

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC*
SEPÚLVEDA

[Traduction]

Troisième affaire dans laquelle la Cour est saisie d'allégations de violations dans l'application et l'interprétation de la convention de Vienne sur les relations consulaires — Approuve dans l'ensemble la décision de la Cour, mais avec des réserves sur certaines conclusions — Exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité non présentées en temps voulu — Interprétation restrictive du droit de la responsabilité des Etats.

Droit des Etats à assurer la protection diplomatique de leurs ressortissants — Nature des obligations incombant aux Etats-Unis, et bénéficiaires de celles-ci — L'institution de la protection diplomatique et celle de l'assistance consulaire.

Reconnaissance de l'existence de droits individuels dans la convention de Vienne — Règle de l'épuisement des voies de recours internes, doctrine de la carence procédurale et déni de justice — Condition d'effectivité des voies de recours internes — Procédure de recours en grâce exclue des recours judiciaires et, partant, sans incidence au regard de la règle de l'épuisement — Sérieuses restrictions imposées au réexamen et à la révision par la règle de la carence procédurale — Après-LaGrand démontrant la médiocrité des chances d'obtenir un réexamen et une révision véritables et effectifs.

Interprétation infondée du droit des fonctionnaires consulaires de pourvoir à la représentation en justice de leurs ressortissants — Lecture des droits Miranda, droits fondamentaux de la défense et article 36.

Nature de la réparation demandée — Sens du réexamen et de la révision des verdicts de culpabilité et des peines — Défaut d'efficacité — Base juridique pour ordonner la cessation des violations de l'article 36 — Affaires tranchées précédemment par la Cour — Contribution insuffisante au développement du droit de la responsabilité des Etats.

1. La présente affaire constituait la troisième tentative de la Cour internationale de Justice en vue de résoudre des questions liées à l'interprétation et à l'application de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Pour la troisième fois, la Cour était invitée à définir la nature et la portée de certaines obligations internationales énoncées dans ce traité ainsi que les conséquences engendrées par une violation de la convention. En cette troisième occasion, la Cour était priée de dire si les Etats-Unis «[avaient] violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique» de cinquante-deux Mexicains condamnés à mort. La Cour était également priée de déterminer si le Mexique avait été privé de son droit d'assurer une protection consulaire et les cinquante-deux ressortissants mexicains condamnés à mort privés de leur droit de bénéficier de cette protection consulaire. Une

réponse affirmative à ces questions avait nécessairement un corollaire : le fait internationalement illicite d'un Etat entraîne des conséquences juridiques, la plus importante étant ici que le Mexique a droit à obtenir réparation au titre de ces préjudices. Or, dans le présent arrêt, la Cour ne donne que partiellement satisfaction aux demandes du Mexique, exposant dans ses conclusions un point de vue restreint et limité sur un certain nombre de questions, en particulier celles liées à la nature des réparations dues.

2. Quoique fondamentalement d'accord avec l'essentiel de la décision de la Cour, je ne puis m'empêcher de nourrir quelques réticences et réserves quant au raisonnement suivi par celle-ci pour parvenir à certaines conclusions. Ce raisonnement transparait dans plusieurs paragraphes du dispositif de l'arrêt. Ne pouvant m'associer à tous les termes de ce dernier, je tiens à exposer les arguments qui m'ont conduit à remettre en question certains de ses aspects qui ne me semblent pas satisfaisants.

I

3. Les exceptions d'incompétence de la Cour et d'irrecevabilité de la requête du Mexique soulevées par les Etats-Unis auraient dû être rejetées comme soulevées hors délai. Certes, le paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de la Cour qualifie de préliminaire toute exception « sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive ». La présentation en temps utile d'une telle exception a pour effet de suspendre la procédure sur le fond (art. 79, par. 5). Il est incontesté que les Etats-Unis n'ont pas soulevé d'exception préliminaire : une stricte interprétation et application du paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de la Cour ne permettait dès lors de considérer aucune autre exception comme recevable. Le texte dit que

« [t]oute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête [soulevée par le défendeur] ... doit être présentée par écrit dès que possible, et au plus tard trois mois après le dépôt du mémoire ».

Les Etats-Unis ont soulevé leurs exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité bien après le délai prescrit par le Règlement de la Cour. Plus de quatre mois se sont écoulés avant que les Etats-Unis ne présentent à la Cour un certain nombre d'exceptions. Il est donc à tout le moins permis de s'interroger sur le bien-fondé des deux affirmations de la Cour selon lesquelles « [u]ne exception qui n'est pas soulevée sous la forme d'une exception préliminaire conformément au paragraphe 1 de l'article 79 ne devient pas pour autant irrecevable » et une partie « qui n'utilise pas de la procédure prévue à l'article 79 perd sans doute le droit d'obtenir la suspension de la procédure sur le fond, mais n'en peut pas moins faire valoir cette exception en même temps que ses arguments au fond » (arrêt, par. 24). La question essentielle qui se pose touche à l'interprétation de la première phrase, citée plus haut, du paragraphe 1 de l'article 79 : « toute

exception ...». Si l'on interprète cette disposition littéralement, toute exception doit être présentée dans un délai déterminé, conformément au Règlement de la Cour. Les Etats-Unis n'ont pas respecté ce délai et leurs exceptions auraient dû être rejetées par la Cour.

4. Cela dit, je reconnais avec la Cour que, probablement, «bon nombre des exceptions qu[e les Etats-Unis] ont soulevées [auraient de toute manière dû], en raison de leur nature, être examinées en même temps que les arguments sur le fond» (arrêt, par. 24). En se penchant très attentivement sur chacune des exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité soulevées par les Etats-Unis, la Cour a affirmé les bases juridiques de sa compétence, définissant et confirmant la nature du rôle qui est le sien en tant que juridiction investie du pouvoir de déterminer la portée des obligations internationales qui font l'objet d'un différend entre les parties.

II

5. A deux reprises déjà, la Cour a rejeté l'idée qu'elle jouerait le rôle d'une juridiction de dernière instance dans des procédures pénales internes. Elle a ainsi conclu que

«[s]a fonction ... [était] de régler des différends juridiques internationaux entre Etats, notamment lorsqu'ils découlent de l'interprétation ou de l'application de conventions internationales, et non pas d'agir en tant que cour d'appel en matière criminelle» (*Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 257, par. 38).

Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a une nouvelle fois précisé l'essence de la mission juridique qui, conformément à son Statut, est la sienne. Ce qui est demandé à la Cour, c'est exclusivement

«d'appliquer les règles pertinentes de droit international aux questions litigieuses opposant les [p]arties à l'instance. L'exercice de cette fonction, expressément prévu par l'article 38 de son Statut, ne fait pas de cette Cour une juridiction statuant en appel sur des questions pénales soumises aux tribunaux internes.» (*LaGrand*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 486, par. 52.)

6. La Cour a également considéré qu'un différend portant sur les voies de droit à mettre en œuvre en cas de violation de la convention de Vienne sur les relations consulaires était «un différend concernant l'interprétation ou l'application de la convention et qui de ce fait [relevait] de la compétence de la Cour» (*ibid.*, p. 485, par. 48).

7. Dans ses conclusions finales, le Mexique demandait le règlement d'un différend juridique international né de l'interprétation de la convention de Vienne sur les relations consulaires, et plus précisément de l'article 36 de celle-ci, son principal argument étant que la manière dont les

Etats-Unis appliquaient l'article 36 était contraire à leurs obligations juridiques internationales envers lui. Dès lors, si la Cour constate une telle violation, comme tel est le cas en l'espèce, le droit international de la responsabilité des Etats et les remèdes qu'il prévoit en cas de fait internationalement illicite trouvent à s'appliquer.

8. La compétence de la Cour ne fait donc aucun doute en l'espèce, et ses fonctions sont bien définies. La Cour est en outre parfaitement habilitée à déterminer les conséquences juridiques découlant d'un fait internationalement illicite. L'obligation de réparation fait partie de ces conséquences. La Cour peut aussi imposer à l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Elle peut ordonner la cessation d'un comportement illicite. Mais, dans le présent arrêt, la Cour a penché pour une interprétation restrictive du droit de la responsabilité des Etats, limitant la portée des remèdes demandés par le Mexique. Ainsi, non seulement a-t-elle édicté dans cette décision des remèdes insuffisants à la violation d'une obligation internationale, mais encore a-t-elle manqué l'occasion qui lui était donnée d'apporter une contribution non négligeable au développement des fondements juridiques internationaux du droit de la responsabilité des Etats, d'enrichir la jurisprudence relative à la réparation due par l'Etat jugé responsable d'un fait internationalement illicite, et de définir la nature et la portée du droit qu'a l'Etat lésé d'obtenir réparation. La caractérisation insuffisante des mesures de réparation qui doivent être mises en œuvre par un Etat ayant violé une obligation conventionnelle ou une règle coutumière pourrait signifier, pour la Cour, des saisines en chaîne dans un avenir proche, simplement parce que sa décision n'indique pas de manière déterminante comment remédier à la violation d'obligations internationales par les Etats.

III

9. Dans ses conclusions finales, le Mexique prie la Cour de dire et juger que les Etats-Unis ont «violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants» en manquant aux obligations qui leur incombaient en vertu des alinéas *a)*, *b)* et *c)* du paragraphe 1 de l'article 36.

10. Dans le dispositif du présent arrêt, la Cour conclut que les Etats-Unis ont violé les alinéas *a)*, *b)* et *c)* du paragraphe 1 de l'article 36. En substance, la Cour considère que :

«en n'informant pas sans retard, lors de leur détention, les cinquante et un ressortissants mexicains ... des droits qui sont les leurs en vertu de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne ... les Etats-Unis d'Amérique ont violé les obligations leur incombant en vertu dudit alinéa» (arrêt, par. 153, point 4);

«en ne notifiant pas sans retard au poste consulaire mexicain approprié la détention des quarante-neuf ressortissants mexicains ... et en

privant ainsi les Etats-Unis du Mexique du droit de rendre en temps utile aux intéressés l'assistance prévue par la convention, les Etats-Unis d'Amérique ont violé les obligations leur incombant en vertu de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36» (arrêt, par. 153, point 5);

«en ce qui concerne les quarante-neuf ressortissants mexicains ... les Etats-Unis d'Amérique ont privé les Etats-Unis du Mexique du droit, en temps utile, de communiquer avec ces ressortissants et de se rendre auprès d'eux lorsqu'ils sont en détention, et ont de ce fait violé les obligations leur incombant en vertu des alinéas *a*) et *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention» (arrêt, par. 153, point 6).

11. Il est suffisamment clair que les Etats-Unis d'Amérique ont violé des obligations conventionnelles leur incombant. Ce qui n'est pas assez clair dans le présent arrêt, c'est la nature de ces obligations et, surtout, les bénéficiaires de celles-ci. De toute évidence, la réponse à cette question est intimement liée à l'allégation du Mexique selon laquelle les Etats-Unis ont violé «leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants».

IV

12. Or, l'arrêt *LaGrand* offre une solide réponse à ces questions juridiques. Dans cette affaire, l'Allemagne soutenait que

«la violation de l'article 36 par les Etats-Unis ne port[ait] pas seulement atteinte [à ses] droits ... en tant qu'Etat partie à la convention [de Vienne], mais constitu[ait] également une violation des droits individuels des frères *LaGrand*» (*LaGrand*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 492, par. 75).

L'Allemagne invoquait donc son droit de protection diplomatique, faisant valoir ce même moyen pour demander réparation de la part des Etats-Unis.

13. La Cour a défini dans l'arrêt *LaGrand* les obligations qui incombent aux Etats-Unis en vertu de l'article 36 de la convention de Vienne: elle a reconnu que cet article créait des droits individuels, que lesdits droits pouvaient être invoqués devant elle par l'Etat dont la personne détenue avait la nationalité et que ces droits avaient été violés dans l'affaire *LaGrand*.

14. Voici, selon les termes utilisés par la Cour dans l'arrêt *LaGrand*, les obligations qui incombent aux Etats-Unis:

«l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 énonce les obligations que l'Etat de résidence a vis-à-vis d'une personne détenue et de l'Etat d'envoi. Il dispose que, à la demande de la personne mise en déten-

tion, l'Etat de résidence doit informer «sans retard» le poste consulaire de l'Etat d'envoi de la détention de l'individu. Il dispose en outre que toute communication par la personne détenue adressée au poste consulaire de l'Etat d'envoi doit lui être transmise par les autorités de l'Etat de résidence «sans retard». Il est significatif que cet alinéa se termine par la disposition suivante: lesdites autorités «doivent sans retard informer l'intéressé de *ses droits* aux termes du présent alinéa» (les italiques sont de la Cour). En outre, en vertu de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36, le droit de l'Etat d'envoi de prêter son assistance consulaire à la personne en détention ne peut s'exercer si celle-ci «s'y oppose expressément». La clarté de ces dispositions, lues dans leur contexte, ne laisse en rien à désirer. De ce fait, et comme il a été jugé à plusieurs reprises, la Cour est tenue de les appliquer telles qu'elles sont.» (*LaGrand, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 494, par. 77.*)

15. Les dispositions de l'article 36 ne semblent plus aussi claires pour la Cour en la présente espèce que cela n'était le cas dans l'affaire *LaGrand*. Il semble évident que la clarté qu'elle y avait précédemment trouvée laisse maintenant à désirer et que, aujourd'hui, ces dispositions ne doivent pas être appliquées telles quelles.

V

16. De la clarté, il en faut pour déterminer si le Mexique a le droit d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants et si les droits individuels dont la Cour a déjà reconnu l'existence peuvent être invoqués en l'espèce par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité. Le présent arrêt n'apporte qu'une réponse insuffisante aux demandes du Mexique. La Cour fait observer que:

«toute violation des droits que l'individu tient de l'article 36 risque d'entraîner une violation des droits de l'Etat d'envoi et que toute violation des droits de ce dernier risque de conduire à une violation des droits de l'individu. Dans ces circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'Etat et des droits individuels, 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. L'obligation d'épuiser les voies de recours internes ne s'applique pas à une telle demande.» (Arrêt, par. 40.)

17. Cette affirmation figurant dans le présent arrêt introduit un flou inopportun par rapport à ce qui avait déjà été dit dans l'arrêt *LaGrand*. Dans ce dernier, la Cour avait très bien cerné les questions relatives à la protection diplomatique, à l'assistance consulaire et à la création de droits individuels par le paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de

Vienne, tout comme elle avait réglé de la manière qui convenait les questions liées à l'application de la doctrine de la carence procédurale et à la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Or, dans le présent arrêt, l'ensemble de ces questions est examiné sous un tout autre angle, qui n'est pas toujours pleinement en accord avec l'arrêt *LaGrand*.

18. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a rejeté comme infondée l'allégation des Etats-Unis selon laquelle «la convention de Vienne traite de l'assistance consulaire ... et non de la protection diplomatique». Dans leurs conclusions, les Etats-Unis avaient affirmé à tort que :

«Juridiquement un monde sépare le droit du consul d'assister un ressortissant de son pays incarcéré et la question totalement différente de savoir si l'Etat peut endosser les réclamations de ses ressortissants au titre de la protection diplomatique. Le premier entre dans le champ de la compétence de la Cour, en vertu du protocole de signature facultative, non la seconde.» (*LaGrand, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 482, par. 40.*)

Dans leurs exceptions à la compétence de la Cour, les Etats-Unis avaient tenté d'introduire une distinction entre la compétence en matière conventionnelle et la compétence en matière coutumière, faisant observer que «[m]ême si une norme conventionnelle et une norme coutumière avaient exactement le même contenu», chacune aurait une «applicabilité distincte».

19. La Cour exposa un raisonnement juridique irréprochable expliquant pourquoi les arguments des Etats-Unis ne tenaient pas :

«La Cour ne saurait retenir les objections formulées par les Etats-Unis. En effet, le différend qui oppose les Parties sur le point de savoir si les alinéas a) et c) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne ont été violés en l'espèce du fait de la violation de l'alinéa b) a trait à l'interprétation et à l'application de la convention. Il en est de même du différend sur le point de savoir si l'alinéa b) crée des droits pour les particuliers et si l'Allemagne a qualité pour faire valoir ces droits au nom de ses ressortissants... Par ailleurs, la Cour ne peut accepter la thèse des Etats-Unis selon laquelle la demande de l'Allemagne fondée sur les droits individuels des frères *LaGrand* ne relève pas de sa compétence, au motif que la protection diplomatique serait une notion de droit international coutumier. *Cela ne fait pas obstacle à ce qu'un Etat partie à un traité qui crée des droits pour les individus puisse prendre fait et cause pour l'un de ses ressortissants et mettre en mouvement l'action judiciaire internationale en faveur de ce ressortissant sur la base d'une clause attributive de compétence figurant dans un tel traité.*» (*LaGrand, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 482-483, par 42; les italiques sont de moi.*)

20. Dans ses conclusions finales, le Mexique fait clairement la différence entre l'institution de la protection diplomatique et celle de l'assistance consulaire. Il prie la Cour de dire et juger :

- «1) [que] les Etats-Unis d'Amérique ont violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat 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».

21. Il ressort clairement de cette conclusion qu'il existe deux sortes de violation: l'une touche les obligations envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants; l'autre tient au fait que le Mexique a été privé de son droit d'accorder son assistance consulaire et que ses ressortissants ont été privés du droit correspondant de bénéficier de cette assistance. Aux termes de la définition de la Commission du droit international, il faut entendre par

«protection diplomatique ... le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un Etat qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'une des personnes ayant sa nationalité à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre Etat».

C'est précisément sur cette base que le Mexique fonde sa demande.

22. J'incline à penser que, en réponse à la conclusion du Mexique, la Cour aurait dû reconnaître à cet Etat, au titre de son droit à exercer sa protection diplomatique, la faculté d'endosser à l'échelle internationale les revendications des cinquante-deux Mexicains s'étant vu dénier leurs droits individuels — déni de justice engendré par le processus judiciaire des Etats-Unis. Pareille reconnaissance aurait été particulièrement pertinente dans les cas de *MM. Fierro Reyna, Moreno Ramos et Torres Aguilera*, trois cas dans lesquels toutes les voies de recours internes ont été épuisées. Mais le Mexique avait également le droit d'exercer sa protection diplomatique dans le cas des quarante-neuf autres ressortissants mexicains, puisque l'application de la doctrine de la carence procédurale par les tribunaux américains signifie, dans la pratique, qu'il n'y a aucune voie de recours à épuiser, donnant ainsi plein effet, comme je l'expliquerai plus loin, au principe selon lequel une voie de recours interne, pour être considérée comme telle, doit être effective.

23. Si la Cour avait suivi sa jurisprudence antérieure pour l'appliquer en l'espèce, elle aurait agi dans le droit fil de l'arrêt *LaGrand*, dans lequel

elle avait rejeté l'argument des Etats-Unis selon lequel «le droit pour un Etat d'apporter une assistance consulaire à des ressortissants détenus dans un pays étranger et le droit pour un Etat d'endosser les revendications de ses ressortissants par la voie de la protection diplomatique sont des concepts juridiquement différents» (*LaGrand, arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 493, par. 76). Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour avait également rejeté la thèse américaine selon laquelle «ce sont les Etats et non les individus qui sont titulaires des droits que reconnaît la convention de Vienne en matière de notification consulaire, même si les individus peuvent bénéficier de ces droits, du fait que les Etats sont autorisés à leur offrir une assistance consulaire» (*ibid.*). Ces arguments des Etats-Unis semblaient avoir été définitivement réfutés par cette conclusion de la Cour:

«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. En l'espèce, ces droits ont été violés.» (*LaGrand, arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 494, par. 77.)

24. Si des droits individuels ont été violés dans l'affaire *LaGrand*, et si des droits individuels ont été violés dans la présente affaire, une seule conclusion juridique, évidente et nécessaire, s'impose: le Mexique peut invoquer devant la Cour les droits individuels des cinquante-deux ressortissants mexicains. Toute conclusion contraire est incompatible avec la décision énoncée par la Cour dans l'arrêt *LaGrand*.

VI

25. En outre, la présente décision s'écarte substantiellement des conclusions énoncées dans l'arrêt *LaGrand* à plusieurs autres égards, qui ont trait aux circonstances dans lesquelles les voies de recours internes doivent être épuisées, à l'application de la règle de la carence procédurale et à la question du déni de justice.

26. La Cour a déjà déterminé quelles règles devaient être appliquées pour trancher la question de l'épuisement des voies de recours internes. Ces règles sont liées à la doctrine de la carence procédurale. Dans *LaGrand*, la Cour a conclu que:

«la règle de la carence procédurale ... empêchait [les tribunaux américains] d'attacher des conséquences juridiques au fait, notamment, que la violation des droits prévus au paragraphe 1 de l'article 36 n'avait pas permis à l'Allemagne d'assurer en temps opportun aux frères *LaGrand* le concours d'avocats privés et de les assister, de manière générale, dans leur défense, comme le prévoit la convention. Dans ces conditions, la règle de la carence procédurale a eu pour effet d'empêcher «la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article» et a ainsi violé les dispositions du paragraphe 2 de l'article 36.» (*LaGrand, arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 497-498, par. 91.)

27. D'une manière générale, la Cour reconnaît que la règle de la carence procédurale empêche d'obtenir réparation en cas de violation des droits énoncés dans la convention de Vienne. Les demandes du Mexique ne sauraient dès lors être rejetées au motif que les voies de recours internes n'auraient pas été épuisées, puisque ce sont les Etats-Unis qui ont «eux-mêmes failli à l'exécution de leur obligation ... en vertu de la convention», comme la Cour l'a déclaré très justement dans l'arrêt *LaGrand*.

28. Les voies de recours internes doivent certes être épuisées, mais non si la tentative d'y parvenir est «manifestement illusoire et dépourvue de portée» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, C.I.J. Recueil 1961*, p. 145). Le principe de l'épuisement des voies de recours internes doit s'appliquer, mais jusqu'à un certain point, comme l'a précisé la Cour en déclarant que :

«pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, *et ce sans succès*» (*Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 46, par. 59; les italiques sont de moi).

29. La Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies (CDI) étudie la question de la protection diplomatique depuis plusieurs années. Dans son troisième rapport, le rapporteur spécial a présenté à la CDI un projet d'article d'après lequel il n'est pas nécessaire d'épuiser les voies de recours internes si celles-ci n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace. C'est pourquoi la dérogation à la règle de l'épuisement des voies de recours internes exige du tribunal qu'il

«interroge les circonstances qui entourent la demande considérée, qui ne sont peut être pas immédiatement apparentes, par exemple l'indépendance du pouvoir judiciaire, l'aptitude des tribunaux internes à juger en toute équité, *l'existence d'une jurisprudence défavorable au demandeur et le comportement de l'Etat défendeur*. On appréciera au cas par cas s'il est raisonnable d'exercer des recours internes.» (CDI, troisième rapport sur la protection diplomatique, doc. A/CN.4/523, 7 mars 2002, par. 45; les italiques sont de moi.)

30. Il y a manifestement lieu d'examiner la nature des recours à épuiser. Il faut pour cela s'interroger sur l'effectivité de ceux-ci. Il est clairement admis que

«[l]es recours internes qui doivent être épuisés comprennent les recours de nature juridique «mais non les recours extra-juridiques ni les recours gracieux» ni ceux dont «le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit». Les recours administratifs et autres qui ne sont pas judiciaires ni quasi judiciaires et ont un caractère discrétionnaire ne sont donc pas couverts par la règle de l'épuisement des

recours internes.» (CDI, [deuxième] rapport sur la protection diplomatique, [doc. A/CN.4/514, 28 février 2001], par. 14.)

La procédure de recours en grâce n'est donc pas une voie de recours interne qu'il faut épuiser et, comme la Cour l'a dit dans le présent arrêt, cette procédure «ne saurait suffire à elle seule à constituer un moyen approprié de «réexamen et revision»» (par. 143). Si la Cour est parvenue à cette conclusion, c'est parce que «le réexamen et la revision [devraient avoir] lieu dans le cadre de la procédure judiciaire globale par laquelle passe chaque accusé» (arrêt, par. 141). La Cour regarde donc le recours en grâce comme une procédure extra-judiciaire.

31. Selon le commentaire que le rapporteur spécial de la CDI sur la protection diplomatique a fait figurer dans son troisième rapport, point n'est besoin d'épuiser les recours internes lorsque ces recours sont inefficaces ou que cette tentative est nécessairement vouée à l'échec; en effet, un demandeur n'est pas tenu d'épuiser les voies de droit dans un Etat étranger «lorsqu'il n'y a pas de voies de droit à épuiser» (CDI, troisième rapport sur la protection diplomatique, doc. A/CN.4/523, 7 mars 2002). Les tribunaux américains ayant appliqué la règle de la carence procédurale aux ressortissants mexicains bénéficiant de la protection diplomatique du Mexique, on ne saurait affirmer la nécessité d'épuiser les voies de recours internes alors qu'il a déjà été conclu que la doctrine de la carence procédurale, en y faisant judiciairement obstacle, empêchait toute réparation à l'échelon national.

VII

32. Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a interprété le paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne comme imposant un certain nombre d'obligations aux parties:

- a) compte tenu des conclusions de la Cour sur la nature des droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36, «les «droits» visés au paragraphe 2 désignent non seulement les droits de l'Etat d'envoi, mais aussi ceux des personnes détenues» (*LaGrand*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 497, par. 89);
- b) l'application dans un cas d'espèce de la règle de la «carence procédurale» devient problématique lorsque cette règle «ne permet pas à une personne détenue de faire recours contre sa condamnation et sa peine» au motif qu'il n'y a pas eu de notification consulaire «sans retard», «empêchant par là même cette personne de solliciter et d'obtenir l'assistance consulaire de l'Etat d'envoi» (*ibid.*, p. 497, par. 90);
- c) si la personne détenue en fait la demande, l'Etat d'envoi a le droit de pourvoir à sa représentation en justice;
- d) la règle de la carence procédurale a empêché les juridictions des Etats-

Unis «d'attacher des conséquences juridiques au fait, notamment, que la violation des droits prévus au paragraphe 1 de l'article 36 n'avait pas permis à l'Allemagne d'assurer en temps opportun [à ses ressortissants] le concours d'avocats privés et de les assister, de manière générale, dans leur défense, comme le prévoit la convention» (C.I.J. *Recueil* 2001, p. 497-498, par. 91);

- e) dans ces conditions, l'application de la règle de la carence procédurale a eu pour effet d'empêcher «la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits [étaient] accordés en vertu du présent article» et a ainsi violé les dispositions du paragraphe 2 de l'article 36» (*ibid.*, p. 498, par. 91).

33. Pourtant, d'après les éléments de preuve produits lors des procédures écrite et orale, les juridictions des Etats-Unis continuent, même après l'affaire *LaGrand*, d'appliquer la règle de la carence procédurale de la même manière qu'elles le faisaient avant celle-ci. Le motif avancé par les Etats-Unis est que «les règles relatives à la carence procédurale feront peut-être obstacle à ce que le moyen tiré de cette violation soit soulevé dans le cadre de l'appel direct ou des voies de recours parallèles, à moins que la juridiction ne conclue que cette carence était justifiée et que la violation alléguée a causé un préjudice» (contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique (CMEU), par. 6.65). Or, aucune juridiction aux Etats-Unis n'a conclu «que cette carence était justifiée et que la violation alléguée a[vait] causé un préjudice» lorsqu'une violation de la convention de Vienne a été invoquée, et ce au motif que les droits tirés de l'article 36 ne sont pas des droits constitutionnels.

34. Dans ce contexte, il peut être utile de rappeler ce que le juge Stevens, de la Cour suprême des Etats-Unis, a dit sur ce point. La Cour suprême a récemment refusé de délivrer une ordonnance de *certiorari* pour connaître d'une affaire, mais le juge Stevens n'en a pas moins déclaré, dans son opinion individuelle, que

«appliquer la règle de la carence procédurale à des moyens tirés de la violation de l'article 36 constitue non seulement une violation directe de la convention de Vienne, mais aussi une injustice manifeste. La décision de la CIJ en l'affaire *LaGrand* insiste sur le fait qu'un ressortissant étranger qui ignore vraisemblablement son droit de notification ne doit pas être présumé avoir renoncé aux protections prévues par l'article 36 au seul motif qu'il n'aurait pas fait valoir ce droit dans le cadre d'une procédure pénale étatique.» (CR 2003/24, par. 244.)

35. La pratique concrète et reconnue des juridictions américaines quant à l'interprétation et à l'application du paragraphe 2 de l'article 36 et de l'arrêt *LaGrand* nuit considérablement au respect du principe de réexamen et de révision, cette pratique n'ouvrant aucune voie de droit qui puisse s'accorder avec la lettre et l'esprit de la convention de Vienne et de l'arrêt *LaGrand*. Les juridictions des Etats-Unis sont condamnées à se répéter, prisonnières qu'elles sont d'un carcan juridique né du système

actuel, qui ne voit pas dans une violation de l'article 36 la violation d'un droit constitutionnel.

36. Dans le système judiciaire des Etats-Unis, un étranger détenu en instance de jugement se trouvera dans une impasse juridique. Peut-être n'a-t-il pas connaissance des droits qui sont les siens en matière de notification et de communication consulaires. Dans ce cas, les autorités compétentes ne respectant pas l'article 36, il ne pourra pas, au procès, tirer grief de la violation de ses droits. A cause de cela, et du fait que l'intéressé aura manqué, par ignorance, de faire valoir ses droits au bon moment de la procédure judiciaire, les juridictions fédérales et étatiques appliqueront la règle de la carence procédurale, qui fera échec aux recours intentés pour remédier à la violation des droits établis par l'article 36. Par suite de cet enchaînement d'événements judiciaires, il sera juridiquement impossible de sortir de cette ornière, à moins de vaincre cette difficulté en définissant précisément les objectifs du processus de réexamen et de révision. C'est par une telle définition que pourra être levé l'obstacle créé par ce cercle vicieux juridiquement absurde qui paralyse tout véritable recours susceptible d'être formé lorsqu'il y a violation de l'article 36.

37. Dans le présent arrêt, la Cour rappelle à juste titre (par. 112) que le problème qui était en cause dans l'affaire *LaGrand*, et qui intéresse aussi notre affaire,

«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 compétentes 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'envoi.» (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 497, par. 90).»

Sur cette base, la Cour avait conclu dans l'affaire *LaGrand* que «la règle de la carence procédurale a[vait] empêché les avocats des *LaGrand* de remettre en cause de façon efficace, si ce n'est sur la base du droit constitutionnel des Etats-Unis, leurs condamnations et leurs peines» (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 497, par. 91). Mais ce qui revêt encore davantage de pertinence, c'est ce que la Cour déclare en la présente espèce: «Cette conclusion ... paraît être aussi valable dans la présente affaire, où un certain nombre de ressortissants mexicains se sont retrouvés exactement dans la même situation.» (Arrêt, par. 112.) On relèvera une autre conclusion importante:

«la Cour se contentera de noter que la règle de la carence procédurale n'a pas été révisée et qu'il n'a pas davantage été pris de dispositions pour empêcher son application dans les cas où le défaut d'information imputable aux Etats-Unis eux-mêmes n'aurait pas permis aux avocats de soulever en première instance la question de la violation de la convention de Vienne» (arrêt, par. 113).

38. Lorsqu'elle examine la question de la doctrine de la carence procédurale, la Cour semble tout d'abord donner raison au Mexique, l'argument formulé par ce dernier étant essentiellement le suivant :

«le défendeur qui aurait pu soulever une question de droit lors d'un procès, mais ne l'a pas fait, n'est généralement pas autorisé à le faire dans les étapes suivantes de la procédure, en appel ou au stade de la requête en *habeas corpus* [mémoire du Mexique, par. 224]». Cette règle exige que soient épuisées les voies de recours, entre autres au niveau de l'Etat, avant qu'un recours en *habeas corpus* puisse être introduit devant les juridictions fédérales. Dans l'affaire *LaGrand*, la règle en question était celle qu'avaient appliquée les juridictions fédérales américaines; dans la présente espèce, le Mexique se plaint aussi de l'application de cette règle par certaines cours d'appel pénales au niveau des Etats [*ibid.*, par. 228-229].» (Arrêt, par. 111.)

39. Les arguments du Mexique et le raisonnement contenu dans le présent arrêt semblent se rejoindre sur l'essentiel. La Cour énonce les prémisses fondamentales suivantes :

- a) «la règle de la carence procédurale n'a pas été révisée et ... il n'a pas davantage été pris de dispositions pour empêcher son application dans les cas où le défaut d'information imputable aux États-Unis eux-mêmes n'aurait pas permis aux avocats de soulever en première instance la question de la violation de la convention de Vienne»;
- b) «[i]l se peut ainsi 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 de retenir en temps utile les services d'avocats privés pour assurer la représentation de certains de ses ressortissants et de les assister d'autre façon dans leur défense»;
- c) «[d]ans ces hypothèses, l'application de la règle de la carence procédurale aurait pour effet d'empêcher «la pleine réalisation des fins pour lesquelles [d]es droits sont accordés en vertu [dudit] article» et violerait par conséquent le paragraphe 2 de l'article 36»;
- d) «dans plusieurs des cas visés dans les conclusions finales du Mexique la règle de la carence procédurale a déjà trouvé application et ... dans d'autres elle pourrait être appliquée dans la suite de la procédure» (arrêt, par. 113).

40. Essentiellement d'accord avec ces prémisses fondamentales, la Cour et le Mexique divergent ensuite, pour parvenir à des conclusions différentes. Le Mexique soutient que,

«[e]n appliquant les dispositions de leur droit interne pour rejeter ou empêcher les recours au titre de la violation des droits conférés par l'article 36 — et en ne permettant pas, de ce fait, un réexamen et

une revision effectifs des peines sévères imposées au terme de procédures entachées de violations de l'article 36» (mémoire du Mexique, p. 93, par. 226),

les Etats-Unis ont violé et continuent de violer la convention de Vienne.

41. Un premier élément de l'argumentation du Mexique a trait au caractère continu du non-respect et de la non-applicabilité, dans les tribunaux américains, du principe de «réexamen et de revision» prescrit en l'affaire *LaGrand*. Mais il y a un élément supplémentaire:

«malgré la claire analyse qui a été faite par la Cour dans l'affaire *LaGrand*, les juridictions américaines, tant étatiques que fédérales, continuent à invoquer la règle de la carence procédurale pour faire obstacle à tout examen des violations de l'article 36 — même si le ressortissant n'était pas conscient de ses droits à la notification et à la communication consulaires et, partant, du fait qu'il pouvait invoquer leur violation lors de son procès, précisément parce que les autorités compétentes n'avaient pas respecté l'article 36» (mémoire du Mexique, p. 93, par. 227).

42. Exprimer davantage une aspiration qu'une réflexion sur les mécanismes qu'impose aux tribunaux américains l'application de la doctrine de la carence procédurale, le présent arrêt conclut que, si l'on excepte les cas de MM. Fierro (n° 31), Moreno (n° 39) et Torres (n° 53) — dont la déclaration de culpabilité et la peine ont acquis un caractère définitif —, dans aucun des quarante-neuf autres cas

«les procédures pénales engagées contre les ressortissants mexicains n'en sont ... encore arrivées ... 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*... Il serait donc prématuré de la part de la Cour de conclure à ce stade qu'il y a déjà, dans ces cas, violation des obligations découlant du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne.» (Arrêt, par. 113.)

43. Peut-être la Cour a-t-elle raison de ne pas écarter toute possibilité de réexamen et de revision et de juger prématuré de conclure qu'il y a déjà violation de l'article 36. Mais si l'on tire quelque enseignement de l'expérience acquise depuis *LaGrand*, on sait que les chances de soumettre la règle de la carence procédurale à un système véritable et effectif de réexamen et de revision par les juridictions des Etats-Unis sont plutôt minces. Nonobstant les termes sans équivoque utilisés dans cette décision, l'après-*LaGrand* démontre que les juridictions des Etats-Unis ne sont guère enclines à «permettre le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus» dans la convention de Vienne, ainsi que la Cour le leur a ordonné dans l'arrêt *LaGrand*.

44. Le fait est que, comme il a déjà été dit, le réexamen et la revision

judiciaires ne peuvent plus être appliqués à MM. Fierro (cas n° 31), Moreno (cas n° 39) et Torres (cas n° 53), puisque aucune voie de recours judiciaire n'est plus ouverte à ces trois ressortissants mexicains qui, d'après la Cour, risquent d'être exécutés depuis, au moins, qu'elle a indiqué des mesures conservatoires le 5 février 2003, obligeant les Etats-Unis à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir que les intéressés ne seraient pas exécutés avant qu'elle statue sur les demandes du Mexique. Outre ces trois cas, dix ressortissants mexicains sont, de par la doctrine de la carence procédurale, dans l'incapacité de contester, sur la base des violations du paragraphe 1 de l'article 36, le verdict de culpabilité et la peine prononcés à leur encontre. En outre, dix-huit ressortissants mexicains vont se trouver dans une situation similaire faute d'avoir excipé de la convention de Vienne au procès. Là encore, à cause de la règle de la carence procédurale, les ressortissants en question seront empêchés de contester sur cette base le verdict de culpabilité et la peine prononcés à leur encontre, dès lors qu'ils tenteront de faire valoir ce moyen dans des procédures en appel ou celles, toujours pendantes, engagées après leur condamnation (CR 2003/24, p. 69, par. 245).

45. Il semble tout à fait utopique de penser que ces trente et un ressortissants mexicains pourront compter, une fois qu'ils auront épuisé tous les recours en justice ou dès lors que la doctrine de la carence procédurale leur sera appliquée, sur un processus de réexamen et de révision judiciaires de la part des tribunaux américains. La marge de manœuvre, du point de vue juridique, est déjà bien trop restreinte pour autoriser quelque espoir raisonnable que ce soit de former un recours juridique effectif et véritable une fois la règle de la carence procédurale mise en œuvre. On ne peut que partager les vues exprimées par la Cour dans le présent arrêt :

«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 Etats-Unis.» (Arrêt, par. 134.)

Pourtant, après être parvenue à une conclusion si indiscutable, la Cour ne va pas jusqu'au bout de son raisonnement, restant par trop timorée quant au remède à appliquer. Il n'est pas déraisonnable de penser que, une fois le processus judiciaire parvenu à son terme et les recours en violation définitivement exclus, un déni de justice risque de voir le jour, déclenchant une série de conséquences juridiques à l'échelon international.

VIII

46. Aux termes de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 36, les fonctionnaires consulaires ont le droit de pourvoir à la représentation en justice d'un ressortissant qui est incarcéré, en état de détention préventive ou

toute autre forme de détention. Ce droit est particulièrement important lorsque l'intéressé risque une peine sévère. Or, dans une interprétation singulière de la nature de ce droit, le présent arrêt indique que

«l'exercice des droits de l'Etat d'envoi en vertu de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 36 est tributaire de la notification opérée par les autorités de l'Etat de résidence. Des éléments d'information portés à la connaissance d'un Etat 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 Etat.» (Arrêt, par. 104.)

Puis l'arrêt en vient à une conclusion qui n'a peut-être de fondement ni factuel, ni juridique: dans le cas des seize ressortissants mexicains énumérés dans l'arrêt par leur nom et le numéro correspondant à leur cas,

«les autorités consulaires mexicaines ont appris la détention ... en temps utile pour ... fournir une telle assistance, soit par la notification donnée par les autorités américaines (*bien que celle-ci eût été tardive au sens de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36*), soit par d'autres moyens» (*ibid.*; les italiques sont de moi).

47. Une analyse de ces seize cas devrait conduire à une conclusion différente. Dans la plupart d'entre eux, sinon tous, l'intéressé aurait sérieusement eu besoin d'être représenté en justice dès le début de la procédure, lorsque cette assistance est le plus nécessaire et le plus profitable. Dans plusieurs des cas cités, il a été pourvu à la représentation en justice du ressortissant mexicain alors que celui-ci avait déjà été déclaré coupable. Dans certains cas, l'accusé, souffrant d'une grave maladie mentale, aurait dû bénéficier d'une représentation en justice adéquate à un stade précoce de la procédure judiciaire, représentation qu'aurait pu assurer un fonctionnaire consulaire disposé à lui venir également en aide dans sa situation handicapante et défavorisée. Dans d'autres cas, le ressortissant mexicain, souffrant d'arriération mentale, a témoigné plus facilement contre lui-même hors la présence d'un avocat, ce qui lui a ensuite porté préjudice au procès. Ailleurs encore, des aveux ont été obtenus par la torture, ce qui exclut assurément l'idée que la notification n'était pas tardive au point d'empêcher effectivement le Mexique de pourvoir à la représentation en justice de son ressortissant. Certains des ressortissants mexicains ne comprenaient ni ne lisaient un seul mot d'anglais et ont pourtant dû signer, sans bénéficier de l'aide d'un interprète ou d'un avocat hispanophone, des déclarations dans lesquelles ils se mettaient en cause. Dans d'autres cas enfin, les fonctionnaires consulaires mexicains ont appris l'arrestation d'un ressortissant mexicain trois ans plus tard, une fois l'intéressé déjà condamné à la peine capitale.

48. D'un point de vue juridique, on ne peut qu'être gravement préoccupé par la notion, implicitement contenue dans l'arrêt, selon laquelle la notification prévue à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36, bien que non intervenue «sans retard», n'a pas été tardive au point d'empêcher

effectivement la représentation en justice (arrêt, par. 104). Dans la plupart, sinon dans la totalité, des seize cas cités, les autorités compétentes n'ont pas procédé à la notification consulaire, ce qui a déjà été jugé contraire aux obligations dictées par la convention de Vienne. Dans le dispositif de son arrêt, la Cour établit clairement que les Etats-Unis ont violé les obligations leur incombant en vertu des alinéas *a)*, *b)* et *c)* du paragraphe 1 de l'article 36. La Cour constate que trois violations fondamentales ont été commises (en n'informant pas sans retard les cinquante et un ressortissants mexicains de leurs droits; en ne notifiant pas sans retard au poste consulaire mexicain approprié l'arrestation des quarante-huit ressortissants mexicains, privant le Mexique du droit de prêter assistance, *en temps utile*, aux intéressés; en privant le Mexique du droit, *en temps utile*, de communiquer avec ses ressortissants et de se rendre auprès d'eux lorsqu'ils sont en détention). Il semble donc plutôt curieux que la Cour, malgré ces conclusions, déclare sans autre explication que «les autorités consulaires mexicaines ont appris la détention de leur ressortissant en temps utile pour lui fournir» une assistance juridique. En outre, la violation de l'obligation d'agir «sans retard», déjà établie par la Cour, contredit radicalement l'idée que la représentation en justice puisse être assurée à une période ultérieure, tardivement, quels que soient les circonstances de la détention et le degré d'avancement de la procédure judiciaire, sans qu'il y ait là violation du paragraphe 2 de l'article 36. Cette exégèse de la convention de Vienne ne trouve aucun fondement dans le texte de cette dernière, et défie les règles de l'herméneutique. Mais, outre la violation de l'article 36, rien dans la convention de Vienne n'autorise pareille interprétation, qui consiste à déclarer subjectivement s'il est ou non pourvu au bon moment à la représentation en justice du ressortissant, conformément à l'alinéa *c)* du paragraphe 1 de l'article 36. Une telle interprétation ne respecte ni la convention de Vienne, ni aucune des décisions antérieures de la Cour. Or, ses conséquences sont des plus néfastes. Elle impose d'exclure de la décision de la Cour les seize cas qui sont cités au paragraphe 104 du présent arrêt. Si le Mexique a, comme il le prétend, été privé spécifiquement du droit de pourvoir à la représentation en justice de ses ressortissants, en conséquence de quoi ces derniers ont été privés de la possibilité de bénéficier de l'assistance correspondante, en vertu de l'alinéa *c)* du paragraphe 1 de l'article 36 — et cette allégation doit s'appliquer uniquement aux trente-quatre ressortissants mexicains qui sont énumérés à l'alinéa 4 du paragraphe 106 de l'arrêt et mentionnés au point 7 du dispositif —, alors la conséquence tragique en est que, sans motif juridique ou factuel, le Mexique et seize de ses ressortissants se trouvent privés de leur droit de représentation en justice (d'y pourvoir pour le premier et d'en bénéficier pour les seconds) dans le cadre de procédures pénales qui ont fait que les accusés se trouvent aujourd'hui dans le couloir de la mort. Cette conséquence tragique va à l'encontre des déclarations antérieures de la Cour:

«Il s'ensuit que, lorsque l'Etat d'envoi n'a pas connaissance de la détention de l'un de ses ressortissants, parce que l'Etat de résidence

n'a pas effectué sans retard la notification consulaire requise, ... l'Etat d'envoi se trouve dans l'impossibilité pratique d'exercer, à toutes fins utiles, les droits que lui confère le paragraphe 1 de l'article 36. Peu importe à cet égard de savoir, aux fins de la présente instance, si les LaGrand auraient sollicité l'assistance consulaire de l'Allemagne, si l'Allemagne leur aurait apporté une telle assistance et si un verdict différent aurait alors été prononcé. Il suffit de constater que la convention conférerait ces droits, et que l'Allemagne et les LaGrand, eussent-ils souhaité s'en prévaloir, ont en fait été empêchés de le faire en raison de la violation commise par les Etats-Unis.» (*LaGrand, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 492, par. 74.*)

49. Le but de l'article 36 est de faciliter l'exercice des fonctions consulaires à l'égard de ressortissants de l'Etat d'envoi. Cet article impose certaines obligations à l'Etat de résidence et établit certains droits à la protection consulaire en faveur du ressortissant de l'Etat d'envoi qui a été «arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention». Dès lors qu'une telle chose se produit, l'Etat de résidence «doi[t] avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi». De plus, «[l]es fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention ... et de pourvoir à sa représentation en justice». L'objectif essentiel de ce principe ne peut être que de garantir que le ressortissant protégé qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention bénéficie des conseils d'un avocat compétent avant que ne soit prise aucune mesure susceptible de léser ses droits. De ce principe, il découle que, sauf à perdre sa raison d'être, la notification doit avoir lieu immédiatement et avant l'interrogatoire, surtout dans le cas de crimes graves.

IX

50. Le droit qu'a le fonctionnaire consulaire de pourvoir à la représentation en justice du ressortissant protégé ne saurait être contesté. Si les autorités compétentes de l'Etat de résidence sont tenues d'informer sans retard ce ressortissant de son droit à l'assistance consulaire — et, partant, à ce qu'il soit pourvu à sa représentation en justice — en application de l'article 36, alors ce principe peut être considéré comme étroitement lié, tant par la lettre que par l'esprit, à la règle *Miranda*. La lecture des droits *Miranda*, établie par la règle du même nom, comprend sept éléments, dont quatre sont directement liés à la représentation en justice:

- a) la personne placée en état d'arrestation a le droit de consulter un avocat avant le début de l'interrogatoire;
- b) elle a le droit d'exiger la présence d'un avocat pendant l'interrogatoire;
- c) si elle n'a pas les moyens d'engager un avocat elle-même, il lui en sera commis un d'office avant le début de l'interrogatoire, si elle le souhaite; et

d) si elle décide de répondre sur le champ sans être assistée d'un avocat, elle a le droit de cesser de répondre à tout moment.

51. L'effectivité du droit consulaire qu'a l'Etat d'envoi de pourvoir à la représentation en justice du ressortissant protégé est subordonnée à l'exercice sans délai de ce droit. L'Etat de résidence doit avoir l'obligation concomitante de ne rien entreprendre qui puisse porter atteinte aux droits de la personne protégée. Il n'est peut-être pas inutile, à cet égard, de citer l'arrêt *LaGrand*:

«la règle de la carence procédurale empêchait [les tribunaux américains] d'attacher des conséquences juridiques au fait, notamment, que la violation des droits prévus au paragraphe 1 de l'article 36 n'avait pas permis à l'Allemagne d'assurer *en temps opportun* aux frères LaGrand le concours d'avocats privés et de les assister, de manière générale, dans leur défense, comme le prévoit la convention» (*LaGrand, arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 497-498, par. 91; les italiques sont de moi).

52. Le cœur de la controverse réside ici dans la nature et dans la portée des droits prévus par l'article 36. Si les tribunaux américains refusent de reconnaître que la convention de Vienne crée des droits individuels, il sera difficile de concilier ce refus avec le contenu de l'arrêt *LaGrand*, qui a déjà reconnu l'existence de tels droits individuels. La question à trancher est celle de savoir si une violation de l'article 36 vaudra, dans certaines circonstances, violation d'un droit constitutionnel, portant dès lors atteinte au principe d'une procédure régulière et aux droits individuels du ressortissant étranger en instance de jugement.

53. Lors de la lecture des droits *Miranda*, qui fait partie intégrante du système américain de droits garantis par la Constitution, sont énoncés un certain nombre de principes touchant à la représentation en justice et considérés comme fondamentaux pour les droits de la défense. Comme l'a clairement établi l'arrêt *LaGrand*, l'un des buts de l'article 36 est d'affirmer certains droits individuels. Pour qu'un droit individuel puisse trouver à s'exercer, un cadre doit être créé dans lequel ce droit pourra être mis en œuvre, un droit ne s'exerçant pas dans le vide. Un tel mécanisme est particulièrement important en cas de manquement aux obligations correspondantes, imposant réparation du tort causé.

54. C'est sur la lecture des droits *Miranda* que repose la régularité de la procédure dont fait l'objet la personne détenue, et ce, dès son arrestation. Ainsi qu'il ressort des conclusions énoncées dans l'arrêt *LaGrand* et dans le présent arrêt, lorsque certaines conditions sont réunies, l'article 36 établit plusieurs principes fondamentaux visant à garantir un procès équitable depuis le moment où le ressortissant étranger est placé en détention par les autorités compétentes jusqu'à la fin de la procédure judiciaire. La lecture des droits *Miranda* et l'article 36 sont intimement liés, en ce sens que tous deux visent à créer un mécanisme de protection des droits qui ont une incidence directe sur le caractère équitable d'un

procès. Ce mécanisme de protection peut et doit s'enclencher dès les toutes premières étapes, protégeant les droits de la personne détenue lors d'un interrogatoire qui risque de lui causer un préjudice injustifié à un stade ultérieur de la procédure judiciaire instituée à son encontre. Les droits individuels d'une personne détenue seront mieux protégés si le fonctionnaire consulaire responsable pourvoit à sa représentation en justice, notamment en lui trouvant un défenseur qualifié et rompu aux procédures visant les ressortissants étrangers qui risquent la peine capitale. Ce mécanisme de protection jouera également un rôle essentiel lors d'étapes ultérieures au cours desquelles doivent être protégés des droits intrinsèquement liés aux exigences d'une procédure régulière: je pense par exemple à la négociation pénale (*plea bargaining*), à la constitution du dossier de preuve et à la production de preuves recueillies lors de l'enquête.

55. La protection consulaire peut se révéler très importante pour garantir la régularité de la procédure, surtout dans les affaires susceptibles de déboucher sur une condamnation à la peine capitale. Selon les circonstances propres à chaque affaire, les droits individuels découlant de l'article 36 peuvent être assimilés à des droits constitutionnels lorsque la question à résoudre touche de près à la bonne administration de la justice. En effet, dès lors qu'est remplie cette condition, le cinquième amendement de la Constitution des Etats-Unis peut être invoqué. Celui-ci prévoit expressément certaines garanties procédurales en cas de «crime capital ou infamant», ajoutant que nul ne sera «privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure judiciaire régulière».

56. Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a conclu que «les Etats-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». Ces droits doivent être considérés comme fondamentaux pour la régularité de la procédure. Une distinction a été opérée par les Etats-Unis, qui prétendent que ces droits sont des droits d'ordre procédural, et non des droits substantiels. Mais la violation d'un droit procédural peut fort bien gravement entamer la régularité de la procédure judiciaire. La distinction entre droits substantiels et droits procéduraux est parfois ténue. Parmi les droits *Miranda*, celui de consulter un avocat avant l'interrogatoire est-il un droit substantiel ou un droit procédural? Quelle que soit la réponse, le fait est que ces droits sont solidement ancrés dans le système constitutionnel des Etats-Unis — la lecture des droits *Miranda* fait partie de la culture juridique américaine. Les droits procéduraux fondamentaux sont devenus un élément essentiel de la protection des droits individuels, faisant d'un mécanisme juridique un principe constitutionnel. C'est pourquoi les droits conférés par l'article 36 de la convention de Vienne doivent être considérés comme fondamentaux pour la régularité de la procédure.

57. Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a conclu:

«l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 énonce les obligations que l'Etat de résidence a vis-à-vis d'une personne détenue et de l'Etat

d'envoi... Compte tenu du libellé de ces dispositions, la Cour conclut que le paragraphe I 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.)

L'Etat d'envoi est donc titulaire d'un droit d'exercer sa protection consulaire en faveur de ses ressortissants détenus, de même que les ressortissants étrangers ont le droit de solliciter l'assistance des fonctionnaires de leur consulat lorsqu'ils se trouvent en état de détention. En empêchant le Mexique et ses ressortissants d'exercer les droits prévus dans la convention de Vienne et constatés par la Cour dans l'affaire *LaGrand*, la violation commise par les Etats-Unis a conféré aux procédures pénales engagées à l'encontre des ressortissants mexicains un caractère fondamentalement inique.

X

58. Le Mexique a soutenu que, «en considération des dommages [qu'il avait] subis ... dans ses propres droits et dans la personne de ses ressortissants, [il] a[avait] droit à [une] réparation intégrale ... par la voie de la *restitutio in integrum*». Dans le présent arrêt, la Cour semble tout d'abord approuver la demande du Mexique. Elle cite un principe général, applicable selon elle aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite: «[c]'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate» (*Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9*, p. 21). Puis la Cour développe cet argument en citant une interprétation classique de ce qu'il faut entendre par «réparation»:

«Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que 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.» (*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47.)

59. Si la Cour avait pleinement assumé les conséquences de cette conclusion, énoncée par sa devancière, en établissant que, dans la présente affaire, la réparation de la violation devait consister à «rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis», elle aurait été conduite à approuver tous les remèdes demandés par le Mexique.

60. Mais la Cour a préféré laisser de côté le principe de restitution, s'attachant à définir la tâche qu'elle estimait être la sienne en l'espèce, à savoir «déterminer quelle serait la réparation adéquate des violations de l'article 36» (arrêt, par. 121), notion qui, aux termes de l'arrêt, «dépend ... des circonstances concrètes de chaque affaire ainsi que de la nature exacte

et de l'importance du préjudice» (arrêt, par. 119). La Cour conclut dans l'arrêt que :

«les faits internationalement illicites des Etats-Unis consistent en ce que leurs autorités compétentes n'ont pas informé les ressortissants mexicains concernés, n'ont pas averti les postes consulaires mexicains et n'ont pas permis que le Mexique fournisse l'assistance consulaire. Par conséquent, le moyen de remédier à ces violations doit résider dans une obligation des Etats-Unis de permettre le réexamen et la revision du cas de ces ressortissants par les tribunaux américains.» (Arrêt, par. 121.)

Cette conclusion ne répond pas aux demandes du Mexique, celui-ci ayant fondé sa thèse sur le «principe essentiel», consacré dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* et déjà reconnu par la présente Cour, consistant à «rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis».

XI

61. Le présent arrêt comporte une définition du caractère et de la portée du réexamen et de la revision des verdicts de culpabilité et des peines. La condition à remplir est que ce réexamen et cette revision doivent se faire «en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention», comme il est établi dans l'arrêt *LaGrand*, «y compris notamment sous l'angle des conséquences juridiques qu'a eues cette violation dans la suite de la procédure pénale» (arrêt, par. 131). Malheureusement, cette condition n'est pas expressément reprise dans la conclusion correspondante qui figure dans le dispositif de l'arrêt.

62. Pour apprécier la portée de l'obligation de permettre «le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine», il faut examiner l'article 36 dans son ensemble. Comme la Cour l'a constaté dans l'arrêt *LaGrand*, dans le premier paragraphe de cet article, «[l]e principe de base régissant la protection consulaire est énoncé dès l'abord : le droit de communication et d'accès». Viennent ensuite les modalités de notification consulaire. Puis sont énoncées les mesures que les autorités consulaires peuvent prendre pour prêter assistance à un ressortissant détenu. En cas de non-respect de ce régime de protection consulaire, dont les divers éléments sont interdépendants, l'Etat de résidence a l'obligation de prendre certaines mesures qui, aux termes de l'arrêt *LaGrand*, sont les suivantes :

- a) dans les cas où l'intéressé aurait fait l'objet d'une détention prolongée ou aurait été condamné à une peine sévère, l'Etat de résidence devrait permettre le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine;
- b) le processus de réexamen et de revision doit tenir compte de la violation des droits prévus par la convention de Vienne;

c) l'obligation de réexamen et de revision peut être mise en œuvre de diverses façons ; le choix des moyens doit revenir à l'Etat de résidence.

63. Le paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne et l'arrêt *LaGrand* posent une condition essentielle : le processus de réexamen et de revision doit tenir compte des violations des droits énoncés dans la convention et ce processus doit permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits énoncés à l'article 36 sont accordés. Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a également conclu que les Etats-Unis avaient manqué à leurs obligations « en ne permettant pas, à la lumière des droits reconnus par la convention, le réexamen et la revision des verdicts de culpabilité des frères LaGrand et de leurs peines » (*LaGrand*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 515, par. 128, point 4).

64. Il est vrai que les droits prévus au paragraphe 1 de l'article 36 doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence. Mais ces lois et règlements « doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article ». Dans le présent arrêt, il est difficile de trouver le moindre éclaircissement sur la manière dont ces obligations doivent être exécutées et sur les conditions précises à observer pour garantir que ce processus de réexamen et de revision sera effectif et véritable. Pareils éclaircissements et conditions devraient faire partie intégrante de l'arrêt, et a fortiori du dispositif, en tant qu'ils sont essentiels pour définir les mesures de réparation requises par la Cour.

65. Les Etats-Unis ont indiqué que, s'il y a eu violation de l'article 36,

« [l']essentiel est simplement d'examiner le verdict de culpabilité et la peine à la lumière de la violation pour rechercher si, dans les circonstances propres à l'affaire concernée, la violation de l'article 36 a eu la moindre conséquence — la moindre incidence — portant atteinte à l'équité fondamentale du procès, et pour déterminer les mesures éventuellement nécessaires à l'égard du verdict de culpabilité et de la peine » (CR 2003/29, p. 20, par. 3.6, Philbin).

Ils reconnaissent par ailleurs que

« si un accusé omet de faire valoir un moyen fondé sur la convention de Vienne en temps utile, la règle de la carence procédurale l'empêchera d'en exciper au stade de l'appel. Mais là encore, pour autant que l'intéressé a préservé son moyen relatif à l'atteinte sous-jacente, une atteinte à quelque droit substantiel — s'il fait valoir, par exemple, qu'il n'avait pas conscience de renoncer à son droit de se faire assister d'un conseil lors de l'interrogatoire —, ce moyen-là pourra être considéré. Ainsi, l'incidence de la violation de l'article 36 sur le procès et sur l'équité fondamentale de celui-ci — soit l'objet principal du réexamen et de la revision prescrits en l'affaire *LaGrand* — peut parfaitement être examinée. » (CR 2003/29, p. 25, par. 3.23, Philbin.)

66. Pourtant, d'après les éléments de preuve produits lors des procédures écrite et orale, les juridictions des Etats-Unis continuent, même après l'affaire *LaGrand*, d'appliquer la règle de la carence procédurale de la même manière qu'elles le faisaient avant cette affaire. Le motif avancé par les Etats-Unis est que «les règles relatives à la carence procédurale feront peut-être obstacle à ce que le moyen tiré de cette violation soit soulevé dans le cadre de l'appel direct ou des voies de recours parallèles, à moins que la juridiction ne conclue que cette carence était justifiée et que la violation alléguée a causé un préjudice» (CMEU, p. 111, par. 6.65). Or, lorsqu'une violation de la convention de Vienne était invoquée, aucune juridiction aux Etats-Unis n'a jusqu'à présent conclu «que cette carence était justifiée et que la violation alléguée a[avait] causé un préjudice», et ce, au motif que les droits tirés de l'article 36 ne sont pas des droits constitutionnels. L'insuffisance qu'il y a à ordonner un processus de réexamen et de révision devient manifeste lorsque les résultats atteints se sont révélés inefficaces.

67. La nature des obligations imposées par l'expression «en mettant en œuvre les moyens de leur choix» appelle une définition. Si la Cour n'apporte pas les précisions voulues sur cette question, les deux Parties à la présente affaire manqueront d'indications juridiques suffisamment solides sur les mesures nécessaires pour mettre en œuvre la réparation demandée par le Mexique et le remède prescrit par la Cour en vue de relever les Etats-Unis de leur responsabilité. Cette question doit être tranchée si l'on veut remédier aux conséquences découlant d'un fait internationalement illicite. L'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le dommage causé par le fait illicite dont il est l'auteur. Afin d'éviter toute méprise, il n'est pas inutile de s'appuyer sur un précédent qui, grâce aux indications qu'il renferme, aidera à définir clairement la marche à suivre. La Cour permanente de Justice internationale a eu l'occasion d'affirmer la nécessité de

«faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les Parties, en sorte que la situation juridique ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion, pour ce qui est des conséquences juridiques qui en découlent» (*Interprétation des arrêts n^{os} 7 et 8 (usine de Chorzów), arrêt n^o 11, 1927, série A n^o 13, p. 20*).

68. Il ne me semble guère possible de parvenir à une réparation intégrale si l'expression «en mettant en œuvre les moyens de leur choix» reste ambiguë et n'est pas renforcée par d'autres mesures spécifiques. A en juger par les éléments factuels datant de l'avant et de l'après-*LaGrand*, la manière dont les Etats-Unis respectent la convention de Vienne et l'arrêt de la Cour est loin d'être satisfaisante. Affirmer que la procédure de recours en grâce constitue un instrument suffisant pour exécuter les obligations énoncées dans l'arrêt *LaGrand*, c'est faire fi de la nécessité d'une réparation adéquate. Comme l'a constaté la Cour permanente de Justice internationale,

«[l]e principe essentiel ... est que 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» (*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 47*).

69. Le remède prescrit doit préciser comment les lois et règlements des Etats-Unis, en introduisant une obligation d'efficacité, permettront «la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu [de l'article 36]». Le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine doivent tenir compte de la violation des droits prévus par la convention. Ces droits doivent être considérés comme des droits fondamentaux influant sur la régularité de la procédure. S'il faut permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles ces droits sont accordés, et si le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine doivent tenir compte de la nature de la violation de ces droits, la marge d'interprétation de l'expression «en mettant en œuvre les moyens de leur choix» en est d'autant réduite. Les moyens doivent être efficaces et le choix de ceux-ci particulièrement rigoureux.

70. La demande du Mexique visant à soumettre les verdicts de culpabilité et les peines à un réexamen et à une revision véritables et effectifs trouve appui dans le commentaire du projet d'article 35 de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat:

«[L]e terme «restitution juridique» est parfois employé dans le cas où l'exécution de la restitution requiert ou suppose la modification d'une situation juridique, soit dans le cadre du système juridique de l'Etat responsable, soit dans le cadre de ses relations juridiques avec l'Etat lésé. Les hypothèses de restitution juridique sont l'abrogation, l'annulation ou la modification d'une disposition constitutionnelle ou législative promulguée en violation d'une règle du droit international, l'annulation ou le réexamen d'un acte administratif ou d'une décision judiciaire pris illégalement à l'encontre de la personne ou des biens d'un étranger...» (Doc. A/56/10, p. 259, par. 5; les italiques sont de moi.)

71. Si l'on part du principe que les Etats-Unis ont manqué à une obligation internationale, que le Mexique a subi un préjudice dont il demande la réparation, et que les Etats-Unis ne peuvent «se prévaloir des dispositions de [leur] droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui [leur] incombent», les motifs juridiques sont suffisamment nombreux de penser que si les tribunaux américains continuent d'appliquer la règle de la carence procédurale, il n'y a guère d'avenir pour un mécanisme véritable et effectif de réexamen et de revision judiciaires. Si donc les Etats-Unis ont effectivement manqué à une telle obligation internationale, alors peut-être la Cour doit-elle revenir à la notion de «restitution juridique» à laquelle se réfère la Commission du droit international, qui trouve à s'appliquer dès lors qu'il apparaît nécessaire de modifier une situation juridique propre à l'ordre interne de l'Etat responsable. Il convient de le rappeler: la restitution juridique peut comprendre:

«l'abrogation, l'annulation ou la modification d'une disposition constitutionnelle ou législative promulguée en violation d'une règle du droit international, l'annulation ou le réexamen d'un acte administratif ou d'une décision judiciaire pris illégalement à l'encontre de la personne ou des biens d'un étranger» (doc. A/56/10, p. 259, par. 5).

Il se peut que la décision judiciaire, si elle est jugée contraire à une obligation internationale, doive être rapportée par la voie législative.

XII

72. Dans ses conclusions finales, le Mexique prie la Cour de juger que les Etats-Unis «devront cesser leurs violations de l'article 36 de la convention de Vienne à l'égard du Mexique et de ses cinquante-deux ressortissants». La Cour a cependant conclu que «le Mexique n'a[vait] pas établi l'existence d'une violation continue de l'article 36 de la convention de Vienne à l'égard des cinquante-deux personnes» (arrêt, par. 148). Or, une telle violation continue peut être établie en examinant les cas énumérés dans la requête du Mexique (par. 67-267). Si l'on se reporte aux cas particuliers, il devient clair que la violation continue, par les Etats-Unis, des obligations qui sont les leurs comporte deux éléments :

- a) de 1979 à 1999, c'est-à-dire pendant les vingt années considérées dans la requête du Mexique (soit de la première à la dernière des cinquante-deux arrestations visées dans celle-ci), les autorités compétentes des Etats-Unis n'ont pas respecté les obligations qu'elles tenaient de l'article 36. La Cour l'a déjà constaté dans la présente affaire;
- b) au stade de l'après-*LaGrand*, les tribunaux américains continuent d'appliquer la doctrine de la carence procédurale. Comme l'a déclaré la Cour, «un recours s'appuyant sur la violation du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, si fondé fût-il en soi, pourrait [, par l'effet de la règle de la carence procédurale,] être déclaré irrecevable par les juridictions des Etats-Unis» (arrêt, par. 133). Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a eu l'occasion de définir la portée de la doctrine 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 ... que les autorités nationales compétentes 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'Etat d'envoi.» (*LaGrand, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 497, par. 90.*)

73. Depuis l'arrêt *LaGrand*, l'obligation d'assurer un processus de réexamen et de revision ne s'est pas traduite par l'abandon de la doctrine

de la carence procédurale. Si la Cour conclut que les Etats-Unis ont violé l'article 36 de la convention de Vienne, comme elle l'a déjà fait, il s'ensuit que la cessation de ces violations répétées représente une mesure appropriée pour mettre fin à un comportement illicite continu.

74. D'après les arguments avancés lors de la procédure, cent deux ressortissants mexicains ont été incarcérés et poursuivis pour des crimes graves après le prononcé de l'arrêt *LaGrand* sans avoir été informés de leurs droits en matière de notification consulaire et d'accès aux autorités consulaires. Dans quarante-six de ces cent deux cas, les Etats-Unis ne contestent effectivement pas la violation. Dans six de ces quarante-six cas, les détenus concernés risquent la peine de mort.

75. Les Etats-Unis opposent un certain nombre d'arguments, mais aucune preuve qui vienne contredire les faits exposés par le Mexique. Ils soulignent qu'ils «ont ... démontré qu'ils poursuivaient sans relâche leurs efforts pour mieux transmettre l'information sur la notification consulaire et que ces initiatives produisaient des résultats concrets», et ajoutent que

«[I]e Mexique voudrait que la Cour ordonne aux Etats-Unis de cesser d'appliquer — et de garantir qu'ils n'appliqueront plus — un éventail stupéfiant de doctrines juridiques et de jurisprudence internes parfaitement valables» (CMEU, par. 8.36 et 8.38).

76. Les Etats-Unis considèrent que les cent deux cas — qui se ramènent à six pour ce qui nous occupe ici — invoqués par le Mexique sont des «cas isolés». Mais la question qui se pose est en réalité celle de savoir si la violation, par les Etats-Unis, des obligations énoncées à l'article 36 présente ou non un caractère continu. Tel semble être le cas. Les Etats-Unis s'engageront peut-être à «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 de la convention». Mais ce qui manque à cet engagement, c'est un effet concret. D'où la nécessité de formuler des indications pratiques devant être suivies par les Etats-Unis. Ces indications doivent comprendre l'obligation de mettre fin à un fait internationalement illicite.

77. Dans ses projets d'articles sur la responsabilité de l'Etat, la Commission du droit international a cherché à préciser ce qu'il fallait entendre par violation continue d'une obligation internationale. Dans son commentaire du paragraphe 2 de l'article 14, elle indique :

«Par ailleurs ... un fait illicite continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale, sous réserve toutefois que l'Etat soit lié par cette obligation internationale pendant cette période. A titre d'exemples de faits illicites continus, on citera le maintien en vigueur de dispositions législatives incompatibles avec les obligations conventionnelles de l'Etat qui les a promulguées...» (Doc. A/56/10, p. 147, par. 3.)

78. Dans plusieurs affaires, la Cour a conclu à la nécessité d'ordonner la cessation d'un comportement illicite. Je pense par exemple à l'affaire

des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* ainsi qu'à celles relatives au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* et au *Mandat d'arrêt*.

Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique*, la Cour a décidé à l'unanimité que l'Iran «d[evait] faire cesser immédiatement la détention illicite du chargé d'affaires, d'autres membres du personnel diplomatique et consulaire...» (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 44, par. 95, point 3 a)).

Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour a décidé que «les Etats-Unis d'Amérique [avaient] l'obligation de mettre immédiatement fin et de renoncer à tout acte constituant une violation des obligations juridiques susmentionnées» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 149, point 12).

Dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, la Cour a conclu que «le Royaume de Belgique d[evait], par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat d'arrêt...» (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 33, point 3).

79. Le principe juridique qui commande la cessation et la non-répétition de la violation d'une obligation internationale réside dans le caractère continu du devoir d'exécuter l'obligation. Perpétuer la commission d'un fait illicite irait à l'encontre de la nature et des fondements mêmes de l'état de droit. Comme la Commission du droit international l'indique dans son projet d'article 29 sur la responsabilité de l'Etat, «[l]es conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite ... n'affectent pas le maintien du devoir de l'Etat responsable d'exécuter l'obligation violée». Dans son commentaire de cet article, la CDI précise que

«[m]ême si l'Etat responsable respecte l'obligation prévue dans la deuxième partie de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice causé, il n'est pas dispensé de ce fait de son devoir d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Le maintien de l'obligation d'exécuter une obligation internationale, nonobstant une violation de celle-ci, sous-tend la notion de fait illicite continu ... et d'obligation de cessation.» (Doc. A/56/10, p. 231, par. 2.)

80. Mettre fin à un fait illicite et offrir des assurances et garanties de non-répétition appropriées, si les circonstances l'exigent, n'est pas une question d'ordre discrétionnaire: c'est précisément ce que, aux termes du projet d'article 30 de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat, l'Etat responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de faire. Dans son commentaire de cet article, la CDI apporte une précision utile:

«Lorsqu'un Etat lésé cherche à obtenir des assurances et garanties de non-répétition, c'est essentiellement pour renforcer une relation juridique continue et l'accent est mis sur le respect futur d'une obligation et non pas sur sa violation passée» (*ibid.*, p. 238, par. 11).

XIII

81. Le présent arrêt ne répond que partiellement aux griefs formulés par le Mexique. Certaines des conclusions qu'il énonce sont plus modestes que celles qui figurent dans l'arrêt *LaGrand*. Certaines vont même jusqu'à contredire ce précédent. Je crains que le présent arrêt n'ait une portée juridique trop limitée pour établir comme il le faudrait les bases de la réparation due pour cause de fait illicite et de violation d'une obligation internationale. Il n'est pas certain que le droit de la responsabilité des Etats y trouve matière à se développer davantage.

(Signé) Bernardo SEPÚLVEDA.