

DECLARATION DE M. LE JUGE RANJEVA, VICE-PRÉSIDENT

Rejet de la distinction «burden of proof» et «burden of evidence» — Analyse factuelle de la production des preuves — Inexistence de la maxime: nemo contra se edere tenetur — Article 62 du Règlement — Affaire du Détroit de Corfou et refus de production de pièces — Justification de l'analyse factuelle.

Protection diplomatique — Droits individuels — Convention de Vienne sur les relations consulaires — Interdépendance entre ces droits — Article 36 et identification des titulaires des droits énumérés — Interdépendance des droits du système de l'article 36: rencontre de l'initiative de l'Etat d'envoi et absence de refus du ressortissant.

1. Souscrivant aux conclusions et au raisonnement de la Cour, je souhaiterais préciser l'interprétation que je propose concernant le problème de la preuve et les rapports entre la protection diplomatique et les droits individuels.

2. L'arrêt refuse de reprendre à son compte la distinction présentée par les États-Unis d'Amérique entre le «*burden of proof*» et le «*burden of evidence*» (par. 56), traduits respectivement par «charge de la preuve» et «[des] éléments de preuve», pour ne retenir que le concept classique de la charge de la preuve. Cette décision mérite d'être approuvée bien que l'arrêt ne consacre pas de développements idoines à ce point. La distinction, trop subtile, proposée par la Partie défenderesse relève, peut-être, des catégories propres au droit américain; toujours est-il qu'il s'agit d'institutions de droit interne alors que la Cour a à appliquer le droit international et ses catégories. Tout au plus, doit-on rappeler une vérité élémentaire que sont les limites propres des catégories de droit interne; elles sont directement tributaires de l'histoire juridique et de celle des institutions de chaque système pour avoir une valeur universelle et être directement valable en droit international.

3. Le raisonnement de l'arrêt dans le paragraphe 57 est habile, il s'attache à un simple rappel factuel des propositions et des attitudes des Parties; la conclusion qui s'en dégage relève ainsi de l'évidence même. La démonstration aurait été plus convaincante si l'analyse factuelle était articulée avec le problème de la production des preuves dans les procès devant la Cour. Aux reproches de non-coopération que le défendeur formule à l'encontre du demandeur, la Cour répond en indiquant le comportement qu'elle attendait de celui-ci.

4. A l'analyse, l'objection américaine soulève une question de principe. La non-production de pièces par l'adversaire, sans une demande préalable à la Cour, peut-elle lui être reprochée? Traditionnellement, dans le cadre du droit processuel, le principe de base était formulé dans la maxime *nemo contra se edere tenetur* (nul n'est tenu de prouver contre

lui-même). Mais, au niveau du Règlement de la Cour, il ne semble pas que ce principe ait donné lieu à une interprétation maximaliste. Le paragraphe 1 de l'article 62 du Règlement confère à la Cour la plénitude de la compétence qui est discrétionnaire en matière d'initiative sur les preuves. Si la Cour accède à la requête du défendeur, elle peut enjoindre l'autre partie de le produire. A l'appui de cette interprétation, on peut évoquer le précédent de :

« la CPJI [qui] a jugé recevable la requête d'un agent qui pria la Cour de demander à l'autre Partie la production d'un texte d'ordre administratif, à l'appui de l'interprétation d'une certaine notion de droit administratif qu'il avait exposée à la Cour. Après délibéré, celle-ci décida de donner suite à cette suggestion. » (Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice adopté le 14 avril 1978*, 1983, p. 411, qui se réfère à *C.P.J.I. série E n° 8*, p. 259.)

5. Mais il convient de relever 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. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la production demandée par la Cour a été refusée par la partie en cause :

« Il n'est par conséquent pas possible de connaître la portée réelle de ces ordres militaires. La Cour ne peut toutefois tirer du refus de communication de l'ordre en question des conclusions différentes de celles que l'on peut tirer des faits tels qu'ils se sont effectivement déroulés. » (*Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 32.)

6. En l'absence d'obligation susceptible de remettre en cause l'initiative volontaire des Parties dans la production des preuves, la Cour ne dispose que de son pouvoir d'appréciation comme moyen dans la recherche de la vérité. Cette contrainte explique le caractère purement factuel de l'analyse des paragraphes 56 et 57.

7. Concernant le paragraphe 40, je souhaiterais apporter mon interprétation. La question est liée à la transposition par les Etats-Unis du Mexique de l'ensemble de l'argumentation de l'Allemagne dans l'affaire *LaGrand* (*Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique*), reprise au paragraphe 75 de l'arrêt de 2001 ; cette stratégie du Mexique est explicable : il a entendu obtenir le bénéfice de la jurisprudence *LaGrand* relative à la protection des « droits individuels » de ses ressortissants. A l'analyse cependant, les deux demandes, allemande et mexicaine, apparaissent fort différentes quant à leur objet. L'Allemagne a joint en un objet unique les demandes relatives respectivement à son droit propre et à celui relatif à la protection des droits individuels des frères LaGrand. Dans la présente affaire, la demande mexicaine est complexe : le demandeur agit d'abord en son nom propre ; ensuite, il agit dans l'exercice du droit qu'il a pour la protection de ses ressortissants ; et en dernier lieu, et ce point mérite de retenir l'attention, la réalisation des droits individuels des ressortissants

mexicains se situe dans le cadre du système judiciaire des Etats-Unis d'Amérique. Tant l'Allemagne que le Mexique recouvrent leur stratégie d'argumentation du pavillon de la protection diplomatique.

8. Aux fins de clarification conceptuelle, la référence à la notion de protection diplomatique constitue une erreur de droit. Selon la tradition, la protection diplomatique est d'abord une institution du droit international général ou coutumier :

«C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'Etat à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre Etat, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international.» (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 12.*)

9. En d'autres termes, la protection est le droit pour un Etat de présenter une réclamation internationale à l'encontre d'un autre Etat lorsqu'un de ses ressortissants a été victime d'un fait internationalement illicite. De la proposition de la Cour permanente de Justice internationale, une conclusion s'impose : la protection diplomatique est un droit propre de l'Etat. S'agissant, dans ces conditions, de l'exercice de la protection des droits individuels au profit de ses ressortissants, la question est de savoir s'il y a une place pour la protection diplomatique.

10. Sur un plan très pratique, la référence à la notion de protection diplomatique et à la règle de l'épuisement des recours peut avoir des effets pervers : l'objection tirée de la carence procédurale est de nature à rendre sans objet le respect de la condition liée à cette considération procédurale ; on ne ressuscite pas encore un condamné à mort déjà supplicié.

11. Dans un cadre théorique, une lecture combinée des dispositions de la convention de Vienne et des motifs de l'arrêt *LaGrand* amène à relever les observations suivantes : en premier lieu, la convention de 1963 énumère les droits qu'elle institue aux fins de faciliter l'exercice de la fonction consulaire tant au profit des Etats d'envoi que de leurs ressortissants ; en deuxième lieu, l'arrêt *LaGrand* décrit les relations entre les éléments du système de protection consulaire en termes d'interdépendance (*C.I.J. Recueil 2001, p. 492, par. 74*) et en dernier lieu, au paragraphe 77, l'arrêt expose que :

«la Cour conclut que le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité» (*C.I.J. Recueil 2001, p. 494, par. 77*).

12. Sauf erreur ou omission, ces propositions consacrent de manière immédiate les droits individuels mais n'établissent pas une condition

préalable à l'invocation par un Etat des violations aux droits de ses ressortissants. Hors donc du périmètre de la protection diplomatique, sans référence à la condition liée à l'épuisement des recours internes, la question est de déterminer la signification de l'interdépendance entre des éléments du système de protection consulaire.

13. La notion d'interdépendance a été utilisée par la Cour en 2001 pour qualifier les rapports de corrélation entre les droits énumérés au paragraphe 1 de l'article 36. La cause ou le centre de gravité de ce rapport est la recherche de la facilitation de la protection consulaire. En revanche, l'énumération des droits consiste en l'énonciation de leur consistance et leur dévolution respective entre l'Etat d'envoi et le sujet incarcéré; en d'autres termes, la convention de 1963 s'est attachée à identifier les titulaires des droits qu'elle institue, les droits individuels sont ceux dont sont titulaires les ressortissants incarcérés. Dans ces conditions, l'interdépendance visée par l'arrêt de 2001 concerne ni la nature ni la portée des droits en question; elle est relative à la mise en œuvre effective du système de protection. La mise en œuvre de l'exercice par l'Etat du droit qu'il a d'assurer la protection de ses ressortissants, qui tirent leurs droits de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36, est conditionnée par l'absence de refus que pourrait opposer le ressortissant incarcéré à cette démarche. Le caractère discrétionnaire de la compétence de l'Etat d'envoi se limite ainsi au droit à l'initiative du déclenchement du mécanisme de protection. Ce droit à l'initiative naît, en effet, « aussitôt que [la] nationalité étrangère est établie, ou dès qu'il existe des raisons de croire que cette personne est probablement un ressortissant étranger » (arrêt, par. 88).

(Signé) Raymond RANJEVA.