Avena*, supra note 4 au para. 34.

²⁵ Première exception d'irrecevabilité, *Ibid.* au para. 37. Sur les réparations accordées en l'espèce, cf. *infra* C.

²⁶ *Ibid.* au para. 29.

²⁷ *Ibid.* au para. 30.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Quatrième exception d'incompétence, *Ibid.* au para. 35.

³⁰ La compétence de la Cour de La Haye dans l'affaire *Avena* se distingue donc de celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Cette dernière a pu qualifier de droit de la personne l'information consulaire visée à l'article 36 de la *Convention de Vienne* et, aux fins de l'interprétation de la *Convention américaine de 1978 sur la protection des droits de l'homme*, inclure la notification consulaire parmi les droits à une procédure équitable reconnus par ce texte, voir « *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* », 1999, Avis consultatif OC-16/99, Inter-Am. Ct. H.R. (sér. A) n° 16. La Cour internationale de Justice ne pouvait pas, quant à elle, aller plus loin que reconnaître des « droits individuels » dans la *Convention de Vienne*, ce qu'elle a fait dans l'affaire *LaGrand*. Voir cependant la note suivante sur la question des effets, en droit interne, du défaut de notification. Pour une discussion des rapports entre l'article 36 et la catégorie des droits de la personne, voir Monica Pinto, « De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme » (2002) 106 R.G.D.I.P. 513.

arrêt et nettement caractérisé qu'il ne lui revient de se prononcer que sur des questions de droit international. Lors du traitement des autres exceptions, propres à la recevabilité de la requête, comme lors de l'examen du fond lui-même, la Cour prend soin de ne se prononcer que sur l'interprétation de la *Convention de Vienne* et de limiter au maximum ses appréciations du système judiciaire américain. Ainsi, elle refusera, une fois qu'elle aura constaté le manquement des autorités compétentes américaines aux dispositions de la *Convention de Vienne* sur la notification aux ressortissants mexicains de leurs droits à l'assistance consulaire (art. 36 (1)(b)), de « se prononcer sur la question de savoir si le droit en cause est ou non un droit de l'homme »³¹. De même, les décisions de la Cour concernant les conséquences des violations de la *Convention de Vienne* par les juridictions américaines laisseront à celles-ci une relative marge de manœuvre.

B. Les demandes en nom propre du Mexique, la protection diplomatique et la violation de la *Convention de Vienne* sur les relations consulaires

1. LA NON-APPLICATION DES CONDITIONS D'EXERCICE DE LA PROTECTION DIPLOMATIQUE À LA REQUÊTE MEXICAINE

Deux exceptions américaines tirées des règles de la protection diplomatique sont rejetées par la Cour. Les États-Unis soutiennent, d'une part, que les ressortissants mexicains n'ont pas épuisé les voies de recours internes qui leur étaient offertes³². D'autre part, le défendeur invoque la double nationalité qu'auraient certains des ressortissants mexicains faisant l'objet de la requête³³.

Le traitement par la Cour de l'exception tirée du non-épuisement des voies de recours internes est un des passages de l'arrêt qui peut susciter les plus importantes interrogations. La Cour constate que les demandes mexicaines portent à la fois sur « les droits individuels que les ressortissants mexicains tirent de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la *Convention de Vienne*, [...] droits dont la réalisation doit, en tout cas en premier lieu, être recherchée dans le cadre du système juridique interne des États-Unis », et sur « le préjudice qu'il[s] déclare[nt] avoir subi lui-même, directement et à travers ses ressortissants, du fait de la violation par les États-Unis des obligations qui leur incombent en vertu des alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 de l'article 36 » [nos italiques]³⁴. Aussi les juges distinguent-ils, en suivant les conclusions du demandeur, le mécanisme de la protection diplomatique par lequel « le Mexique pourrait faire siennes des demandes individuelles de ses ressortissants »,

³¹ *Avena*, supra note 4 au para. 124. En même temps, pour rejeter les conclusions mexicaines selon lesquelles le droit de notification et de communication consulaires est un droit « si fondamental que sa violation a *ipso facto* pour effet de vicier l'ensemble de la procédure pénale conduite en contravention dudit droit », la Cour fait observer que « ni le texte ni l'objet et le but de la convention, ni aucune indication qui figurerait dans les travaux préparatoires, ne permettent d'arriver à la conclusion que le Mexique tire de cet argument », *Ibid.* Les conséquences, en droit international, des violations constatées sont examinées *infra* C.

³² Il s'agit de la seconde exception d'irrecevabilité soulevée. *Avena*, supra note 4 aux paras. 38 et s.

³³ *Ibid.* aux paras. 41 et 42, troisième exception d'irrecevabilité.

³⁴ *Ibid.* au para. 40. Les italiques sont de la Cour.

des demandes en son propre nom, une fois les voies de recours internes épuisées, des demandes en son nom propre. La Cour estime, en tenant compte des « circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'État et des droits individuels », que :

le Mexique peut, en soumettant une demande en son nom propre, inviter la Cour à statuer sur la violation des droits dont il soutient avoir été victime à la fois directement et à travers la violation des droits individuels conférés à ses ressortissants. L'obligation d'épuiser les voies de recours internes ne s'applique pas à une telle demande.³⁵

La conclusion de la Cour sur cette exception d'irrecevabilité confirme la condition d'épuisement préalable des voies de recours internes mise à l'exercice de la protection diplomatique³⁶, mais en anéantit la portée dans cette affaire en faisant prévaloir l'action propre du Mexique. La formulation de l'arrêt est toutefois ambiguë. Elle combine, dans une même proposition relative aux demandes propres du Mexique, les préjudices « subis directement et à travers ses ressortissants »³⁷. Toute action d'un État devant la Cour est faite « en son nom propre », quel que soit son objet. En revanche, l'État peut agir soit pour la réparation d'un préjudice propre ou direct, soit pour la réparation d'un préjudice, qui est dit alors indirect, subi par ses ressortissants victimes d'un fait internationalement illicite³⁸. Le second cas correspond au mécanisme de la protection diplomatique : l'État fait alors « valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international », selon le *dictum* de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Mavrommatis*³⁹.

Il peut sembler, à la lecture de l'arrêt, que l'action du Mexique relève d'une troisième catégorie, de nature *sui generis* et spécifique aux droits consacrés par la *Convention de Vienne*. Comparable dans son régime juridique à une action poursuivie pour un préjudice direct, c'est-à-dire non soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours interne, la requête mexicaine, présentée « en son nom propre » par le Mexique selon la terminologie de la Cour, a la particularité de conduire la Cour à

³⁵ *Ibid.* Au titre de ces « circonstances toutes particulières », la Cour rappelle « que, dans l'affaire *LaGrand*, elle a reconnu que 'le paragraphe 1 de l'article 36 crée [pour le ressortissant concerné] des droits individuels qui peuvent être invoqués [...] devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité' » ([2001] C.I.J. rec. 2001 494, para. 77). Elle [observe] en outre que toute violation des droits que l'individu tient de l'article 36 risque de conduire à une violation des droits de l'État d'envoi et que toute violation des droits de ce dernier risque de conduire à une violation des droits de l'individu », *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*, opinion individuelle du juge Tomka, au para. 4.

³⁷ Voir, *Avena*, *supra* note 4, le texte correspondant à la note 34.

³⁸ Sur la distinction fondamentale pour l'exercice de la protection diplomatique entre préjudice direct et indirect, voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-sixième session, [2004], *Projet d'articles sur la protection diplomatique adoptés en première lecture (avec commentaires)*, Doc. off. AG NU, 59^e sess., supp. n° 10, A/59/10 article 15 à la p. 72, para. 1. [*Projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique adoptés en première lecture*].

³⁹ *Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), C.P.J.I. (sér. A) n° 2 à la p. 12. Dans ce sens, *Avena*, *supra* note 4, opinion individuelle du juge Parra-Aranguren, au para. 21.

constater « la violation des droits individuels conférés » aux ressortissants mexicains par la *Convention de Vienne*. C'est ainsi qu'il faut peut-être comprendre la déclaration du juge Ranjeva qui, prenant en considération « les rapports de corrélation entre les droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36 »⁴⁰, estime que les propositions de la Cour dans l'affaire *LaGrand* et les dispositions de la *Convention de Vienne* « consacrent de manière immédiate les droits individuels mais n'établissent pas une condition préalable à l'invocation par un État des violations aux droits de ses ressortissants » [nos italiques]⁴¹. Selon lui, « la référence à la protection diplomatique [...] est une erreur de droit »⁴². Le juge Tomka, rejoignant les observations du juge Ranjeva, y voit une « nouvelle théorie » et explique ainsi le raisonnement de la Cour :

dans des circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'État et des droits individuels, l'État (dans notre cas le Mexique) peut, en soumettant une demande en son nom propre, inviter la Cour à statuer sur la violation des droits dont il soutient avoir été victime à la fois directement et à travers la violation des droits individuels conférés à ses ressortissants par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36.⁴³

Dès lors, l'action du Mexique, inassimilable entièrement à une requête fondée sur la seule violation directe des droits du Mexique, pourrait également correspondre à une nouvelle forme de protection internationale des individus ou à une transformation de la protection diplomatique. Celle-ci reposerait sur une « substitution d'action » de l'État à l'individu, le premier exerçant à la fois un droit propre et le droit de l'individu⁴⁴. Cette substitution devrait être distinguée de l'endossement par l'État des réclamations de ses ressortissants au sens classique de la protection diplomatique. Par là, la part de fiction de la protection diplomatique, qui consiste à ne placer au cœur théorique de son exercice que le seul droit de l'État, serait une nouvelle fois démontrée⁴⁵. L'arrêt *Avena* confirmerait ainsi un point de vue contemporain sur la protection diplomatique selon lequel l'État ne serait que « le mandataire de son ressortissant titulaire d'un intérêt juridiquement protégé sur le plan international »⁴⁶.

⁴⁰ *Avena*, supra note 4, déclaration du juge Ranjeva au para. 13.

⁴¹ *Ibid.* au para. 12.

⁴² *Ibid.* au para. 8.

⁴³ *Ibid.*, opinion individuelle du juge Tomka, au para. 6.

⁴⁴ Philippe Weckel, « Chronique de jurisprudence internationale » (2004) 118 R.G.D.I.P. 731 à la p. 735 [Weckel].

⁴⁵ Cette part de fiction est cependant sensible dans certaines conditions d'exercice de la protection diplomatique qui mettent au premier plan la personne privée lésée, comme, par exemple, celle relative à la continuité de la nationalité ou, en matière de réparation, par la « mesure » de l'indemnisation que fournit le préjudice effectivement subi par la victime privée, et, bien évidemment, par l'exigence de l'épuisement préalable des voies de recours internes. Sur ce point, voir le rapporteur spécial Mohamed Bennouna, *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, A/CN.4/484 (1998), aux paras. 21-27.

⁴⁶ Voir, Commission de droit international, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session*, Doc. off. AG NU, 53^e sess., supp. n° 10, A/53/10 (1998) au para. 68. Voir cependant l'analyse du professeur Giorgio Gaja, « Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique », dans Jean-François Flauss, dir., *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2003, 63 sur les conséquences de l'arrêt *LaGrand* et de la reconnaissance de droits individuels dans l'exercice de la protection diplomatique. L'auteur avance en particulier que « [r]ien ne devrait [...] affecter la

Une autre interprétation peut toutefois être faite, interprétation qui se voit dans l'action du Mexique ; la Cour nous laisse l'entrevoir en visant d'abord le mécanisme de la protection diplomatique, une action mixte portant à la fois sur la violation directe de ses droits et la violation indirecte des droits du Mexique à travers ses ressortissants. Une telle situation paraît correspondre à un cas de figure envisagé par la Commission du droit international (C.D.I.) dans son *Projet d'articles relatifs à la protection diplomatique*. Le juge Vereshchetin prend ainsi appui sur ces travaux et sur la jurisprudence antérieure de la Cour, en regrettant qu'ils ne soient pas cités dans l'arrêt, pour analyser la nature des demandes mexicaines. Selon lui, ces demandes relèvent de la catégorie des réclamations mixtes⁴⁷. Les travaux les plus récents de la C.D.I. sur la protection diplomatique ont, à l'égard de telles réclamations, consacré la règle selon laquelle « [l]es recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale [...] repose principalement sur un préjudice causé à une des personnes ayant la nationalité de l'État réclameur »⁴⁸. Le commentaire de cette disposition indique qu'« [e]n pratique, il est difficile de déterminer si la réclamation est 'directe' ou 'indirecte' lorsqu'elle 'mêle' des éléments constitutifs de préjudice pour l'État et des éléments constitutifs de préjudice pour ses nationaux »⁴⁹. Dès lors, et toujours selon la C.D.I., « [d]ans le cas d'une réclamation 'mixte', il incombe au tribunal d'en examiner les différents éléments pour déterminer si c'est l'élément direct ou l'élément indirect qui est prépondérant »⁵⁰. Ce « critère » ou « test » de prépondérance peut être complété par d'autres, plus accessoires⁵¹, ou confirmé par certains facteurs tels « l'objet du différend, la nature de la réclamation et la réparation demandée »⁵². Les juges Vereshchetin et Parra-Aranguren appliquent ces méthodes aux demandes mexicaines et arrivent à la conclusion que les demandes mexicaines

condition d'exercice de la protection diplomatique qui est représentée par l'épuisement des voies de recours internes », et que cette condition « semble mieux s'harmoniser avec l'affirmation de l'existence de droits individuels plutôt qu'avec la conception traditionnelle » puisqu'il est « peu compréhensible, en effet, que l'exercice par l'État d'un de ses droits soit subordonné à une activité de l'individu, alors que cette condition s'explique à l'égard d'un droit individuel », dans *Ibid.* aux pp. 68-69.

⁴⁷ *Avena*, *supra* note 4, opinion individuelle du juge Vereshchetin au para. 4, ainsi que l'opinion individuelle du juge Parra-Aranguren, au para. 27. Voir aussi Daniel Müller, « Procedural Developments at the International Court of Justice », (2004) 3 L. & Practice of Int'l Ct. and Trib. 553 à la p. 563 [Müller].

⁴⁸ *Projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique adoptés en première lecture*, *supra* note 38, article 15, à la p. 21.

⁴⁹ Commentaires, *Ibid.* à la p. 72, para. 2.

⁵⁰ *Ibid.* à la p. 73, para. 3. Nous renvoyons à ces commentaires pour l'analyse de la jurisprudence de la Cour qui y est faite. Il faut remarquer que la C.D.I. range l'affaire *Avena* parmi les exemples de réclamations mixtes, en indiquant, en note de bas de page, « que la Cour a estimé que le Mexique [a] été directement lésé par le préjudice causé à ses ressortissants eu égard au paragraphe 1 de l'article 36 de la *Convention de Vienne* », *Ibid.* à la p. 72, note 171.

⁵¹ *Ibid.* à la p. 73, para. 3 : « Très proche de celui de la prépondérance, le critère de la condition *sine qua non*, ou 'en l'absence de', pose la question de savoir si la réclamation visant des éléments de préjudice tant direct qu'indirect aurait été introduite sans la demande pour le compte du national lésé. Si la réponse est négative, la réclamation est indirecte et les recours doivent être épuisés ». La Commission ne retient cependant que le critère de la prépondérance.

⁵² *Ibid.* à la p. 73, para. 4.

relèvent, de manière prépondérante, de la protection diplomatique⁵³. Pour arriver toutefois à la même conclusion que la Cour et rejeter l'application de la règle d'épuisement préalable des voies de recours internes, le juge Vereshchetin s'appuie, comme d'autres juges⁵⁴, sur les exceptions reconnues et en particulier sur l'inefficacité des remèdes aux violations de la *Convention de Vienne* offerts par le système judiciaire interne des États-Unis⁵⁵. Certains juges notent enfin que les motifs choisis par la Cour pour écarter l'objection américaine tirée du non-épuisement des voies de recours internes ne sont pas justifiés eu égard au raisonnement général qui sous-tend l'arrêt. Selon le juge Vereshchetin, par exemple, la Cour n'invoque pas seulement la violation des droits des ressortissants mexicains comme une simple preuve de la violation des droits du Mexique en tant qu'État. Elle « examine scrupuleusement et identifie concrètement » [notre traduction] la violation des droits de chacun des Mexicains dont le cas était présenté par le Mexique sous l'angle de la protection diplomatique⁵⁶. Cette critique peut toutefois être relativisée dans la mesure où, plus précisément, la Cour a tenu à inclure dans la violation directe des droits du Mexique la violation des droits de ses ressortissants, dépassant la distinction classique entre les deux types de réclamations.

En définitive, si cette toute dernière hypothèse, fondée sur la « nature interdépendante des droits conférés par la *Convention de Vienne* », doit être rejetée, l'ambiguïté du passage de l'arrêt consacré à la nature des demandes du Mexique trouve peut-être une explication dans le souci de la Cour d'éviter⁵⁷, en ayant à approfondir l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, de se prononcer sur le caractère efficace du système pénal américain pour remédier aux violations de la *Convention de Vienne*⁵⁸.

N'estimant pas nécessaire « de traiter les demandes mexicaines concernant lesdites violations sous l'angle distinct de la protection diplomatique », la Cour fait à

⁵³ *Ibid.*, opinion individuelle du juge Vereshchetin, au para. 7 et *Ibid.*, opinion individuelle du juge Parra-Aranguren, au para. 28.

⁵⁴ Voir *Ibid.*, opinion individuelle du juge Tomka au para. 10 ; opinion du juge *ad hoc* Sepulveda au para. 28. Le juge Parra-Aranguren ne poursuit pas sa démonstration jusque-là, voir *Ibid.*, son opinion individuelle au para. 28.

⁵⁵ *Ibid.*, opinion individuelle du juge Vereshchetin au para. 12. Sur les exceptions prévues par le droit international à la règle de l'épuisement des voies de recours interne, voir le *Projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique adoptés en première lecture*, *supra* note 38, article 16 à la p. 21 et commentaires aux pp. 75 et s.. Il l'écarte, notamment, lorsque « a) [l]es recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure efficace de réparation ».

⁵⁶ Voir *Avena*, *supra* note 4, opinion individuelle du juge Vereshchetin, au para. 8. Un commentateur remarque que la Cour ne suit pas entièrement le raisonnement tenu dans le paragraphe 40, mais qu'elle inclut dans le dispositif, par exemple, le cas de Arturo Juárez Suárez (n° 10) qui n'a été informé que tardivement de son droit à l'assistance consulaire (voir *Projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique adoptés en première lecture*, *Ibid.*, dispositif aux paras. 89, 93, 101 et 153, point 4)). Or ce ressortissant ayant refusé la notification de son cas et l'aide de son consulat, aucun droit du Mexique n'a été directement violé (voir Müller, *supra* note 47, aux pp. 564-565).

⁵⁷ Dans ce sens, voir Müller, *supra* note 47, à la p. 561.

⁵⁸ *LaGrand*, *supra* note 5 au para. 60. La Cour a rejeté l'exception de non épuisement des voies de recours interne, non pas en contestant l'application de la règle, mais en estimant que les États-Unis ne sauraient s'en prévaloir « dès lors qu'ils avaient eux-mêmes failli à l'exécution de leur obligation en vertu de la convention d'informer les frères LaGrand ».

nouveau prévaloir la demande présentée par le Mexique « en son nom propre » sur celle soumise dans l'exercice de la protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants, pour rejeter l'exception d'irrecevabilité fondée sur la double nationalité de certains d'entre eux⁵⁹. « [Du point de vue de la demande en nom propre du Mexique], la question de la double nationalité n'est pas une question de recevabilité, mais de fond »⁶⁰. Autrement dit, la nationalité mexicaine des ressortissants n'est qu'une condition d'application des dispositions de la *Convention de Vienne* et, ainsi, un préalable à l'établissement, au fond, de la violation desdites dispositions. La Cour précise toutefois que même

pour ce qui concerne la prétention d'exercer la protection diplomatique, la question de savoir si le Mexique a le droit de protéger une personne ayant la double nationalité – mexicaine et américaine – est subordonnée à celle de savoir si les États-Unis étaient tenus d'une obligation à l'égard de cette personne aux termes de l'article 36 de la *Convention de Vienne*.⁶¹

L'exception d'irrecevabilité est ainsi rejetée, « sans préjudice de l'issue de [l'examen de l'affaire au fond] »⁶².

Sur un plan général, et encore préalable à l'examen au fond, la Cour rejette les deux dernières exceptions d'irrecevabilité des États-Unis. Tout d'abord, selon ces derniers, le Mexique, alors qu'il avait connaissance d'une violation de la *Convention de Vienne*, aurait tardé à réagir et à la porter à leur attention. L'exception d'irrecevabilité est donc double, et vise à la fois une prescription de l'action du Mexique et une renonciation tacite de cet État à ses droits. Sur le premier point, la Cour cite l'arrêt de 1992 rendu dans l'*Affaire relative à certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, par lequel elle avait admis la possibilité qu'une requête devienne irrecevable du fait du retard de l'État demandeur⁶³. S'il n'existe pas de limite temporelle déterminée en droit international, un tel retard doit toutefois avoir causé un préjudice à l'État défendeur « en ce qui concerne tant l'établissement des faits que la détermination du contenu de la présente espèce »⁶⁴. Concernant l'objection américaine, selon laquelle le Mexique aurait « de fait, renoncé à se prévaloir de son droit à contester les violations alléguées de la *Convention* et à demander réparation »⁶⁵, la Cour précise que « seule une inaction bien plus longue et systématique que celle [...] alléguée [...] pourrait être interprétée comme impliquant une telle renonciation »⁶⁶. Cette exception doit donc être rejetée⁶⁷.

⁵⁹ *Avena*, *supra* note 4, aux paras. 40-42.

⁶⁰ *Ibid.* au para. 42.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.* au para. 44. Voir l'*Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, [1992] C.I.J. rec. 240 aux pp. 253-254, para. 32 [Nauru].

⁶⁴ *Projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique adoptés en première lecture*, *supra* note 38, à la p. 255, para. 36.

⁶⁵ *Avena*, *supra* note 4 au para. 43. Cette double exception d'irrecevabilité illustre la distinction entre la demande formelle et le droit au fond.

⁶⁶ *Ibid.* au para. 44.

⁶⁷ Ne constituant pas en l'espèce une cause d'irrecevabilité, la connaissance par le Mexique des violations commises à l'égard de ses ressortissants, ou tout du moins de la détention de ceux-ci en

La dernière exception d'irrecevabilité permet à la Cour d'apporter une précision par rapport à l'arrêt rendu dans l'affaire *LaGrand*. En effet, dans les deux affaires, les États-Unis ont tenté de faire valoir l'irrecevabilité de la requête du demandeur au motif que celui-ci ne « devrait pas être autorisé à invoquer contre les États-Unis des normes qu'il ne suit pas dans sa propre pratique »⁶⁸. Alors que dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour ne s'était pas prononcée sur la « recevabilité » d'une telle exception, la rejetant au motif qu'elle n'était pas fondée en fait⁶⁹, dans l'affaire *Avena*, elle rejette l'objection américaine en tant que telle. La nature de la *Convention de Vienne* et de certaines de ses normes, « que tous les États parties doivent observer aux fins du déroulement sans entrave des relations consulaires », autorise l'écartement, au stade de la recevabilité, de tout argument fondé sur la prétendue « réciprocité » des obligations conventionnelles⁷⁰.

2. LES VIOLATIONS CONSTATÉES DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LES RELATIONS CONSULAIRES

Comme sur la question de l'épuisement des voies de recours internes, l'examen au fond des demandes mexicaines apporte quelques nouveautés substantielles, à la suite de l'arrêt *LaGrand*, en ce qui concerne l'application de la *Convention de Vienne*. Au cœur de ces différends, comme de celui qui avait opposé le Paraguay aux États-Unis⁷¹, se trouve l'application, par les autorités américaines compétentes, de l'article 36, paragraphes 1 et 2 de la *Convention*. La Cour constate essentiellement la violation par les États-Unis, à l'égard de certains ressortissants mexicains et du Mexique lui-même, de l'article 36 (1) de la *Convention de Vienne*⁷².

Cette disposition a déjà fait l'objet d'une analyse détaillée de la Cour qui en a dégagé, notamment, les « droits individuels » des ressortissants étrangers et les droits de l'État, ainsi que les liens entre eux. L'article 36 (1) de la *Convention de Vienne* se lit comme suit :

l'absence de notification formelle, ne sera toutefois pas sans incidence, lors de l'examen au fond, sur l'engagement de la responsabilité des États-Unis. Voir *infra*, B, 2, b).

⁶⁸ *Avena*, *supra* note 4, au para. 45.

⁶⁹ *Ibid.* au para. 46 : « [É]tant donné que les États-Unis n'étaient pas parvenus à prouver que la pratique de l'Allemagne s'écartait des normes dont elle demandait l'application par les États-Unis », [2001] C.I.J. rec 489 au para. 63.

⁷⁰ Voir le traitement d'objections similaires soulevées par les États-Unis dans l'*Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 6 novembre 2003 (fond), [2003] C.I.J. aux paras. 27-30, et la tentative de rapprochement avec la théorie des « mains propres » dans le domaine de la protection diplomatique (voir également Müller, *supra* note 47 aux pp. 565-566). Le Rapporteur spécial de la C.D.I. sur la protection diplomatique a consacré son sixième rapport à la question et a conclu que la théorie des « mains propres », en tant qu'exception d'irrecevabilité, n'était reçue ni dans les relations d'État à État directes ni à l'égard des demandes de protection diplomatique (voir John Dugard, *Sixième rapport sur la protection diplomatique*, A/CN.4/546 (2004) à la p. 10, para. 18).

⁷¹ *Affaire de l'application de la convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, [1998] C.I.J. rec. 248.

⁷² Sur le traitement de la conclusion mexicaine relative à la violation de l'article 36 (2) de la *Convention*, voir *infra* C.

Afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'État d'envoi soit facilité :

- a) les fonctionnaires consulaires doivent avoir la liberté de communiquer avec les ressortissants de l'État d'envoi et de se rendre auprès d'eux. Les ressortissants de l'État d'envoi doivent avoir la même liberté de communiquer avec les fonctionnaires consulaires et de se rendre auprès d'eux ;
- b) si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'État de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'État d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet État est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa ;
- c) les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'État d'envoi qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice. Ils ont également le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'État d'envoi qui, dans leur circonscription, est incarcéré ou détenu en exécution d'un jugement. Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenir en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention lorsque l'intéressé s'y oppose expressément.

S'il est établi, depuis l'arrêt *LaGrand*, que ce paragraphe définit « un régime dont les divers éléments sont interdépendants et qui est conçu pour faciliter la mise en œuvre du système de la protection consulaire »⁷³, la Cour examine cependant, de façon successive, les violations de l'alinéa b), puis des alinéas a) et c).

L'arrêt *Avena* reprend ainsi certains motifs de l'arrêt du 27 juin 2001, et fournit en outre des précisions sur le moment auquel la notification de leurs droits doit être faite aux ressortissants étrangers arrêtés en vertu de l'alinéa b) *in fine*, contribuant ainsi à accroître l'efficacité de l'assistance consulaire. Se livrant à une analyse au cas par cas, la Cour doit toutefois examiner au préalable la question de la nationalité des personnes concernées dans la requête mexicaine. Elle livre à cette occasion quelques précisions sur la répartition de la charge de la preuve⁷⁴. La Cour établit enfin certains cas de violations par les autorités américaines des droits du Mexique en vertu des alinéas a) et c) de l'article 36.

⁷³ *LaGrand*, *supra* note 5, à la p. 492, para. 74 (voir *supra* note 4, au para. 50).

⁷⁴ *Avena*, *supra* note 4, aux paras. 53 et s.

a) *La preuve de la nationalité*

Les États-Unis s'opposent aux demandes mexicaines, en soutenant que certains des ressortissants visés sont de nationalité américaine et que, par conséquent, ils n'étaient pas tenus par l'obligation de les « informer sans retard » de leurs droits en vertu de l'article 36 (1)(b). La Cour admet la nationalité mexicaine des cinquante-deux ressortissants identifiés dans la requête en constatant la production, par le Mexique, d'extraits d'actes de naissance et de déclarations de nationalité desdites personnes, qui n'ont pas été contestés par les États-Unis⁷⁵. La Cour apporte des précisions sur la répartition de la charge de la preuve en ce qui concerne la double nationalité, soit la nationalité américaine, de certains ressortissants mexicains telle qu'invoquée par le défendeur. Les États-Unis tentaient en effet de faire valoir une distinction entre la « charge de la preuve » et la « charge des éléments de preuve »⁷⁶. Prenant appui sur le fait que les ressortissants en cause « [pouvaient] avoir acquis de plein droit la nationalité américaine, du fait notamment de la date et du lieu de naissance, du lieu de résidence ou de la situation matrimoniale de leurs parents au moment de leur naissance », les États-Unis soutenaient qu'il revenait au Mexique de fournir les informations en sa possession pouvant étayer et prouver leurs affirmations⁷⁷.

La Cour rejette une telle distinction quant au fardeau de la preuve et estime « qu'il appartenait aux États-Unis de prouver qu'il en était ainsi [c'est-à-dire la double nationalité de certains ressortissants] et de fournir à la Cour toutes informations en leur possession à ce sujet »⁷⁸. Elle avait en effet rappelé auparavant « le principe bien établi en droit international selon lequel il incombe au plaideur qui cherche à établir l'existence d'un fait d'en apporter la preuve »⁷⁹. Elle précise, sur le point particulier de l'argumentation américaine, que

[d]ans la mesure où des informations pertinentes en la matière étaient, selon les États-Unis, en la possession du Mexique, les États-Unis devaient s'en enquérir auprès des autorités mexicaines. [...] C'est aux États-Unis qu'il appartenait de chercher à obtenir lesdites informations, avec un degré de précision suffisant, et de démontrer à la fois qu'ils l'avaient fait et que les autorités mexicaines avaient refusé ou n'avaient pas été en mesure de répondre à leurs demandes précises.⁸⁰

⁷⁵ *Ibid.* au para. 57. Sur ce point, voir la critique du juge Parra-Aranguren pour qui le Mexique n'a pas suffisamment prouvé la nationalité des ressortissants (*Ibid.*, opinion individuelle du juge Parra-Aranguren au para. 11). En particulier, il souligne que cette question, relevant de l'ordre du simple fait au regard du droit international, ne pouvait être résolue sur la seule base de l'invocation par le Mexique d'une disposition de sa *Constitution* établissant le *jus soli*.

⁷⁶ Voir *Ibid.*, déclaration du juge Ranjeva au para. 2. S'il approuve la décision de la Cour, il estime que « l'arrêt ne consacre pas de développements idoines à ce point » (*Ibid.*).

⁷⁷ *Ibid.* au para. 56.

⁷⁸ *Ibid.* au para. 57.

⁷⁹ *Ibid.* au para. 55. La Cour renvoie à son arrêt dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires*, *supra* note 23, à la p. 437 au para. 101.

⁸⁰ *Ibid.* au para. 57.

Les conséquences de telles démarches, si elles avaient été accomplies, sont difficilement prévisibles. Le juge Ranjeva opère à cet égard un rapprochement avec l'article 62 (1) du *Règlement de la Cour* qui permet à celle-ci, sur requête d'une partie, d'enjoindre à l'autre de produire des moyens de preuve ou des explications. Rappelant le précédent de l'*Affaire du détroit de Corfou*⁸¹, le juge souligne qu'en cas de refus de la partie concernée, la Cour « ne dispose que de son pouvoir d'appréciation comme moyen dans la recherche de la vérité »⁸². Si ce pouvoir d'appréciation peut être considérable, la Cour ne peut toutefois l'utiliser qu'avec énormément de précaution et en s'attachant à une stricte analyse factuelle⁸³.

b) *L'information sans retard de la personne arrêtée en vertu de l'article 36 (1)(b), de la Convention de Vienne*

Tentant de s'exonérer de leur responsabilité à l'égard de certains ressortissants visés par la requête⁸⁴, les États-Unis soutiennent que, vis-à-vis de quatre d'entre eux, ils n'ont pas manqué à leur obligation de les informer, en vertu de l'article 36 (1)(b), alors que, selon le Mexique, cette information aurait été divulguée trop tardivement⁸⁵. Face à l'opposition des parties sur le sens à attribuer à l'expression « sans retard » employée à l'article 36, la Cour procède à l'interprétation de cette disposition selon les règles coutumières telles qu'elles sont codifiées aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*⁸⁶. Selon le Mexique, en effet, l'information du ressortissant étranger requiert une « immédiateté absolue » et doit

⁸¹ *Détroit de Corfou (Albanie c. Royaume-Uni)*, [1949] C.I.J. rec. 4 à la p. 32. La Cour estime dans cette affaire, face au refus du Royaume-Uni, qu'elle « ne peut toutefois tirer du refus de communication [...] des conclusions différentes de celles que l'on peut tirer des faits tels qu'ils se sont effectivement déroulés ».

⁸² *Avena*, *supra* note 4, déclaration du juge Ranjeva, précitée, au para. 6. Il relève également, *Ibid.* au para. 5, que « la seule sanction que la Cour pourra tirer de la non-production de la pièce sera la conséquence qu'elle déduira de l'abstention ou du refus de production de la pièce ». Il note ainsi que, au niveau du *Règlement de la Cour*, le principe de base du droit processuel selon lequel nul n'est tenu de prouver contre lui-même (*nemo contra se edere tenetur*), « n'[a] pas donné lieu à une interprétation maximaliste », *Ibid.* au para. 4 (voir sur ce point, Gilbert Guillaume, « Preuves et mesures d'instructions devant les juridictions internationales », dans *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^e siècle. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2003, 85 à la p. 98.

⁸³ *Avena*, *supra* note 4, au para. 6.

⁸⁴ Estimant « que les autorités qui interviennent dans les procédures de détention ont l'obligation de donner l'information requise par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 au moment où elles constatent que la personne arrêtée est un ressortissant étranger ou lorsqu'il existe des raisons de penser qu'il s'agit probablement d'un ressortissant étranger », *Ibid.* au para. 63. La Cour a écarté le cas d'un des ressortissants concernés (sur les sept pour lesquels les États-Unis faisaient valoir cet argument) au motif qu'il avait affirmé être citoyen américain et qu'il n'existait aucun indice de sa nationalité mexicaine qui aurait dû conduire les autorités à faire des recherches et à l'informer sans retard des droits consulaires (voir *Ibid.* aux para. 66 et 78).

⁸⁵ *Ibid.* 4 au para. 77.

⁸⁶ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) aux art. 31 et 32.

être fournie avant tout interrogatoire, à défaut de quoi « il y aurait *ipso facto* violation » de l'article 36⁸⁷.

Le sens de l'expression « sans retard » n'étant pas univoque⁸⁸, la Cour prend en considération l'objet et le but de la *Convention de Vienne*⁸⁹ pour arriver à la conclusion que ni l'un ni les autres « ne permettent de penser que 'sans retard' doit s'entendre par 'immédiatement' après l'arrestation et avant l'interrogatoire »⁹⁰. La Cour utilise ensuite les travaux préparatoires de la *Convention de Vienne* pour confirmer que l'expression « sans retard » ne signifie pas « immédiatement » après l'arrestation⁹¹. Elle parvient ainsi à sa conclusion sur le sens de l'expression « sans retard » directement à partir de ce qu'elle ne signifie pas. Elle ne motive ainsi pas davantage son affirmation selon laquelle « les autorités ayant procédé à l'arrestation [ont] l'obligation de donner [l'information consulaire] à toute personne arrêtée aussitôt que sa nationalité étrangère est établie, ou dès qu'il existe des raisons de croire que cette personne est probablement un ressortissant étranger » [nos italiques]⁹². La Cour n'en a pas moins glissé, un peu plus tôt parmi ses motifs, des recommandations sur le moment le plus approprié auquel l'information devrait être communiquée pour assurer un meilleur respect de la *Convention de Vienne* :

Les États-Unis ont informé la Cour que certaines de leurs autorités de police demandent systématiquement aux personnes mises en détention si elles sont des citoyens des États-Unis. En vérité si, à ce moment l'intéressé était toujours informé que, dans le cas où il serait de nationalité étrangère, il aurait le droit de demander à ce que son poste consulaire soit contacté, le respect de cette prescription de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 serait considérablement renforcé. Une telle information pourrait être fournie parallèlement à lecture des droits dont toute personne placée en garde à vue en raison d'une infraction pénale doit, avant d'être interrogée,

⁸⁷ *Avena*, *supra* note 4, aux paras. 78 et 79. Le Mexique prend notamment appui sur les travaux préparatoires de la *Convention de Vienne* au cours desquels la mention « injustifié » fut ôtée de l'article 36 (1)(b) (voir *Ibid.* au para. 80).

⁸⁸ *Ibid.* au para. 84.

⁸⁹ *Ibid.* au para. 85. La Cour précise notamment : « Il n'est pas prévu, que ce soit au paragraphe 1 de l'article 36 ou ailleurs dans la *Convention*, que les fonctions consulaires permettent à leurs titulaires de faire office eux-mêmes de représentants en justice, ni d'intervenir plus directement dans le système de justice pénale ».

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.* au para. 86.

⁹² *Ibid.* au para. 88. Voir le commentaire du professeur Weckel, *supra* note 44 à la p. 739 : la Cour « ne prend pas la peine de justifier cette solution ». Il apparaît également que le résultat de l'interprétation était déjà exposé au para. 63 de l'arrêt. Le juge Tomka critique la solution de la Cour dans la mesure où elle confère trop d'importance à la « connaissance » que peuvent avoir les autorités de la situation : « L'obligation que l'article 36 de la *Convention de Vienne* impose à l'État de résidence n'est pas subordonnée à la connaissance, par les autorités dudit État, que la personne arrêtée est un étranger. L'obligation d'informer intervient dès lors qu'un étranger est placé en détention. Cette arrestation constitue un fait objectif suffisant, en soi » (*Avena*, *supra* note 4, opinion individuelle du juge Tomka au para. 15). Voir enfin l'interprétation donnée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif OC-16/99, *supra* note 30 au para. 106 : « the purpose of notification is that the accused has an effective defense. [...] [N]otification must be made at the time the accused is deprived of his freedom, or at least before it makes his first statement before the authorities ».

être informée en vertu de ce que l'on appelle aux États-Unis la 'règle Miranda'.⁹³

Dans les quatre cas litigieux, toutefois, l'interprétation en cause de l'expression « sans retard » n'est pas véritablement déterminante puisque « soit il n'y a eu aucune information, soit celle-ci a été effectuée très longtemps après l'arrestation »⁹⁴. La Cour parvient ainsi à la conclusion que les États-Unis ont violé leur obligation d'informer cinquante et un ressortissants mexicains arrêtés à laquelle ils sont tenus en vertu de l'article 36 (1)(b) de la *Convention de Vienne*⁹⁵.

La Cour précise que le défaut d'information de la personne arrêtée sur ses droits en vertu de l'article 36 (1)(b) de la *Convention de Vienne* n'entraîne pas automatiquement de manquements aux autres prévisions de cet alinéa soient la notification au consulat de l'arrestation et la transmission à celui-ci de communications du ressortissant détenu⁹⁶. Aussi, la Cour vérifie-t-elle les cas pour lesquels les États-Unis invoquent soit le fait que la personne arrêtée a demandé qu'aucune notification ne soit adressée au poste consulaire, soit le fait que le poste consulaire a bien reçu la notification en dépit du défaut d'information de la personne arrêtée⁹⁷.

c) *Les violations à l'égard du Mexique de l'article 36, paragraphe 1, alinéas a) et c) de la Convention de Vienne*

Selon le Mexique, les violations de l'article 36 (1)(b) de la *Convention de Vienne* attribuées aux États-Unis l'ont aussi privé « de son droit d'accorder sa protection consulaire et privé [ses] cinquante-deux ressortissants de leur droit de bénéficier de la protection que le Mexique leur aurait accordée conformément aux alinéas a) et c) du paragraphe 1 de l'article 36 de la *Convention* »⁹⁸. L'interdépendance des trois alinéas de l'article 36 (1) de la *Convention de Vienne*, consacrée dans l'affaire *LaGrand*, est certes rappelée par la Cour⁹⁹. Elle n'est

⁹³ *Avena*, *supra* note 4 au para. 64.

⁹⁴ *Ibid.* au para. 89. Seul le cas de Arturo Juárez Suárez (cas n° 10, voir *Avena*, *supra* note 4), informé quarante heures après son arrestation, pouvait prêter à discussion et nécessitait d'appliquer l'interprétation donnée de l'expression « sans retard ». Cette information est jugée tardive par la Cour puisque sa nationalité mexicaine « était manifeste dès les premiers moments de sa détention » (*Ibid.*).

⁹⁵ *Ibid.* aux paras. 90, 106, point 1 et 153, point 4.

⁹⁶ *Ibid.* au para. 91. « Il importe toutefois que l'information soit donnée, afin que le premier élément de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 soit satisfait, un élément duquel les deux autres éléments de cet alinéa sont tributaires » (*Ibid.*).

⁹⁷ *Ibid.* aux paras. 92 à 97. La Cour conclut qu'une personne (Arturo Juárez Suárez, cas n° 10) a effectivement refusé que le consulat soit averti et que le cas d'une autre (Ramiro Hernández Llanas, cas n° 34) a bien été notifié sans retard au poste consulaire (*Ibid.* aux paras. 93 et 97).

⁹⁸ *Ibid.* au para. 98.

⁹⁹ *Ibid.* au para. 99. La Cour cite l'arrêt *LaGrand*, *supra* note 5 à la p. 492, para. 74 : les trois alinéas de l'article 36 (1) forment un « régime dont les divers éléments sont interdépendants ». Dans l'affaire *LaGrand*, l'Allemagne s'est trouvée « dans l'impossibilité pratique d'exercer, à toutes fins utiles, les droits que lui confère le paragraphe 1 de l'article 36 » (*Ibid.*).

toutefois pas suffisante pour conclure automatiquement, sur la base des manquements à l'alinéa b) constatés, à la violation des autres alinéas de cette disposition¹⁰⁰. La Cour distingue ainsi nettement les différents éléments de l'article 36. Cependant, le lien entre les deux premiers alinéas du paragraphe 1, même « réexaminé à la lumière des faits et circonstances particulières de l'espèce », amène rapidement la Cour à conclure que le défaut d'information des personnes arrêtées a privé effectivement le Mexique de son droit à communiquer avec elles et de se rendre auprès d'elles¹⁰¹, ainsi que de certains droits énoncés à l'alinéa c)¹⁰². La réponse n'est pas aussi générale en ce qui concerne un droit visé à l'alinéa c) : le droit des fonctionnaires consulaires de « pourvoir à [la] représentation en justice » du ressortissant étranger¹⁰³. La différence réside ici dans le fait, selon la Cour, que « [d]es éléments d'informations portés à la connaissance d'un État d'envoi par d'autres moyens peuvent toutefois permettre à ses fonctionnaires consulaires de prêter leur assistance en vue de pourvoir à la représentation en justice d'un ressortissant de cet État »¹⁰⁴. L'exercice des droits en vertu de l'article 36 (1)(c) n'est donc pas entièrement « tributaire » de la notification formelle opérée par les autorités de l'État de résidence. Ce qui paraît déterminant dans la différence de traitement de ce droit de « pourvoir à la représentation en justice » de ses ressortissants est davantage le fait qu'il peut encore être exercé à un stade avancé de la procédure, « en particulier au stade de la fixation de la peine dans les affaires où une peine sévère peut être infligée »¹⁰⁵. La Cour estime ainsi que dans certains cas, « les autorités mexicaines ont appris la détention de leur ressortissant *en temps utile* pour lui fournir une telle assistance » [nos italiques]¹⁰⁶.

Sur la base de ces violations, le Mexique soutient en outre que les États-Unis ont commis un autre fait internationalement illicite et violé l'article 36 (2) de la *Convention de Vienne*, « en ne permettant pas un réexamen et une révision véritables et effectifs des verdicts de culpabilité et des peines entachés d'une violation du paragraphe 1 de l'article 36 »¹⁰⁷. Cette demande est rejetée par la Cour, sauf pour trois des ressortissants visés. Elle paraît devoir être mise en parallèle avec l'examen par la Cour du contenu de la responsabilité des États-Unis. C'est en effet à cette occasion que la juridiction internationale va se prononcer, avec plus ou moins d'intensité, sur certains aspects de la procédure pénale américaine au regard de la *Convention de Vienne*.

¹⁰⁰ Voir *Ibid.* au para. 73.

¹⁰¹ *Avena, supra* note 4 au para. 102. Ne rentre pas dans cette conclusion le cas du ressortissant informé avec retard de ses droits et qui a refusé que son consulat soit averti (Arturo Juárez Suárez, cas n° 10).

¹⁰² *Ibid.* au para. 103.

¹⁰³ *Ibid.* au para. 104.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.* La Cour expose ici l'argumentation mexicaine.

¹⁰⁶ *Ibid.* Voir les conclusions détaillées au cas par cas au para. 106.

¹⁰⁷ *Ibid.* au para. 107.

C. La responsabilité des États-Unis et la contribution de la Cour en matière de conséquences du fait internationalement illicite

Comme dans l'affaire *LaGrand*, les questions de responsabilité au cœur de l'affaire *Avena* donnent à la Cour l'occasion de préciser les conséquences générales du fait internationalement illicite. La décision de la Cour relative à la conclusion mexicaine fondée sur l'article 36 (2) de la *Convention de Vienne* et son rejet permettent, auparavant, de rendre compte une nouvelle fois de la distinction imposée en droit international entre règles primaires et règles secondaires.

1. LE « RÉEXAMEN » ET LA « RÉVISION » DES JUGEMENTS ET DES PEINES ET LA DISTINCTION ENTRE RÈGLES PRIMAIRES ET RÈGLES SECONDAIRES
 - a) *Application de la règle dite de la « carence procédurale » et violation de l'article 36 (2) de la Convention de Vienne*

La troisième conclusion du Mexique s'appuie sur l'article 36 (2) de la *Convention de Vienne* selon lequel :

Les droits visés au paragraphe 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'État de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article.

Le Mexique, comme avant lui l'Allemagne, vise ainsi l'application par les juridictions américaines de règles, notamment la doctrine dite de la « carence procédurale », privant ses ressortissants de la possibilité d'invoquer la violation de l'article 36 (1) de la *Convention*¹⁰⁸ et qui ne permettent donc pas la pleine réalisation de ses fins. En effet, le défaut d'information des ressortissants arrêtés a le plus souvent pour conséquence leur ignorance des droits dont ils disposent et l'impossibilité pour eux de les faire valoir le plus tôt possible. Par la suite, les juridictions américaines, étatiques ou fédérales, refusent d'examiner un moyen qui n'a pas été soulevé au moment approprié¹⁰⁹.

Le Mexique s'appuie surtout sur l'arrêt *LaGrand* pour en déduire que l'application des règles et doctrines toujours en vigueur aux États-Unis ne permet pas les « réexamen et révision » des condamnations et des peines prononcées à la suite d'une violation des droits d'informations des ressortissants mexicains¹¹⁰. Ainsi, leurs « lois et règlements » ne permettant toujours pas la pleine réalisation des fins de la *Convention*, les États-Unis devraient être responsables pour des violations de l'article 36 (2) de la *Convention de Vienne*.

¹⁰⁸ *LaGrand*, *supra* note 5 aux paras. 79 et s. Sur la règle de la carence procédurale voir les explications et descriptions faites au cours des plaidoiries par le Mexique (voir *Avena*, *supra* note 4, «Plaidoirie de Katherine Birmingham Wilmore» (15 décembre 2003) aux pp. 66 à 68, para. 240 à 245).

¹⁰⁹ *Avena*, *Ibid.* au para. 111.

¹¹⁰ Voir en particulier, *supra* note 108 aux pp. 63-65, para. 232-236.

Contrairement aux deux frères LaGrand, toutefois, nombre des ressortissants mexicains n'ont pas épuisé tous les recours judiciaires. La Cour ne peut donc pas tirer la conclusion que les verdicts de culpabilité et les peines concernant ces ressortissants ne seront pas à nouveau réexaminés et révisés et que l'article 36 (2) de la *Convention de Vienne* a été violé par les États-Unis :

les procédures pénales engagées contre les ressortissants mexicains n'en sont pas encore arrivées, [sauf dans trois cas], au stade où il n'existerait plus aucune possibilité de recours judiciaire, autrement dit, il n'est pas encore exclu que les verdicts de culpabilité et les peines soient 'réexaminés et révisés' comme le demandait la Cour dans l'affaire *LaGrand*.¹¹¹

La Cour refuse donc, comme dans l'arrêt de 2001, de se prononcer de manière générale sur la règle de la « carence procédurale ».

En elle-même, cette règle ne viole pas l'article 36 de la *Convention de Vienne*. Le problème se pose lorsque la règle de la carence procédurale ne permet pas à une personne détenue de faire recours contre sa condamnation et sa peine en prétendant, sur la base du paragraphe 1 de l'article 36 de la *Convention*, que les autorités nationales ne se seraient pas acquittées de leur obligation d'informer « sans retard » les autorités consulaires compétentes, empêchant par là même cette personne de solliciter et d'obtenir l'assistance consulaire de l'État d'envoi¹¹².

S'il est ainsi « prématuré, de la part de la Cour de conclure à ce stade qu'il y a déjà, dans [les cas où les condamnations ne sont pas définitives], la violation par les États-Unis des obligations découlant de l'article 2 de l'article 36 de la *Convention de Vienne* », autrement dit de conclure à la violation de règles primaires, les juges de La Haye rappellent l'obligation de « réexamen et de révision » des verdicts et des peines pesant sur les États-Unis, au titre des règles secondaires de responsabilité, c'est-à-dire au titre de la réparation du fait internationalement illicite¹¹³.

¹¹¹ *Avena*, *supra* note 4 au para. 113. Voir *Ibid.* au para. 114 le cas des trois ressortissants ayant fait l'objet d'une condamnation définitive. La formulation générale de la Cour semble dénoter que, « s'il n'est pas exclu » que les verdicts et peines soient réexaminés et éventuellement révisés, cela n'est pas l'hypothèse la plus probable à ses yeux. Elle remarque en effet que la règle n'a pas été révisée et qu'il n'a pas été pris de dispositions particulières pour empêcher son application lorsque le défaut d'information est imputable aux États-Unis. « Il se peut ainsi, poursuit-elle, que la règle de la carence procédurale continue à empêcher les tribunaux d'attacher une portée juridique notamment au fait que la violation des droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36 a empêché le Mexique [d'assister certains de ses ressortissants] » (*Ibid.* au para. 113).

¹¹² *LaGrand*, *supra* note 5 à la p. 497, para. 90, tel que cité dans *Avena*, *supra* note 4 au para. 112.

¹¹³ La Cour opère d'ailleurs un renvoi à ses développements ultérieurs (voir *supra* note 4 au para. 113). Dans ce sens, voir la plaidoirie pour le Mexique du professeur Dupuy : « le fait que l'obligation de réexaminer et de réviser puisse être interprétée comme une règle primaire – un devoir de faire – en relation avec la prévention des violations futures de l'article 36, paragraphe 2, n'empêche nullement [...] qu'elle fournisse un remède au sens d'un instrument réparatoire, et donc en même temps, une règle secondaire de mise en œuvre de la réparation » (*Avena*, *Ibid.* « Plaidoirie de Jean-Marie Dupuy » (15 décembre 2003) à la p. 46, para. 150).

b) *Conséquences juridiques de la violation : les modalités du « réexamen et de la révision » des verdicts et des peines et l'exclusion des recours en grâce*

Le Mexique développait, dans trois de ses conclusions, des demandes en réparation fondées sur le principe de la *restitutio in integrum*. Elles sont toutes rejetées par l'arrêt de la Cour, non pas sur le principe de cette restitution, mais en raison de l'objet et des formes qu'elle doit revêtir. En effet, le Mexique invoquait à titre principal le droit à une réparation des préjudices subis en son nom propre comme dans l'exercice de la protection diplomatique prenant la forme d'une annulation des verdicts rendus et des peines prononcées à l'encontre de ses ressortissants, ou d'une mesure équivalente, ainsi que des mesures nécessaires pour qu'une violation passée de l'article 36 n'ait pas d'incidence sur les procédures ultérieures¹¹⁴.

La Cour, après avoir rappelé le principe général énoncé la première fois dans l'*Affaire de l'usine de Chorzów*¹¹⁵, précise que « ce qui constitue une 'réparation dans une forme adéquate' [...] dépend, manifestement, des circonstances concrètes de chaque affaire ainsi que de la nature exacte et de l'importance du préjudice »¹¹⁶.

Concernant la réparation des violations de l'article 36 (1)(b), elle avait déjà précisé dans l'arrêt *LaGrand* que « dans les cas où les intéressés auraient fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères [...] les États-Unis devraient permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la *Convention* »¹¹⁷. Compte tenu des faits internationalement illicites des États-Unis, la Cour estime, dans l'arrêt *Avena*, que

le moyen de remédier à ces violations doit résider dans une obligation des États-Unis de permettre le réexamen et la révision du cas de ces ressortissants par les tribunaux américains [...] en vue de déterminer si dans chaque cas la violation de l'article 36 commise par les autorités compétentes a en fait, dans le cours de l'administration de la justice pénale, causé un préjudice à l'intéressé.¹¹⁸

Avant d'examiner plus en détail cette obligation de réexamen et de révision, la Cour motive son refus d'accorder la *restitutio in integrum* sous forme d'annulation (ou de retrait) des jugements, telle que demandée par le Mexique. Elle refuse en effet de voir dans « l'annulation partielle ou totale des verdicts de culpabilité et des peines

¹¹⁴ *Avena*, *supra* note 4 au para. 116.

¹¹⁵ *Usine de Chorzów*, *supra* note 23 à la p. 21 tel que cité dans *Avena*, *Ibid.* au para. 119 : « C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate ».

¹¹⁶ La Cour cite également l'affirmation de la Cour permanente de Justice internationale selon laquelle « la réparation doit, autant que possible effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » (*Affaire relative à l'usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, arrêt du 13 septembre 1928 (fond), [1928] C.P.J.I. (sér. A) n° 17 à la p. 47).

¹¹⁷ *LaGrand*, *supra* note 5 aux pp. 513-514, au para. 125 tel que cité dans *Avena*, *supra* note 4 au para. 120. Il faut noter que cette affirmation de la Cour, en 2001, concernait la demande d'assurances et garanties de non-répétition de l'Allemagne (voir *infra*, C, 2)).

¹¹⁸ *Avena*, *Ibid.* au para. 121.

[...] le seul mode de réparation »¹¹⁹, et distingue très nettement l'affaire *Avena* de l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Comme la Cour l'avait implicitement indiqué lors du traitement des exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité, il ne s'agit pas pour elle de porter une appréciation générale sur la procédure suivie à l'égard de chacun des ressortissants : « l'affaire portée devant elle concerne l'article 36 de la *Convention de Vienne*, et non le bien-fondé en soi de tout verdict de culpabilité rendu ou de toute peine prononcée »¹²⁰. Contrairement au mandat d'arrêt délivré par le juge belge, dont l'émission elle-même faisait l'objet du différend devant la Cour, « ce ne sont pas les verdicts de culpabilité rendus et les peines prononcées à l'encontre des ressortissants mexicains qui doivent être considérés comme une violation du droit international, mais uniquement certains manquements [...] qui les ont précédés »¹²¹. La Cour refuse ainsi d'accueillir la thèse du Mexique selon laquelle le défaut de notification et de communication consulaire aurait « *ipso facto* pour effet de vicier l'ensemble de la procédure pénale »¹²². Elle renvoie cette question à l'appréciation des tribunaux américains qui seront concernés par le réexamen et la révision des procédures en cause¹²³.

Ayant déjà partiellement indiqué les conséquences qu'entraînent pour les États-Unis leurs violations de la *Convention de Vienne*, la Cour précise cependant « les moyens par lesquels devra être réparé le préjudice que les États-Unis ont causé au Mexique et à ses ressortissants »¹²⁴. Elle apporte sur ce point une limitation essentielle à la liberté de choix des États-Unis en ce qui concerne les moyens permettant le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine. « Réexamen et révision » doivent en effet se faire, comme il est dit dans l'arrêt *LaGrand*, « en tenant compte de la violation des droits prévus par la *Convention* »¹²⁵. La Cour relève ainsi qu'il ne suffit pas que le ressortissant étranger puisse faire valoir son droit sous quelque forme que ce soit, et en particulier sous la clause constitutionnelle de *due process*. L'effet de la règle de la carence procédurale, telle qu'elle est actuellement appliquée en interdisant à l'intéressé de faire valoir ses droits en vertu de la *Convention de Vienne*, doit par conséquent être vu comme un obstacle au réexamen et la révision auxquels sont tenus les États-Unis. C'est ainsi, semble-t-il, qu'il faut comprendre les développements de l'arrêt consacrés à la question du

¹¹⁹ *Ibid.* au para. 123.

¹²⁰ *Ibid.* au para. 122.

¹²¹ *Ibid.* au para. 123. Voir l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, [2002] C.I.J. rec. à la p. 30, para. 72 et le dispositif à la p. 33, para. 78, D, 2. Voir aussi l'affaire *Martini* (Italie c. Venezuela) (1930), 2 R.S.A. 975.

¹²² *Avena*, *supra* note 4 au para. 124. Voir également *supra* A. Suivant un raisonnement similaire, la Cour rejette la conclusion mexicaine selon laquelle elle devrait enjoindre les États-Unis de tenir pour inadmissibles dans les procédures en cours les dépositions et aveux obtenus avant que les ressortissants n'aient été informés de leurs droits (*Ibid.* aux paras. 126-127).

¹²³ *Ibid.* au para. 122 où la Cour affirme : « La question de savoir si les violations du paragraphe 1 de l'article 36 doivent être considérées comme ayant, dans l'enchaînement causal des événements, conduit finalement à des verdicts de culpabilité et à des peines sévères fait partie intégrante des procédures pénales devant les tribunaux des États-Unis et relève de l'appréciation de ces derniers dans le cadre du réexamen et de la révision ».

¹²⁴ *Ibid.* au para. 128. Elle répond ainsi à la septième conclusion du Mexique, présentée à titre subsidiaire (*Ibid.* au para. 129).

¹²⁵ *LaGrand*, *supra* note 5 au para. 125 tel que cité dans *Avena*, *supra* note 4 au para. 120.

réexamen et de la révision bien que cela ne soit pas tout à fait expressément consacré par le dispositif¹²⁶.

S'agissant de la procédure de recours en grâce, la Cour est à l'inverse explicite, et la solution à laquelle elle parvient est plutôt équilibrée. Elle accueille ainsi partiellement la demande mexicaine selon laquelle cette procédure ne peut satisfaire l'obligation pesant sur les États-Unis d'assurer le réexamen et la révision des verdicts et des peines¹²⁷. Récapitulant les caractères que doivent revêtir le réexamen et la révision, la Cour souligne qu'ils doivent être effectifs, tenir compte de la violation des droits prévus par la *Convention de Vienne* et garantir qu'elle soit prise en compte, comme le préjudice en résultant, et enfin porter à la fois sur la peine prononcée et sur le verdict de culpabilité rendu¹²⁸.

La Cour « considère que c'est la procédure judiciaire qui est adaptée à cette tâche »¹²⁹ et que le recours en grâce n'est pas judiciaire¹³⁰. En prenant extrêmement soin de ne pas porter de jugement général sur la procédure de grâce¹³¹, la Cour conclut que cette procédure, « telle qu'elle est pratiquée actuellement dans le cadre du système de justice pénale des États-Unis, n'apparaît pas satisfaire aux exigences décrites [...] et que, dès lors, elle ne saurait suffire à elle seule à constituer un moyen approprié de 'réexamen et de révision' »¹³². La juridiction de La Haye n'exclut cependant pas complètement ce remède dans la mesure où il « [pourrait] compléter le réexamen et la révision judiciaires », notamment pour le cas des trois ressortissants dont les condamnations sont définitives¹³³.

¹²⁶ *Avena*, *supra* note 4 aux paras. 130-134. La conclusion de ces développements, au para. 134, est formulée ainsi : « Le point crucial, en pareille situation, est que, par l'effet de la règle de la carence procédurale telle qu'elle est actuellement appliquée, l'intéressé se voit en fait interdire de soulever la question de la violation des droits que lui reconnaît l'article 36 de la *Convention de Vienne* et ne peut que chercher à faire valoir ses droits au titre de la *Constitution des États-Unis* ». Dans le dispositif, au para. 153, 9), la Cour dit que pour fournir la réparation appropriée les États-Unis « sont tenus d'assurer, par les moyens de leur choix, le réexamen et la révision des verdicts [...] *en tenant compte à la fois de la violation des droits prévus par l'article 36 de la Convention et des paragraphes 138 à 141 du présent arrêt* » [nos italiques].

¹²⁷ *Avena*, *Ibid.* au para. 135. La Cour résume l'argumentation mexicaine sur ce point.

¹²⁸ *Ibid.* au para. 138.

¹²⁹ *Ibid.* au para. 140.

¹³⁰ *Ibid.* au para. 142.

¹³¹ *Ibid.* La Cour constate et reconnaît, s'appuyant au besoin sur une citation de la Cour suprême des États-Unis, que le recours en grâce « exerce une fonction importante dans l'administration de la justice pénale » et « fait partie de la structure d'ensemble visant à assurer justice et équité dans le fonctionnement du système de justice pénale des États-Unis ».

¹³² *Ibid.* au para. 143.

¹³³ *Ibid.* Ces trois cas ont été évoqués *supra* note 111, concernant la violation de l'article 36 (2) de la *Convention de Vienne*.

2. LE PRÉSENT ET L'AVENIR DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE VIENNE AUX ÉTATS-UNIS : CESSATION, GARANTIES DE NON-RÉPÉTITION ET PORTÉE DE LA RES JUDICATA

La huitième et dernière conclusion du Mexique porte à la fois sur la cessation des violations de l'article 36 de la *Convention de Vienne* à l'égard du Mexique et de ses cinquante-deux ressortissants, et sur l'obtention de « garanties et assurances appropriées » de la part des États-Unis de faire respecter les paragraphes 1 et 2 de l'article 36.

La Cour rejette tout d'abord la demande de cessation en constatant que « le Mexique n'a pas établi l'existence d'une violation continue de l'article 36 de la *Convention de Vienne* à l'égard des cinquante-deux ressortissants visés dans ses conclusions finales »¹³⁴. Selon le projet d'article 30 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de la C.D.I., l'État responsable a en effet une obligation de cessation lorsque le fait illicite continue¹³⁵. La Cour n'y fait pas référence, mais observe que les cas des ressortissants mexicains sont pendants devant les juridictions américaines et que le remède approprié consiste dans le réexamen et la révision à raison de la violation de la *Convention de Vienne*¹³⁶. Cela peut paraître contradictoire d'affirmer, dans le même paragraphe, le caractère instantané du fait illicite (ou l'absence de violation continue) et le caractère encore pendant des procédures pénales, puisque la Cour a elle-même longuement insisté sur le fait que les secondes ne constituent pas en soi ce fait illicite¹³⁷. L'affirmation de la Cour doit ainsi être lue, non comme une motivation de son rejet de la demande de cessation, mais comme l'expression de son pouvoir d'appréciation quant aux conséquences à attacher aux faits internationalement illicites. Cela paraît toutefois difficilement concevable dans la mesure où l'obligation de cessation, au titre du droit de la responsabilité, naît dans des circonstances bien déterminées et indépendamment de la réparation proprement dite¹³⁸.

¹³⁴ *Ibid.* au para. 148.

¹³⁵ *Projet d'articles de la C.D.I. sur la protection diplomatique adoptés en première lecture, supra* note 38, dont l'Assemblée générale des Nations Unies a pris note dans une résolution (*Résolution sur la sixième commission*, Doc. off. AG NU, 56^e sess., A/RES/56/83 (2001) article 30, alinéa a)). Voir sur la notion de fait illicite continu l'article 14 (« L'extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale »), para. 2, et les commentaires correspondants de la C.D.I., tels que dans le *Rapport de la Commission de droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session*, Doc. off. AG NU, 56^e sess., *supp.* n° 10, A/56/10, aux pp. 146-149.

¹³⁶ *Avena, supra* note 4 au para. 148.

¹³⁷ Dans ce sens, voir *Ibid.* opinion individuelle du juge Tomka au para. 20 : « La référence au fait que les cas soient pendants devant les juridictions internes pourrait prêter à confusion en créant l'impression que la demande du Mexique relative à la cessation ne saurait être accueillie par la Cour, étant donné que le non-épuisement des voies de recours internes aux États-Unis, soit rend la demande prématurée et de ce fait irrecevable, soit ne permet pas de constater que l'obligation en cause a déjà été violée. Mais cette deuxième hypothèse est clairement à exclure car la Cour, dans le même paragraphe 148, confirme que le réexamen et la révision sont le remède approprié de la violation (qui devait être constatée d'abord) de la *Convention de Vienne* ».

¹³⁸ *Ibid.* opinion individuelle du juge Tomka au para. 21 : « Le caractère du remède approprié (ou de la réparation appropriée) est de même sans pertinence en ce qui concerne l'obligation de cessation ». Voir aussi le commentaire de la C.D.I. relatif à ses projets d'articles, *supra* note 135 à la p. 234, para. 4 : « la réparation, aussi importante soit-elle dans de nombreux cas, peut ne pas être la question essentielle

Le caractère achevé, ou instantané, de la violation de l'article 36 (1)(b) ne peut que difficilement être contesté, puisque l'obligation primaire en cause est nettement individualisée à travers l'information sans retard du ressortissant placé en détention. S'agissant de l'article 36 (2), la Cour n'a pas fait droit à la demande mexicaine, selon laquelle la simple application de la règle de la carence procédurale constituerait en elle-même une violation de cette disposition. Seuls une analyse au cas par cas et l'épuisement effectif de tous les recours judiciaires permettent de l'établir. Il s'ensuit, là encore, que la violation ne peut en aucun cas avoir de caractère continu. Le commentaire de la C.D.I. fait toutefois état d'une conception plus large de la cessation, puisqu'il y est dit que « l'article 30 englobe également les situations dans lesquelles un État a violé une obligation à plusieurs occasions, ce qui implique un risque de répétition »¹³⁹, et qui aurait peut-être pu s'appliquer dans l'espèce. Une telle injonction de cessation ne serait cependant pas sans rappeler l'objet des assurances et garanties de non-répétition¹⁴⁰.

À cet égard, la Cour fait remarquer, au paragraphe suivant et au sujet de la demande mexicaine de garanties de non-répétition, « qu'elle n'a pas été dûment saisie d'éléments de preuve de nature à faire apparaître une pratique habituelle revêtant un caractère général »¹⁴¹. Cette affirmation mise à part, la Cour reprend l'arrêt *LaGrand*, par lequel elle avait fait droit à la demande de l'Allemagne concernant une assurance générale de non-répétition :

La Cour estime que l'engagement pris par les États-Unis [devant elle] d'assurer la mise en œuvre des mesures spécifiques adoptées en exécution de leurs obligations au titre de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 doit être considéré comme satisfaisant à la demande de l'Allemagne visant à obtenir une assurance générale de non-répétition¹⁴².

La Cour « estime [...] que ce qu'elle a dit dans [...] l'arrêt *LaGrand* demeure applicable et satisfait » la demande visant des garanties et assurances de non-répétition¹⁴³. Ainsi, la Cour conclut sur la demande mexicaine sans exiger d'assurance particulière en ce qui concerne l'article 36 (2) et l'application de règle de la carence

dans un litige entre États concernant les questions de responsabilité ». Sur les difficultés, dans certains cas, de distinguer la réparation, et en particulier la restitution, de la cessation, voir *Ibid.* aux pp. 235-236, para. 7-8.

¹³⁹ Commentaires de la C.D.I., *supra* note 1355 à la p. 234, para. 3. Voir dans ce sens *Avena*, *supra* note 4, Plaidoirie du Conseil du Mexique, Dietmar Prager, (15 décembre 2003) à la p. 46, para. 408).

¹⁴⁰ Sur les assurances et garanties de non-répétition, voir l'article 30, alinéa b), du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État de la C.D.I. et les commentaires*, *supra* note 38, aux pp. 236 à 240, para. 9-13. Le rapprochement entre cessation et assurances et garanties de non-répétition remonte à la seconde lecture du projet d'articles au sein de la C.D.I. et aux propositions du dernier rapporteur spécial, James Crawford. Voir l'étude de Giuseppe Palmisano, « Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit : à propos de l'affaire *LaGrand* » (2002) 106 R.G.D.I.P. 753, aux pp. 759-760 [Palmisano].

¹⁴¹ *Avena*, *supra* note 4 au para 149. Il faut noter que la formulation retenue (« n'a pas été dûment saisie ») n'exclut pas catégoriquement l'existence d'une telle pratique.

¹⁴² *LaGrand*, *supra* note 5 aux pp. 512-513, para. 124 tel que cité dans *Avena*, *supra* note 4 au para. 150.

¹⁴³ *Avena*, *supra* note 4 au para. 150. La Cour a auparavant, au para 149, pris acte des mesures prises par les États-Unis ou de leur action en vue d'assurer l'information consulaire.

procédurale, alors même qu'elle a noté plus tôt dans l'arrêt que cette règle n'a pas été modifiée et qu'il n'a pas été pris de dispositions pour empêcher son application en cas de défaut d'information consulaire¹⁴⁴. Elle inscrit pourtant dans le dispositif un paragraphe spécifique, distinct de celui consacré à la réparation, par lequel elle

[d]it que, si des ressortissants mexicains devaient néanmoins être condamnés à une peine sévère sans que les droits qu'ils tiennent de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la *Convention* aient été respectés, les États-Unis devront, en mettant en œuvre les moyens de leur choix, assurer le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine, de façon à accorder tout le poids voulu à la violation des droits prévus par la *Convention*, en tenant compte des paragraphes 138 à 141 du présent arrêt.¹⁴⁵

S'il s'agit bien là d'une, voire de la seule, réelle garantie de non-répétition, il faut noter que la Cour, une fois de plus, n'a pas précisé *quand* et *pourquoi* certaines circonstances exigent qu'une telle conséquence soit attachée à un comportement illicite¹⁴⁶. En outre, et comme dans l'arrêt *LaGrand*, l'arrêt *Avena* suscite des interrogations. En effet, l'obligation de « réexamen et de révision » des verdicts et des peines apparaît successivement, dans la décision de la Cour, comme une obligation primaire contenue dans l'article 36 (2) de la *Convention de Vienne* et comme une obligation secondaire, due à la fois à titre de réparation pour les ressortissants mexicains visés dans la requête et, à titre de garantie de non-répétition, pour ceux qui pourraient à l'avenir être condamnés à des peines sévères sans avoir bénéficié des droits qu'ils tiennent de l'article 36 (1) de la *Convention de Vienne*. Il devient ainsi extrêmement difficile d'identifier ce qu'implique la garantie de non-répétition qui n'est pas déjà présente dans la règle primaire¹⁴⁷. Une explication, donnée à propos de l'affaire *LaGrand*, consiste à dire que, contrairement à l'obligation générale incluse dans l'article 36 (2), l'obligation correspondant à la garantie de non-répétition

¹⁴⁴ *Ibid.* au para. 113. Voir *supra*, C, 1, a).

¹⁴⁵ *Ibid.* au para. 153, point 11). C'est dans les mêmes termes que la Cour avait répondu aux demandes allemandes d'assurances et de garanties de non-répétition spécifiques aux cas futurs où les États-Unis manqueraient à leur obligation d'information consulaire des ressortissants allemands (voir *LaGrand*, *supra* note 5 au para. 128, point 7), et les développements qui le soutiennent aux paras. 125-127).

¹⁴⁶ Dans ce sens, à propos de l'arrêt *LaGrand*, voir Palmisano, *supra* note 140, aux pp. 771, 774 et s. Sur les doutes de certains membres de la C.D.I. sur le fait que la Cour ait véritablement consacré, dans l'affaire *LaGrand*, la catégorie des assurances et garanties de non-répétition, voir *Ibid.* à la p. 777 et les références citées. Sur le doute du professeur Palmisano quant au fait que l'« assurance générale » dont prend acte la Cour soit plus qu'une forme de satisfaction, voir Palmisano, *supra* note 140 à la p. 779.

¹⁴⁷ *Contra, Ibid.* à la p. 783 : « les garanties de non-répétition impliquent [...] une obligation juridique nouvelle, dont l'exécution, tout en étant indispensable à celle de l'obligation primaire imposée par la règle violée (et encore existante), comporte toutefois une action ou omission que la règle primaire en soi n'imposait pas auparavant, et n'impose pas non plus après que l'acte illicite a été commis ». Il convient peut-être d'envisager, en cas de nouvelle violation, une aggravation de la responsabilité. Mais la forme de celle-ci est difficilement concevable dans la mesure où l'obligation de réparer correspond déjà à l'obligation primaire. Il faudrait dès lors envisager d'inclure dans la réparation une indemnisation spécifique pour le caractère répété de la violation, ce qui lui donnerait une connotation répressive. Un parallèle peut être fait, à cet égard, avec la question problématique des conséquences de la violation d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires.

impliquerait une action spécifique seulement dans le cas où le ressortissant étranger serait soumis à une « détention prolongée ou à une peine sévère »¹⁴⁸.

La portée de l'interprétation de la *Convention de Vienne* par la Cour est particulièrement soulignée, enfin, lorsqu'elle précise que,

bien que les observations de la Cour intéressent les cas des ressortissants mexicains qui lui ont été soumis par le Mexique, elle s'est référée aux questions de principe soulevées au cours de la présente instance du point de vue de l'application générale de la *Convention de Vienne*, et qu'il ne saurait être question d'appliquer un argument *a contrario* à la moindre des conclusions à la moindre des conclusions que la Cour formule dans le présent arrêt.¹⁴⁹

Dès lors, poursuit-elle, on ne saurait déduire de ses conclusions qu'elles sont « inapplicables à d'autres ressortissants étrangers se trouvant dans les mêmes conditions aux États-Unis »¹⁵⁰.

L'arrêt du 31 mars 2004 permet à la Cour, comme dans l'affaire *LaGrand*, de « conjuguer à tous les temps » la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*. Au passé, en examinant les violations réellement commises par les autorités américaines. Au présent, en condamnant les États-Unis pour une pratique qui paraît largement répandue. Au futur, enfin, en leur indiquant, avec de nouvelles précisions, le comportement à suivre pour éviter de nouvelles violations. Cette conjugaison répond finalement parfaitement aux multiples fonctions remplies par le droit de la responsabilité en droit international : la réparation et la prévention des faits illicites, d'une part, comme la « restauration » de l'ordre juridique troublé, d'autre part¹⁵¹.

¹⁴⁸ Christian J. Tams, « Consular Assistance : Rights, Remedies and Responsibility : Comments on the ICJ's Judgement in the *LaGrand* Case » (2002) 13 E.J.I.L. 1257 (Révisé). Version complète de l'article, à laquelle nous renvoyons sur ce point, en ligne : <<http://www.ejil.org/journal/Vol13/N°5/sr1-02.html#24-3-d>>. Voir aussi les conjectures du professeur Jean Matringe à propos de l'obligation de réexamen et révision mise à la charge des États-Unis dans l'arrêt *LaGrand*, dans « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001 » (2002) 48 A.F.D.I. 215 aux pp. 254- 256.

¹⁴⁹ *Avena*, *supra* note 4 au para. 151.

¹⁵⁰ *Ibid.* La Cour « répond » ainsi au président Guillaume qui, dans une déclaration jointe à l'arrêt *LaGrand* avait souligné le risque d'une telle interprétation *a contrario*. La précision apportée par la Cour dans l'affaire *Avena* paraît justifiée par le fait qu'elle a interprété une convention multilatérale et que les États parties à celle-ci bénéficiaient de la faculté d'intervenir en vertu de l'article 63 du *Statut de la Cour*. Cela ne signifie pas, toutefois, que l'arrêt de la Cour jouit de l'autorité de la chose jugée à l'égard de cas non visés dans la requête mexicaine (voir l'article 59 du *Statut de la Cour*).

¹⁵¹ Par ailleurs, la Cour rapporte les effets de son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 5 février 2003 pour les remplacer par les obligations énoncées dans l'arrêt. Elle rappelle ainsi indirectement le caractère obligatoire de ses ordonnances, tel qu'il a été dégagé dans l'arrêt *LaGrand* (voir *Avena*, *supra* note 4 au para. 152).

Post-scriptum

Les difficultés d'application de la *Convention de Vienne* sur les relations consulaires dans le système judiciaire américain ont donné lieu récemment à une remarquable prise de position du Président des États-Unis. Celui-ci, par une déclaration faite à titre d'*amicus curiae* dans une affaire impliquant l'un des cinquante et un ressortissants mexicains, affirme :

I have determined, pursuant to the authority vested in me as President by the Constitution and laws of the United States, that the United States will discharge its international obligations under the decision of the International Court of Justice in the *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals* [...], by having state courts give effects to the decision in accordance with general principles of comity in cases filed by the fifty-one Mexican nationals addressed in that decision.¹⁵²

Cette instruction paraît de nature à satisfaire pleinement aux remèdes indiqués par la Cour dans l'arrêt *Avena* et constitue un progrès au regard de l'attitude antérieure des États-Unis¹⁵³. Il s'agit d'une reconnaissance de l'effet obligatoire de l'arrêt de la Cour et d'une injonction faite aux cours étatiques de réexaminer et de réviser éventuellement les condamnations des ressortissants mexicains dont les droits garantis par la *Convention de Vienne* ont été violés. Le dualisme entre droit international et droit interne reste toutefois bien sensible dans la déclaration présidentielle. Celle-ci est fondée non seulement sur l'obligation qui pèse sur les États-Unis en vertu de l'arrêt de la Cour, mais également sur les « general principles of comity ». Cette précision laisse entendre qu'il n'existe pas, en droit interne, d'obligation juridique pour les tribunaux américains de mettre en œuvre les décisions de la Cour internationale de Justice et que celles-ci ne sont donc pas revêtues d'effet direct.

La solution que donnera la Cour suprême dans cette affaire devrait ainsi apporter des enseignements complémentaires à la fois sur la portée des droits conférés par la *Convention de Vienne* et sur celle de l'arrêt de la Cour à la suite de la déclaration présidentielle¹⁵⁴. Les jeux de miroir entre droit international et droit interne que soulève l'application de la *Convention de Vienne* sont donc appelés à connaître de nouveaux épisodes¹⁵⁵.

¹⁵² Cité dans la lettre des États-Unis, en tant qu'*amicus curiae* au soutien du défendeur, dans l'affaire *Medellin v. Dretke*, Cour suprême, n° 04-5928, disponible en ligne à l'adresse suivante : <<http://www.usdoj.gov/osg/briefs/2004/3mer/lami/2004-5928.mer.ami.html>> [consulté le 10 mars 2005].

¹⁵³ Voir Frederic L. Kirgis, « President Bush's Determination Regarding Mexican Nationals and Consular Convention Rights », ASIL Insight, mars 2005, en ligne : ASIL <<http://www.asil.org/insights/2005/03/insights050309.html>>.

¹⁵⁴ *Ibid.*, notamment sur les questions soulevées en droit constitutionnel américain sur la portée de cette déclaration.

¹⁵⁵ Sur ce point, voir Carlo Santulli, « Une administration internationale de la justice nationale? À propos des affaires *Breard* et *LaGrand* », (1999) 45 Ann. Fr. Dr. Int. 101.

Enfin, la secrétaire d'État Condoleezza Rice a, le 7 mars 2005, notifié au Secrétaire général des Nations Unies la dénonciation par les États-Unis du *Protocole facultatif à la Convention de Vienne sur les relations consulaires*. Ils privent ainsi de compétence la Cour internationale de Justice dans de futures affaires mettant en cause des violations des droits de ressortissants étrangers arrêtés, détenus ou jugés aux États-Unis. Le porte-parole du département d'État américain a, une nouvelle fois, fait valoir que ce *Protocole* permettait à la Cour de prendre le pas sur le système judiciaire national¹⁵⁶.

II. L'Affaire des plates-formes pétrolières (Iran c. États-Unis d'Amérique)¹⁵⁸

Si la justice est à chacun selon ce qu'il mérite, la C.I.J. mérite d'être applaudie pour le résultat auquel elle parvient dans *l'Affaire des plates-formes pétrolières*. L'Iran et les États-Unis ont tous deux obtenu ce que méritent deux États aux « mains sales », à savoir peu de choses, sinon rien. L'action de la République islamique d'Iran contre le bombardement américain de plates-formes pétrolières iraniennes et la demande reconventionnelle concernant le minage et les tirs de missiles contre des navires battant pavillon américain dans le golfe Persique ont été toutes deux rejetées. Que les deux demandes aient été accueillies, comme le suggère le juge Simma dans son opinion individuelle, n'eût cependant pas heurté le rôle pacificateur de l'organe judiciaire principal des Nations Unies dans sa fonction contentieuse. En application du vieil adage selon lequel « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès », on peut ajouter que la Cour a rempli sa mission en ne satisfaisant véritablement aucune partie (et en satisfaisant donc les deux minimalement), que ce soit parce que les États-Unis estiment qu'elle aurait dû demeurer silencieuse à propos de la licéité des actions américaines au regard du droit international général sur la légitime défense¹⁵⁹ ou encore parce que l'Iran estime qu'elle aurait dû rendre un arrêt de principe sur la prohibition de l'usage de la force en droit international¹⁶⁰. Prise entre deux feux, la Cour a su jouer tout à la fois son rôle de pacificateur, d'arbitre et d'*acteur* de la société internationale en assurant le respect du droit, malgré un fondement de compétence très étroit. Le rejet de la demande iranienne et de la demande reconventionnelle a été décidé par des votes de 15-1 et 14-2 respectivement. Mais ce consensus apparent cache de profondes divergences quant

¹⁵⁶ Voir Cécile Chambraud, « Les États-Unis se retirent du protocole permettant aux condamnés étrangers de recourir à l'aide consulaire », *Le Monde*, 10 mars 2003, en ligne : Le Monde <<http://www.lemonde.fr>>.

¹⁵⁷ Voir Cécile Chambraud, « Les États-Unis se retirent du protocole permettant aux condamnés étrangers de recourir à l'aide consulaire », *Le Monde*, 10 mars 2003, en ligne : Le Monde <<http://www.lemonde.fr>>.

¹⁵⁸ *Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 6 novembre 2003 (fond), en ligne : <<http://www.icj-cij.org>> [*Affaire des plates-formes pétrolières*].

¹⁵⁹ Voir William H. Taft IV, « Self-Defence and the Oil Platforms Decision » (2004) 29 *Yale J. Int'l L.* 295.

¹⁶⁰ Voir Djamchid Momtaz, « Did the Court Miss an Opportunity to Denounce the Erosion of the Principle Prohibiting the Use of Force? » (2004) 29 *Yale J. Int'l L.* 307.

à la façon d'atteindre ce résultat. C'est pourquoi l'arrêt de cinquante-cinq pages ne peut être compris dans toute sa subtilité qu'à la lumière des cent vingt-cinq pages d'opinions individuelles et dissidentes, produites par onze des seize juges¹⁶¹.

Après avoir relaté le contexte et les faits de l'affaire, ainsi que les conclusions de la Cour (A), nous nous pencherons sur la discrétion utilisée par la Cour pour (re)définir le conflit entre les deux parties comme une question d'usage de la force, et non comme une question de « liberté de commerce et de navigation » selon les termes du *Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires*¹⁶³ qui, pourtant, fonde sa compétence (B). Nous évoquerons enfin d'autres questions liées à l'interprétation des traités, au contenu substantif du droit de la légitime défense et au droit de la preuve (C).

A. Faits, contexte et conclusions de la Cour

1. FAITS ET CONTEXTE

Ce n'est que quinze ans après les événements ayant mené au différend que la C.I.J. rend finalement son arrêt sur le fond. Cette saga judiciaire, qui débute avec la requête introductive d'instance de l'Iran en novembre 1992, et qui s'allonge en raison de la demande reconventionnelle américaine déposée en 1998, concerne le bombardement par les États-Unis de plates-formes pétrolières iraniennes en 1987 et 1988.

Ce conflit doit être compris dans le contexte plus large des mauvaises relations diplomatiques qui perdurent entre les deux États depuis la révolution islamique de 1979, la prise d'otages à l'ambassade américaine à Téhéran en 1980, ainsi que l'appui plus ou moins tacite des États-Unis à l'Iraq, dans les années 1980, à l'occasion de la guerre Iran-Iraq. En 1955, pourtant, le « Grand Satan » américain signait avec l'un des membres du futur « axe du mal » un *Traité d'amitié*¹⁶⁴, dont l'article premier dispose qu'« [i]l y aura paix stable et durable et amitié sincère entre les États-Unis d'Amérique et l'Iran ». C'est la clause compromissoire à l'article 21 du *Traité d'amitié* qui sera le fondement, quelque peu improbable, de la compétence de la Cour en cette affaire.

Le 19 octobre 1987 et le 18 avril 1988, les forces navales américaines attaquent et détruisent substantiellement deux complexes de plates-formes pétrolières

¹⁶¹ Le nombre de juges a été porté à seize par la nomination de François Rigaux comme juge *ad hoc* pour l'Iran.

¹⁶² Le nombre de juges a été porté à 16 par la nomination de François Rigaux comme juge *ad hoc* pour l'Iran.

¹⁶³ *Traité d'amitié, de commerce et de droit consulaires*, État-Unis et Iran, 15 août 1955, 284 R.T.N.U. (entrée en vigueur : 6 juin 1957) [*Traité d'amitié*].

¹⁶⁴ Pour un exposé général sur ce traité, voir Michael Koehler, « Two Nations, A Treaty, and the World Court : An Analysis of the United States-Iranian Relations Under the Treaty of Amity Before the International Court of Justice » (2000) 18 Wis. Int'l L.J. 287. Sur ce type de traité en général, voir Robert Renbert Wilson, *United States Commercial Treaties and International Law*, New Orleans, Hauser Press, 1960.

iraniens. Dans les deux cas, il n'y a eu aucune victime, puisque le personnel iranien a évacué les lieux après avoir été averti de l'imminence de l'attaque. Les États-Unis affirment chaque fois qu'ils agissent en vertu de leur droit à la légitime défense. Le 16 octobre 1987, le *Sea Isle City*, un navire koweïtien battant depuis peu pavillon américain, est en effet touché par un missile que les États-Unis attribuent à l'Iran. Le 14 avril 1988, c'est le navire de guerre américain *USS Samuel B. Roberts* qui heurte une mine dans les eaux internationales près de Bahreïn. Les États-Unis attribuent encore cette mine à l'Iran, puisque des mines aux numéros de série semblables ont été trouvées sur un navire iranien, l'*Iran Ajr*, arraisonné par les États-Unis peu de temps avant l'incident. Dans les deux cas, l'Iran nie toute responsabilité, inférant qu'il s'agit plutôt d'actions iraqiennes et affirmant que l'*Iran Ajr* ne faisait que transporter les mines vers une autre région.

Alors que la guerre entre l'Iran et l'Iraq fait rage, les deux États seraient responsables d'avoir miné les eaux internationales du golfe Persique et de s'être livrés à la « guerre des pétroliers » afin d'affaiblir l'autre partie en la privant de revenus pétroliers. Quelque quatre cents navires neutres auraient ainsi été atteints entre 1980 et 1988, augmentant le risque du commerce pétrolier dans le golfe Persique. La responsabilité de ces attaques serait divisée assez également entre l'Iraq et l'Iran. Pour assurer un certain degré de sécurité, ainsi que pour rendre possible une éventuelle action en légitime défense, les États-Unis offrent, à la fin de 1986 et au début de 1987, de réimmatriculer, sous pavillon américain, les pétroliers naviguant dans le golfe Persique. Plusieurs navires étrangers passent sous pavillon américain, dont le *Sea Isle City* koweïtien.

La demande de l'Iran allègue que l'attaque et la destruction des plates-formes constituent une violation du *Traité d'amitié* et demande réparation pour celle-ci. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires, en 1996¹⁶⁵, la Cour a dit qu'elle avait compétence pour connaître des demandes de l'Iran au titre de l'article 10 (1) du *Traité* au terme duquel : « Il y aura liberté de commerce entre les territoires des deux Hautes Parties contractantes ». Deux ans plus tard, une demande reconventionnelle est déposée par les États-Unis¹⁶⁶. Il est demandé à la Cour de dire que l'Iran a violé ses obligations de garantir la liberté de commerce entre les deux États en attaquant les navires américains dans le Golfe à l'aide de mines et de missiles. Les États-Unis demandent également réparation pour le préjudice subi par là.

2. CONCLUSIONS DE LA COUR

L'arrêt rendu au fond le 3 novembre 2003 est surprenant à plus d'un égard. On relèvera tout d'abord que la Cour, avant même de déterminer s'il y a eu violation du *Traité d'amitié* par les États-Unis, examine, à titre liminaire, la défense américaine visant à excuser la violation alléguée (et non encore avérée!) du *Traité* sur le

¹⁶⁵ *Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 12 décembre 1996 (exceptions préliminaires) [1996] C.I.J. rec. 803 à la p. 821.

¹⁶⁶ *Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 10 mars 1998 (demande reconventionnelle), [1998] C.I.J. rec. 190 à la p. 204.

fondement du droit de légitime défense. Aussi, la Cour conclut que les actions américaines ne sauraient être excusées, le cas échéant, par le droit à la légitime défense, puisqu'elles ne répondent pas à une agression armée et ne sont pas nécessaires ni proportionnelles. Le raisonnement de la Cour est superflu puisque, nous le verrons, elle trouve subséquemment que les États-Unis n'ont pas violé l'article 10 (1) du *Traité d'amitié*. Des « considérations particulières », que nous examinerons plus loin, justifient toutefois, aux yeux de la Cour, cet examen préliminaire.

La Cour établit ensuite que les États-Unis n'ont pas violé l'article 10 (1) du *Traité d'amitié*. Même si la Cour trouve que la destruction des moyens de production et de transport des biens destinés à l'exportation constitue une « entrave à la liberté de commerce » de l'Iran¹⁶⁷, elle n'aurait, selon elle, causé aucun dommage véritable, puisque l'Iran était déjà frappé par un embargo américain, depuis le 29 octobre 1987, mettant fin à tout commerce « entre les territoires des Hautes Parties contractantes ». Sans commerce, il ne peut y avoir de violation de la liberté de commerce, conclut la Cour. Dans les faits, on sait que le pétrole iranien continuait de se rendre aux États-Unis, grâce au transit par des pays tiers, pratique non visée par l'embargo américain¹⁶⁸. La Cour interprète toutefois le mot « commerce » comme excluant le commerce indirect. L'Iran aurait pu argumenter du fait que l'embargo constitue une violation du *Traité d'amitié*. Il ne l'a pas fait, probablement parce que son seul intérêt réel est lié à une condamnation de l'usage de la force¹⁶⁹.

Finalement, la demande reconventionnelle des États-Unis est rejetée parce qu'aucun des navires battant pavillon américain ayant heurté des mines ne s'adonnait au commerce *entre les territoires* des États-Unis et de l'Iran au sens de l'article 10 (1). Sont rejetées également les multiples objections de recevabilité soulevées par l'Iran, où le demandeur argue notamment le fait que les États-Unis entretiennent une demande pour la violation des droits d'États tiers¹⁷⁰.

B. La définition du conflit

Les « considérations particulières »¹⁷¹ évoquées par la Cour pour justifier son analyse liminaire du droit à la légitime défense révèlent un bras de fer, au sein de la Cour, à propos de la définition juridique du différend. Certains juges auraient voulu définir le conflit comme relevant d'un différend strictement commercial, conférant à la Cour une compétence restreinte pour examiner les seuls termes de l'article 10 (1)

¹⁶⁷ *Affaire des plates-formes pétrolières*, *supra* note 158 au para. 89.

¹⁶⁸ Par ailleurs, les ventes de pétrole iranien en Europe augmentent de près de 70% durant les deux années suivant l'annonce de l'embargo.

¹⁶⁹ *Affaire des plates-formes pétrolières*, *supra* note 158, opinion individuelle de la juge Higgins au para. 19.

¹⁷⁰ Pour une discussion détaillée de cette question et de ses liens avec le possibilité de soulever devant la Cour la violation d'obligations *erga omnes* envers des États tiers, voir Pieter H.F. Bekker, « Protecting International Shipping Channels During Hostilities and the Oil Platforms Case : *Actio Popularis* Revisited? » (2004) 29 *Yale J. Int'l L.* 323.

¹⁷¹ *Affaire des plates-formes pétrolières*, *supra* note 158 au para. 37.

sur la « liberté de commerce »¹⁷². Dans cette perspective « contractualiste », interpréter le *Traité d'amitié* « à la lumière du droit international relatif à l'emploi de la force excéderait la compétence de la Cour » [notre traduction]¹⁷³. Pour la majorité toutefois, cette affaire naît d'un conflit concernant plus largement les limites posées à l'usage de la force au regard de la *Charte des Nations Unies*¹⁷⁴ et du droit coutumier. Dans cette veine, certains juges assurent qu'il s'agit d'un différend qui concerne, « par essence, la responsabilité internationale [et qui] gravite autour de la question de savoir s'il est permis pour un État de faire usage de la force contre un autre État en dehors des limites fixées par la *Charte des Nations Unies* »¹⁷⁵. Au-delà de cette querelle, certains juges, sensibles aux considérations de « justice internationale » et à l'opportunité de contribuer au développement du droit international¹⁷⁶, se félicitent de ce que le jugement « [perce véritablement le] cœur du différend repré[sentant] le respect des obligations de transparence dans l'analyse des faits et le respect de la vérité dans l'interprétation du fond du droit »¹⁷⁷. Le juge Simma, par exemple, applaudit ce que :

the Court has taken the opportunity, offered by the United States reliance on article 20 of the 1955 *Treaty*, to state its view on the legal limits of on the use of force at a moment when these limits find themselves under the greatest stress.¹⁷⁸

La Cour énonce donc quatre « considérations particulières » justifiant l'exercice de sa liberté « dans le choix des motifs sur lesquels elle fondera son arrêt »¹⁷⁹ et fondant *in fine* son choix de parler de légitime défense là où, pourtant, cela n'est pas nécessaire. « Il est indéniable », nous dit la Cour, « que le différend initial entre les Parties portait sur la licéité des actions menées par les États-Unis, à la lumière du droit international relatif à l'emploi de la force »¹⁸⁰. Elle ajoute que les deux parties reconnaissent que la présente affaire aura d'importantes incidences en matière d'emploi de la force¹⁸¹, puisque les États-Unis reconnaissent que « [I]es aspects de la présente espèce touchant à la légitime défense soulèvent des questions de la plus haute importance pour l'ensemble des membres de la communauté internationale »¹⁸². Elle rappelle, enfin, que les États-Unis soutiennent que l'article

¹⁷² *Ibid.*, opinions individuelles du juge Parra-Anranguren, du juge Owada, du juge Buergenthal et de la juge Higgins.

¹⁷³ *Ibid.*, opinion individuelle du juge Buergenthal au para. 3.

¹⁷⁴ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n°7.

¹⁷⁵ *Ibid.*, opinion dissidente du juge Elaraby au para. 1.1.

¹⁷⁶ Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Grotius Publications, Cambridge, 1982 à la p. 37 tel que cité dans *supra* note 157, opinion dissidente du juge Elaraby au para. 1.2.

¹⁷⁷ *Ibid.*, déclaration du vice-président Ranjeva au para. 4.

¹⁷⁸ *Ibid.*, opinion individuelle du juge Simma à la p. 1.

¹⁷⁹ *Affaire des plates-formes pétrolières*, *supra* note 158 au para. 37, citant l'*Affaire de l'application de la convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, [1958] C.I.J. rec. 55 à la p. 62 [*Affaire de l'application de la convention de 1902*].

¹⁸⁰ *Affaire des plates-formes pétrolières*, *supra* note 158 au para. 37.

¹⁸¹ *Ibid.* au para. 38.

¹⁸² *Ibid.*

20 (1)(d) est une disposition de fond et non une limitation ou une dérogation au paragraphe 10 (1)¹⁸³.

Plusieurs juges estiment encore que l'argument de légitime défense n'aurait dû être examiné que si la Cour avait trouvé une violation de l'article 10 (1) par les États-Unis¹⁸⁴. Le juge Kooijmans, par exemple, souligne l'étrange précédent :

It is [...] unprecedented in the history of both Courts for a claim against a Respondent to be *rejected* while earlier in the same paragraph the Respondent is found to have acted unlawfully even though that finding is not – and is not said to be – determinative or even relevant for the dismissal of the claim.¹⁸⁵

La redéfinition du conflit par la Cour, autour de la question plus large du recours à la force, et non simplement de l'application du *Traité de paix et d'amitié*, est toutefois louable. Être capable de trouver le « vrai » conflit confère une réelle légitimité à l'organe juridictionnel et le protège de toute accusation de « frustration procédurale ». On rappellera également, et elle ne manque pas de le faire elle-même, que la Cour « reste libre dans le choix des motifs sur lesquels elle fondera son arrêt »¹⁸⁶. Cette liberté, bien entendu, n'est pas illimitée. Cité dans son intégralité, l'*obiter* susmentionné de la Cour dans l'*Affaire sur l'application de la convention de 1902* fait en effet état de ce que la Cour « reste libre dans le choix des motifs sur lequel elle fondera son arrêt et n'est pas tenue d'examiner toutes les considérations présentées par les Parties, si d'autres lui paraissent suffisantes à cette fin » [nos italiques]¹⁸⁷. On sait notamment, à ce propos, qu'un motif ne devra être examiné que « dans la mesure où il paraîtrait être *déterminant* » [nos italiques]¹⁸⁸ pour la résolution du litige. Mais une fois satisfaite qu'un motif est déterminant pour la résolution du litige, la Cour peut, semble-t-il, décider, de façon discrétionnaire, d'en faire le fondement de son arrêt. C'est ce qui justifie *in fine* le choix opéré par la Cour en l'espèce de trancher, à titre principal, le différend sur le terrain de l'emploi de la force et de sa justification par le droit à la légitime défense, et non sur celui de la seule liberté de commerce.

¹⁸³ *Ibid.* au para. 36.

¹⁸⁴ *Ibid.*, opinion individuelle de la juge Higgins, aux paras. 2 et s. ; opinion individuelle du juge Owada aux paras. 3 et s. ; opinion individuelle du juge Buergenthal, aux paras. 2 et s. ; opinion individuelle du juge Parra-Aranguren ; opinion individuelle du juge Kooijmans, aux paras. 3 et s.

¹⁸⁵ *Ibid.*, opinion individuelle du juge Kooijmans au para. 3.

¹⁸⁶ *Affaire des plates-formes pétrolières*, *supra* note 158 au para. 37 citant l'*Affaire de l'application de la convention de 1902*, *supra* note 172 à la p. 62.

¹⁸⁷ *Affaire de l'application de la convention de 1902*, *supra* note 172 à la p. 62.

¹⁸⁸ *Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, [1951] C.I.J. rec. 116 à la p. 126.

C. Autres considérations : interprétation, légitime défense, preuve et demande reconventionnelle

1. QUESTIONS D'INTERPRÉTATION

La façon dont la Cour a interprété les articles 20 (1)(d) et 10 (1) du *Traité d'amitié* soulève plusieurs questions d'ordre méthodologique. En premier lieu, l'interprétation de cet article à la lumière du droit international général relatif à la légitime défense¹⁸⁹ a été qualifiée par certains juges d'excès de juridiction¹⁹⁰ ou encore de méthodologie interprétative douteuse¹⁹¹. C'est en effet par une interprétation libérale de l'article 31 (3)(c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qui dispose qu'il sera tenu compte, au moment de l'interprétation, « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties », que la Cour parvient à la transsubstantiation presque complète de l'article 20 (1)(d) du *Traité d'amitié* en l'article 51 de la *Charte des Nations Unies*. Plutôt que de suivre la prétention américaine selon laquelle il faut examiner l'article 20 (1)(d) de façon littérale, « uniquement en fonction des critères énoncés dans cette disposition »¹⁹², la Cour estime que cet article doit être présumé compatible avec le droit international concernant le recours à la force¹⁹³. Partant de là, la Cour déclare que le droit international relatif à l'emploi de la force, c'est-à-dire « les dispositions de la *Charte des Nations Unies* et le droit international coutumier »¹⁹⁴, constitue un ensemble de « règle[s] pertinente[s] de droit international applicable[s] dans les relations entre les parties »¹⁹⁵. De sorte que, eu égard à l'article 20 (1)(d) du *Traité d'amitié*, la Cour examine s'il y a agression armée et si la riposte américaine était nécessaire et proportionnelle¹⁹⁶.

Cette interprétation extensive de l'article 20 (1)(d) n'est pas sans poser problème puisqu'elle tend à exposer les États parties au traité d'amitié à *tout* le droit international et pas seulement au droit conventionnel. Elle pourrait bien dissuader les États, à l'avenir, d'inclure dans leurs traités d'amitié des clauses compromissaires soumettant à la Cour leurs différends. Le juge Buergenthal estime d'ailleurs qu'en procédant ainsi, la Cour excède sa compétence telle que conférée par le *Traité d'amitié*. Le juge Kooijmans, quant à lui, propose une façon de procéder qui mènera au même résultat, mais qui semble méthodologiquement plus légitime. Selon lui, il faudrait d'abord que la Cour détermine qu'elle n'a pas compétence au regard du *Traité*, pour ensuite évaluer si la destruction des plates-formes peut être justifiée en tant qu'acte de légitime défense. Dès lors, au moment d'examiner si, comme le

¹⁸⁹ *Affaire des plates-formes pétrolières*, *supra* note 158 aux paras. 45 et 78.

¹⁹⁰ *Ibid.* opinion individuelle du juge Buergenthal, au para. 3.

¹⁹¹ *Ibid.* opinion individuelle de la juge Higgins, au para. 2 ; opinion individuelle du juge Owada aux paras. 2 et s. ; opinion individuelle du juge Buergenthal, aux paras. 2 et s. ; opinion individuelle du juge Kooijmans, au para. 2.

¹⁹² *Ibid.* au para. 39.

¹⁹³ *Ibid.* aux paras. 40-41.

¹⁹⁴ *Ibid.* au para. 42.

¹⁹⁵ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) art. 31 (3)(c).

¹⁹⁶ Voir la section suivante sur la légitime défense.

prescrit le *Traité d'amitié*, les actions constituent des « mesures nécessaires à la protection des intérêts vitaux [...] sur le plan de la sécurité », c'est un « *test of reasonableness with regard to the question whether there existed a plausible threat to these interests justifying protective measures* »¹⁹⁷ que la Cour devrait appliquer. En admettant que les États-Unis pouvaient raisonnablement estimer leurs intérêts menacés, la Cour devrait encore évaluer la nécessité de l'intervention. Pour ce faire, elle pourrait alors se référer au droit international général pour déterminer, par exemple, le sens bien connu du mot « nécessaire » tel qu'il est compris dans le contexte d'usage de la force¹⁹⁸. Cette approche aurait mené au même résultat, sans pour autant dénaturer l'entreprise d'interprétation du *Traité d'amitié*.

Si l'interprétation de l'article 20 (1)(d) paraît trop extensive, il semble au contraire que l'interprétation du terme « commerce » au titre de l'article 10 (1) du *Traité d'amitié* est, pour sa part, trop restrictive. Afin de déterminer si la destruction des plates-formes a constitué une entrave à la liberté de commerce entre les territoires de l'Iran et des États-Unis, la Cour estime en effet qu'elle n'a pas à se baser sur les critères du droit commercial international, tels la « transformation substantielle » ou la « valeur ajoutée », pour établir si le pétrole importé aux États-Unis, même s'il a transité par un État tiers, est du pétrole iranien. Attachée au sens ordinaire du terme, compte tenu du contexte, de l'objet et du but du *Traité*, elle estime que c'est la nature des « transactions commerciales successives »¹⁹⁹ qui est déterminante. Le commerce indirect entre les deux États ne pourrait donc être couvert par les termes de l'article 10 (1) parce que lorsqu'un produit iranien est vendu à une compagnie d'un autre État, il ne s'agit plus de commerce entre l'Iran et les États-Unis, mais de commerce « entre l'Iran et un acheteur intermédiaire ». Alors, conclut la Cour, « l'Iran n'[a] plus aucun intérêt financier dans les biens cédés, ou n'[est] plus juridiquement responsable de ceux-ci »²⁰⁰. C'est ainsi que la Cour conclut que les États-Unis n'ont pas violé leurs obligations en vertu du *Traité d'amitié*.

Il n'est pas clair pourtant qu'en application du *Traité d'amitié*, le commerce « entre les territoires » doive être fait entre personnes de nationalité iranienne et américaine, sans intermédiaire international²⁰¹. L'article 8 (1) du *Traité d'amitié*²⁰²

¹⁹⁷ *Affaire des plates-formes pétrolières*, supra note 158, opinion individuelle du juge Kooijmans au para. 52.

¹⁹⁸ *Ibid.* Cependant, pour la position selon laquelle l'article 20 (1)(d) posséderait « a clearly discoverable meaning on its face » et que le recours au droit international général n'était pas nécessaire, voir Sir Frank Berman, « Treaty 'Interpretation' in a Judicial Context » (2004) 29 Yale J. Int'l L. 315 à la p. 321.

¹⁹⁹ *Affaire des plates-formes pétrolières*, supra note 158 au para. 97.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.* au para. 33.

²⁰² *Traité d'amitié*, supra note 161, art. 8 (1) « *Each High Contracting Party shall accord to products of the other High Contracting Party, from whatever place and by whatever type of carrier arriving, and to products destined for exportation to the territories of such other High Contracting Party, by whatever route and by whatever type of carrier, treatment no less favourable than that accorded like products of or destined for exportation to any third country, in all matters relating to : (a) duties, other charges, regulations and formalities, on or in connection with importation and exportation and (b) internal taxation, sale, distribution, storage and use. The same rule shall apply with respect to the international transfer of payments for imports and exports* ».

semble plutôt suggérer le contraire. Il contient en effet une clause de traitement non moins favorable qui s'applique aux produits de l'autre Haute Partie contractante « *from whatever place and by whatever type of carrier arriving* » et aux produits destinés à l'exportation vers le territoire de l'autre Haute Partie contractante « *by whatever route and by whatever type of carrier* ». Le commerce indirect serait donc envisagé par le *Traité*. C'est un élément qui, croyons-nous, aurait dû être considéré dans l'interprétation contextuelle et l'application de l'article 10 (1)²⁰³.

2. QUESTIONS DE LÉGITIME DÉFENSE

Quoique l'on pense de l'opportunité de la décision de la Cour, reste que l'arrêt rendu en l'affaire constitue un rare précédent en matière de droit à la légitime défense. Il convient, dès lors, de s'y attacher avec attention. On remarquera que la Cour semble restreindre la portée de la légitime défense, en particulier par sa façon d'établir l'existence d'une agression armée et les considérations de nécessité.

Ainsi, la Cour affirme que pour exercer leur

droit de légitime défense individuelle, les États-Unis doivent démontrer qu'ils ont été attaqués et que l'Iran était responsable des attaques, et que celles-ci étaient de nature à être qualifiées 'd'agression armée' tant au sens de l'article 51 de la *Charte des Nations Unies* que selon le droit coutumier en matière d'emploi de la force.²⁰⁴

Citant l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires*, la Cour rappelle la distinction « entre les formes les plus graves de l'emploi de la force (celles qui constituent une agression armée) et d'autres modalités moins brutales »²⁰⁵ et ajoute que « dans le cas de la légitime défense individuelle, ce droit ne peut être exercé que si l'État intéressé a été victime d'une agression armée »²⁰⁶.

Cette distinction entre les formes les plus graves de l'emploi de la force et les « autres modalités moins brutales » n'est pas inédite. Elle continue toutefois à poser problème puisqu'elle semble indiquer que les États victimes de l'usage de la force en deçà du niveau d'agression n'ont pas, en droit international, la possibilité de se prévaloir du droit de légitime défense individuelle pour excuser d'éventuelles contre-mesures militaires. On attend donc toujours de la part de la Cour des indications quant au type de contre-mesures que sont en droit d'adopter les victimes des formes « moins graves » ou « moins brutales » d'emploi de la force.

Ceci étant dit, la Cour, partant de cette distinction entre les formes les plus graves et les moins brutales d'emploi de la force, s'efforce de déterminer si, en l'espèce, les actes imputés à l'Iran sont suffisamment « graves » pour être considérés comme constitutifs d'une « agression armée » et, par là même, justifier le recours à la

²⁰³ *Affaire des plates-formes pétrolières*, supra note 158, opinion dissidente du juge Al Khasawneh, au para. 5 ; opinion dissidente du juge Elaraby, au para. 2.4.

²⁰⁴ *Ibid.* au para. 51.

²⁰⁵ *Ibid.* au para. 51, citant l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires*, supra note 23 au para. 191.

²⁰⁶ *Ibid.*, citant l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires*, supra note 23 au para. 195.

légitime défense. Ici encore, la Cour n'énonce aucun critère précis permettant de qualifier juridiquement l'usage de la force par un État d'agression. Outre, bien entendu, la nécessité de prouver que les actions incriminées sont imputables à l'Iran, deux questions sont toutefois centrales dans l'analyse de la Cour.

La première consiste à déterminer si les actions iraniennes sont, ou non, constitutives d'une véritable « attaque ». La Cour se demande, notamment, si « cet incident [le minage des eaux internationales] suffi[t] à lui seul à justifier des actes de légitime défense au motif qu'il aurait constitué une 'agression armée' »²⁰⁷. Les États-Unis estiment que le minage en lui-même constitue une agression armée. L'Iran, de son côté, s'en défend en affirmant n'avoir mouillé les mines qu'à des fins défensives²⁰⁸. La réponse apportée par la Cour nous éclaire mal sur ce qui peut constituer une « attaque ». Elle se contente en effet, après ne pas avoir exclu que « le minage d'un seul navire de guerre puisse suffire à justifier qu'il soit fait usage du 'droit naturel de légitime défense' », de conclure de façon quelque peu elliptique qu'elle n'est pas en mesure, « au vu de l'ensemble des circonstances », de dire qu'il y a eu, en l'espèce, « attaque » du *USS Samuel B. Roberts* justifiant la riposte américaine²⁰⁹. Reste toutefois qu'une « agression armée » ne pourra, semble-t-il, être établie qu'en présence d'une véritable « attaque » et qu'une telle attaque implique un certain degré d'intention offensive belliqueuse, et non pas seulement une intention défensive.

La seconde question consiste à déterminer si une telle « attaque » a été délibérément lancée contre l'État victime, ou si elle ne l'a affecté que de façon incidente ou indéterminée. Au moment d'établir si les attaques contre le *Sea Isle City* et le *Bridgeton* sont constitutives d'une « agression armée » contre les États-Unis, la Cour relève en effet que le premier navire « se trouvait dans les eaux koweïtiennes lorsqu'il fut attaqué, et qu'un missile 'ver à soie' tiré, comme il est allégué, à plus de cent kilomètres de là ne pouvait pas viser précisément ce navire, mais pouvait seulement avoir été programmé pour toucher une cible dans les eaux koweïtiennes ». Elle remarque également, à propos du second navire, qu'« il n'est pas démontré que le mouillage de mines auquel se serait livré l'*Iran Ajr* visait précisément [...] les États-Unis [et] qu'il n'a pas été établi que la mine heurtée par le *Bridgeton* avait été mouillée dans le but précis d'endommager ce navire ou d'autres navires américains »²¹⁰. Pour ces raisons, la Cour estime que ces incidents ne sont pas assimilables à une agression armée²¹¹. Il apparaît donc que pour être constitutive d'une agression armée, une attaque ne saurait être indiscriminée. Elle doit avoir été pensée et mise en oeuvre dans le but précis de frapper un ou plusieurs États en particulier.

On pourra regretter que la Cour n'ait pas articulé en des termes aussi clairs ces deux éléments de définition de l'agression armée. Ce sont là, toutefois, deux

²⁰⁷ *Ibid.* au para. 72.

²⁰⁸ *Ibid.* au para. 71.

²⁰⁹ *Ibid.* au para. 72.

²¹⁰ *Ibid.* au para. 64.

²¹¹ *Ibid.*

enseignements précieux qui constitueront, sans doute, une contribution essentielle de cet arrêt au droit de la légitime défense.

Quand bien même la Cour n'est pas parvenue à établir l'existence d'une véritable « agression armée », elle entend se prononcer sur la « nécessité » et la « proportionnalité » de la riposte américaine. Eu égard au degré de discrétion dont jouit l'État victime dans la définition de la riposte « nécessaire », la Cour rappelle, assez classiquement, et dans la continuité de l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires*, que « l'exigence que pose le droit international [...] est rigoureuse et objective, et ne laisse aucune place à une 'certaine liberté d'appréciation' »²¹². En l'espèce, la Cour conclut que la destruction des plates-formes n'était nécessaire ni en réponse à l'attaque du *Sea Isle City* en 1987, ni en réponse au mouillage de la mine heurtée par le *USS Samuel B. Roberts* en 1988²¹³. Tout d'abord, elle relève qu'aucun élément de preuve ne permet de conclure à une présence militaire sur les plates-formes ni, plus généralement, à leur utilisation en tant que base pour le lancement des attaques. Elle observe également que, si des protestations ont été émises de façon répétée à l'encontre du minage opéré par l'Iran, aucune protestation n'a jamais été émise concernant l'usage allégué des plates-formes pétrolières à des fins d'agression. De là, elle conclut que la riposte américaine ne saurait être considérée comme « nécessaire »²¹⁴.

S'agissant de l'exigence de proportionnalité, la Cour entend distinguer la riposte du 19 octobre 1987 et celle du 18 avril 1988. Concernant la première, elle considère que l'exigence de proportionnalité peut être satisfaite, étant donné qu'elle n'implique la destruction que de deux plates-formes pétrolières faisant partie du même complexe. La seconde, en revanche, est constitutive d'une opération de grande envergure visant non seulement des installations pétrolières, mais également deux frégates, ainsi que plusieurs navires et aéronefs iraniens. Elle ne constitue pas, aux yeux de la Cour, une réponse proportionnée au seul « mouillage, par un auteur non identifié, de la mine que devait heurter un seul navire de guerre américain, lequel, s'il fut gravement endommagé, ne sombra toutefois pas et dont l'équipage n'eut à déplorer aucune perte en vie humaine »²¹⁵.

3. QUESTIONS DE PREUVE

En ce qui concerne les questions de preuve, cette affaire vient confirmer, s'il était nécessaire, l'« attitude flexible »²¹⁶ de la Cour au regard du droit de la preuve. La Cour se contente de rappeler l'exigence d'éléments de preuve « déterminants ». Elle

²¹² *Ibid.* aux paras. 73 et 43.

²¹³ *Ibid.* au para. 76.

²¹⁴ *Ibid.* para. 77.

²¹⁵ *Affaire des plates-formes pétrolières*, *supra* note 158 aux paras. 68 et 77.

²¹⁶ Cour internationale de Justice, *Statement by Stephen M. Schwebel, President of the International Court of Justice, to the Fifty-Second Session of the General Assembly in Connection on Annual Report of the International Court of Justice*, 27 octobre 1997, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org/icjwww/ipresscom/SPEECHES/Ga1997e.htm>>. Voir aussi *supra* note 157, opinion individuelle de la juge Higgins, au para. 31.

considère en l'espèce qu'il n'y a pas de « preuve directe » de la prétendue agression iranienne. Elle est insatisfaite des preuves de « seconde main » soumises par les États-Unis, tels un rapport d'expert sur la provenance du missile ou un témoignage contradictoire d'un officier koweïtien ayant supposément vu le missile qui a heurté le *Sea Isle City*. En définitive, le seul principe général demeure que « la Partie qui avance un fait doit le prouver »²¹⁷.

La situation, toutefois, est quelque peu compliquée par la présence de l'Iraq, « tiers caché » dans ce conflit²¹⁸. Qu'il s'agisse du tir de missile contre le *Sea Isle City* ou des mines posées dans les eaux internationales du golfe Persique, il apparaît que l'Iran et l'Iraq peuvent tous deux être responsables. Comment, alors, déterminer avec certitude les responsabilités de chacun, en l'absence de l'un des protagonistes? À ce problème, le juge Simma propose une intéressante solution d'équité (*fairness*) grâce à ce qu'il considère comme un principe général de droit international au sens de l'article 38 (1)(c) du *Statut de la Cour*. Au regard du droit comparé des juridictions de *common law* et des juridictions civilistes françaises, suisses, allemandes et québécoises²¹⁹, les personnes commettant conjointement un préjudice, qui ne peut être attribué individuellement, sont toutes considérées entièrement responsables²²⁰. Même si ce principe semble heurter les droits de l'Iraq en tant qu'État tiers non soumis à la juridiction de la Cour, cette dernière aurait pu trouver l'Iran responsable sans se prononcer sur les actions de l'Iraq *per se*²²¹. Ainsi, le juge Simma tient-il les deux États responsables. Même si sa position est diamétralement opposée à celle de la Cour, qui ne tient aucun des deux États responsables, nous avons dans les deux cas le même résultat équitable et fort justifiable au regard du rôle de « pacification des relations interétatiques »²²² de l'organe judiciaire principal des Nations Unies : de deux parties qui tentent de violer impunément le droit international, refuser de donner raison à l'une plus que l'autre.

²¹⁷ Voir, sur ce point, Gilbert Guillaume, « La juridiction internationale permanente : Preuves et mesures d'instruction » dans *Société française pour le droit international*, Colloque de Lyon : La juridiction internationale permanente, Paris, Pedone, 1986, 191 aux pp. 199-200.

²¹⁸ *Affaire des plates-formes pétrolières*, *supra* note 158, opinion individuelle du juge Owada, au para. 43.

²¹⁹ *Ibid.*, opinion individuelle du juge Simma, au para. 69 qui porte sur le cas canadien de *common law* *Cook v. Lewis* [1951] S.C.R. 830 en appel de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le juge Simma semble toutefois tenir pour acquis que la responsabilité civile québécoise est identique au *tort law* canadien anglais puisque qu'il ajoute à la n. 84, « On Canadian law, see also Jean-Louis Beaudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1973 », un ouvrage de droit civil québécois, ce qui de toute façon ne fait que confirmer sa thèse selon laquelle différents systèmes de droit traitent de façon identique les défendeurs auxquels on ne peut attribuer qu'une faute conjointe et non individuelle faute de preuve suffisante.

²²⁰ *Ibid.* aux paras. 63 et s.

²²¹ *Ibid.* au para. 81.

²²² Jean-Philippe Bufferne, « La fonction de la Cour internationale de Justice dans l'ordre juridique international : Quelques réflexions » (2002) 15 R.Q.D.I. 141 à la p. 177.

