

**LA PROTECTION CONSULAIRE
DES NATIONAUX EN PÉRIL ?**
**Les ordonnances en indication
de mesures conservatoires
rendues par la Cour internationale
de Justice dans les affaires
Breard (Paraguay c. États-Unis)
et *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis)**

PAR

Eric ROBERT

MAÎTRE DE CONFÉRENCES
À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'U.L.B.

SOMMAIRE

SECTION 1^{ER}. — *Le contexte des ordonnances rendues par la Cour : les atteintes à l'exercice de la protection consulaire des nationaux*

- A. L'affaire *Breard*
- B. L'affaire *LaGrand*

SECTION 2. — *L'indication de mesures conservatoires tendant à la suspension des exécutions à la peine capitale*

- A. Le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires
- B. Les ordonnances de la Cour (9 avril 1998 et 3 mars 1999) : entre la prudence et l'humanité

SECTION 3. — *L'examen prima facie du respect des droits de protection consulaire dans les affaires Breard et LaGrand*

- A. La violation des obligations en matière de notification
- B. La *restitutio in integrum* comme mode de réparation de la violation des obligations de notification par l'État de résidence

On dit généralement que « c'est par les consuls [...] que l'État étend ses bras protecteurs à toute la surface du globe » (1). Or, dans les deux affaires commentées, force est de reconnaître que les États requérants — le Paraguay et l'Allemagne — ont été tous deux privés de l'exercice de leurs droits

(1) Formule reprise de Pradier-Fodéré par STUART, Graham, « Le droit et la pratique diplomatique et consulaire », *R.C.A.D.I.*, vol. 48, 1934 — II, p. 553.

de protection consulaires à l'égard de leurs ressortissants : d'une part, Monsieur Angel Francisco Breard (différend *Paraguay c. États-Unis*), d'autre part, Messieurs Karl et Walter LaGrand (différend *Allemagne c. États-Unis*). Ces derniers ont en effet été condamnés à mort, respectivement par les États de Virginie et d'Arizona, sans avoir pu bénéficier durant la procédure criminelle des mécanismes de protection consulaire reconnus par le droit international. Malgré les ordonnances de la Cour internationale de Justice tendant à surseoir, à titre conservatoire, à l'exécution desdits condamnés, les États de Virginie et d'Arizona ont exécuté les condamnés.

Nous montrerons au cours de cette étude, d'une part, de quelle façon M. Breard et les frères LaGrand ont été privés de leurs droits à une assistance consulaire lorsqu'ils ont été arrêtés et détenus respectivement par les autorités de l'État de Virginie et de l'État d'Arizona, et d'autre part, à la suite de quels événements le Paraguay et l'Allemagne ont été empêchés d'exercer leurs droits de protection consulaire envers leurs ressortissants au point de justifier l'introduction d'un recours devant la Cour internationale de Justice, et spécialement, une demande en indication de mesures conservatoires.

L'affaire *Breard* portée devant la Cour internationale de Justice en 1998 présentait en effet un caractère singulier. Pour la première fois dans ses annales, la Cour était amenée à se prononcer, à titre conservatoire, sur une demande de suspension de l'exécution d'un condamné à mort. Plus précisément, le Paraguay, exerçant son droit de protection de ses ressortissants, demandait, à titre conservatoire, de différer l'exécution en attendant qu'il soit statué sur le fond du litige qui l'opposait aux États-Unis. Quant au contentieux relatif aux frères LaGrand, il est d'autant plus surprenant, qu'un peu moins d'un an après l'ordonnance rendue dans l'affaire *Breard*, la Cour était saisie à nouveau d'un litige quasiment identique au premier et dans des conditions d'extrême urgence qui ne facilitaient pas sa tâche.

L'objet de la présente étude consistera à éclairer et à justifier les fondements juridiques qui habilitaient la Cour de La Haye à indiquer des mesures conservatoires dans les deux litiges, et en même temps, à préciser l'étendue des droits de protection consulaire que la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires accordent respectivement à l'État d'envoi et à leurs ressortissants. La première section sera consacrée à un survol des éléments factuels relatifs respectivement à l'affaire *Breard* et à l'affaire *LaGrand*. Le traitement par la Cour des demandes en indication de mesures conservatoires du Paraguay et de l'Allemagne fera l'objet des développements de la seconde section. La dernière et troisième section abordera *prima facie* les questions de fond posées par les deux différends, à savoir, la violation de la Convention de Vienne sur les relations consulaires par les États-Unis et les conséquences de ces violations sur le plan de la réparation.

SECTION 1^{er}. — LE CONTEXTE DES ORDONNANCES RENDUES
PAR LA COUR : LES ATTEINTES À L'EXERCICE
DE LA PROTECTION CONSULAIRE DES NATIONAUX

Institution bien ancrée dans le droit des gens, la protection consulaire des nationaux est revenue au devant de la scène avec l'affaire *Breard*, et plus récemment encore avec l'affaire *LaGrand* (2). Cette institution s'est développée au cours du XIX^e siècle en tant que mécanisme de protection des intérêts des nationaux, en parallèle avec le mécanisme de la protection diplomatique (3), au plus grand profit des grandes puissances diplomatiques de l'époque. Le non respect par les autorités locales de l'État de résidence de l'obligation d'informer les ressortissants étrangers arrêtés ou détenus de leur droit de réclamer l'assistance de leur consul, rend cependant encore aujourd'hui la protection consulaire assez aléatoire comme le montre dramatiquement ces deux affaires qui, par ailleurs, ne constituent pas des cas isolés dans la pratique américaine (4).

Nous examinerons, dans un premier temps, quels sont les éléments à l'origine de l'affaire *Breard* (A) et, dans un deuxième temps, ceux de l'affaire *LaGrand* (B).

A. — *L'affaire Breard*

En 1992, les autorités de l'État de Virginie ont arrêté M. Breard, ce dernier étant accusé à la fois de tentative de viol et de meurtre. Déclaré coupable, il fut condamné à la peine capitale par les juridictions de l'État de Virginie (la *Circuit Court* du comté d'Arlington dont le jugement fut confirmé par la *Supreme Court* de Virginie) (5). La date de l'exécution fut ensuite fixée au 14 avril 1998.

S'agissant d'un ressortissant étranger, M. Breard bénéficiait en vertu du droit international de certains droits procéduraux dont il fut cependant privé. Nous reviendrons plus loin sur cette question de façon plus approfondie.

(2) Remarquons, non sans une certaine ironie, que les États-Unis avaient eux-même saisi la Cour en pleine guerre froide d'une affaire les opposant à la Hongrie à propos de la violation des droits de protection consulaire dont les États-Unis estimaient pouvoir se prévaloir. À défaut de compétence, la Cour ne rendit aucun arrêt dans cette affaire (*Traitement en Hongrie d'un avion des États-Unis et de son équipage*, ordonnance du 12 juillet 1954, *Recueil 1954*, p. 99). Voy. WHITEMAN, *Digest of International Law*, vol. 7, pp. 627-629.

(3) La protection consulaire constitue, à l'instar de la protection diplomatique, un mécanisme de protection visant les intérêts des ressortissants de l'État d'origine. Cependant, les deux institutions se différencient dès lors que la protection consulaire permet à l'État d'envoi de protéger les intérêts ou les droits propres de ses ressortissants à l'étranger, alors que le cadre de la protection diplomatique l'État intervient pour demander le respect d'un droit propre, à savoir, celui de demander réparation pour un dommage résultant de la violation d'une règle de droit international à l'encontre d'un de ses ressortissants. Voy. la Pratique suisse en matière de droit international 1997, *R.S.D.I.E.*, n° 4, 1998, p. 655.

(4) Voy. *infra*, section 3, A, les références citées à ce sujet.

(5) *Breard v. Commonwealth*, 248 Va. 68, 445 S.E. 2d 670 (1994).

die (6). Cependant, précisons déjà que, selon le texte de l'article 36 1 b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, le ressortissant étranger arrêté ou détenu doit être averti sans retard de son droit d'avertir le poste consulaire de l'État d'envoi pour lui demander assistance, et que, corollaire de ce droit, les autorités de l'État de résidence ont l'obligation de notifier sans retard cette demande aux autorités de l'État d'envoi. Or, au moment de son arrestation, M. Breard n'a jamais été informé par les fonctionnaires américains de son droit de communiquer avec son consul. Et, par voie de conséquence, le consul paraguayen n'a jamais été mis au courant de l'arrestation et de la détention d'un de ses ressortissants contrairement à l'économie générale de l'article 36 de la Convention de Vienne (7). De ce fait, l'État paraguayen s'est vu dans l'impossibilité d'exercer son droit de protection consulaire à l'égard de ses ressortissants conformément à l'article 5 de la Convention précitée (8).

En pratique, c'est seulement par ses propres moyens, en 1996, que le consul du Paraguay fut informé des faits lorsque M. Breard fut jugé et condamné. S'il n'obtint aucune assistance judiciaire du Paraguay au cours de la procédure criminelle conduisant à son jugement, M. Breard reçut par contre l'aide des services consulaires en vue d'exercer les derniers recours possibles. M. Breard introduisit à cet effet un recours devant les juridictions fédérales en vue d'obtenir une ordonnance d'*habeas corpus* (procédure judiciaire permettant un recours contre une détention illégale). L'action introduite au motif de la violation des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur les relations consulaires fut rejetée. En première instance, et en appel, les juridictions fédérales jugèrent au regard de la doctrine dite de la « carence procédurale » (*procedural default*) que M. Breard n'était plus habilité à se prévaloir de ce moyen étant donné qu'il n'en avait pas fait état au cours de son procès (9). Le Paraguay intenta également en son nom propre un recours devant les juridictions fédérales en invoquant la violation de la Convention de Vienne. Le Paraguay fut également débouté sur base de la doctrine de l'« immunité souveraine » dont bénéficient en droit américain les États de l'Union (10).

Un dernier recours devant la Cour suprême des États-Unis en vue d'obtenir une ordonnance de *certiorari* fut encore introduit respectivement par

(6) Voy. *infra*, section 2, point B, et l'extrait de l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963.

(7) Remarquons en outre que le Paraguay s'était aussi prévalu du traité bilatéral États-Unis-Paraguay du 24 décembre 1859 (*International Arbitration to which the United States is a Party*, vol. II, pp. 1485 et s). Cependant, ne disposant pas d'une clause de juridiction obligatoire de la C.I.J., le Paraguay n'a pas développé une argumentation particulière à ce sujet.

(8) Concernant l'analyse détaillée de ces dispositions, voy. *infra*, section 2.

(9) *Breard v. Netherland*, 949 F.Supp. 1255, 1266 (ED Va. 1996) et *Breard v. Pruett*, 134 F.3d 615, 620 (1998).

(10) *Republic of Paraguay v. Allen*, 949 F. Suppl. 1269, 1272-1273 (ED Va. 1996) et *Republic of Paraguay v. Allen*, 134 F. 3d 622 (1998).

M. Breard et le Paraguay. Cet ultime recours en vertu duquel la Cour suprême est investie du pouvoir discrétionnaire de réexaminer les décisions des juridictions fédérales inférieures fut intenté avant la saisine de la C.I.J. Quant à la décision de la Cour suprême des États-Unis rendue, le 14 avril 1998, après celle de la C.I.J., elle rejeta le recours formé par les plaignants (11).

Estimant que tous les recours utiles avaient été quasiment épuisés (à l'exception de celui introduit devant la Cour suprême des États-Unis), et jugeant que les négociations avec le gouvernement américain n'avaient rien donné, le 3 avril 1998, le Paraguay saisit la Cour internationale de Justice d'une requête dirigée contre les États-Unis d'Amérique à propos du différend portant sur l'interprétation et l'application de la Convention de Vienne de 1963. Le même jour, le représentant du Paraguay introduisit une demande urgente en indication de mesures conservatoires visant à surseoir à l'exécution de son ressortissant de façon à protéger les droits dont le Paraguay se prévalait dans sa requête.

Bien consciente du caractère exceptionnel de la procédure, la Cour de La Haye se prononça rapidement eu égard à l'urgence de la requête. Elle demanda aux États-Unis, dans une ordonnance du 9 avril 1998, que Monsieur Angel Francisco Breard ne soit pas exécuté tant que la décision définitive ne serait pas rendue sur le fond. Plus précisément selon l'ordonnance,

« [l]es États-Unis d[evaient] prendre toutes les mesures dont ils dispo[saient] pour que Monsieur Angel Francisco Breard ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aur[ait] pas été rendue » (12).

Même si l'objet de cette étude ne porte pas sur l'arrêt de la Cour suprême, on s'étonnera néanmoins du fait que la Cour américaine ait estimé que la doctrine de la carence procédurale n'était pas contraire à l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963. La Cour suprême invoque à cet égard l'article 36.2 qui reconnaît expressément que les « droits visés au paragraphe 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'État de résidence » (13). Mais, il faut insister sur le fait que le second paragraphe de l'article 36 poursuit en précisant « *toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article* » (nous soulignons). Il résulte clairement du texte et de l'intention de ses rédacteurs que les aménagements éventuellement apportés en droit interne à la protection consu-

(11) *Breard v. Green*, 188 S.Ct 1352, US Supreme Court, April 14, 1998 (*per curiam*).

(12) Affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis)*, mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J., *Recueil 1998*, para. 41 (ci-après, l'affaire *Breard*).

(13) Selon la Cour suprême, « [b]y no asserting his Vienna Convention claim in state court, Breard failed to exercise his right under the Vienna Convention in conformity with the law of the United States and the Commonwealth of Virginia », *Breard v. Green*, US Supreme Court, *op. cit.*

laire reconnue par la Convention ne sont autorisés que dans la seule mesure où ils ne remettent pas en cause les fondements même du droit (14). Tel nous semble en l'espèce être le cas, comme nous aurons l'occasion d'y revenir dans les pages qui suivent. Enfin, notons que la Cour suprême n'a tiré aucune conséquence en droit américain de l'ordonnance de la C.I.J. (15). D'une part, la Cour s'est prévalu de la séparation des pouvoirs entre l'Exécutif et le Judiciaire pour en tirer comme conséquence que seul le pouvoir exécutif pouvait intervenir auprès du Gouverneur de l'État de Virginie pour suspendre l'exécution. D'autre part, la Cour a semblé nier toute effet en droit américain de l'ordonnance de la C.I.J. tout en refusant de se prononcer explicitement sur le caractère obligatoire ou non des ordonnances en indication de mesure conservatoires (16).

Malgré les démarches entreprises par l'Exécutif fédéral américain auprès du Gouverneur de l'État de Virginie en vue de suspendre l'exécution de M. Breard, ce dernier fut exécuté le 14 avril 1998 à la prison de Jarrat en Virginie par une injection mortelle (17).

La demande principale du Paraguay — tendant à obtenir la confirmation par la Cour de l'invalidation de la procédure criminelle ayant mené à la condamnation de M. Breard — perdant beaucoup de son intérêt pratique, le Paraguay demanda, le 11 novembre 1998, que l'affaire soit rayée du rôle de la Cour (18). À ce stade de l'évolution du différend, il est plus que probable que les circonstances de l'affaire favorisaient davantage un règlement

(14) Comme le soulignait M. Yasseen devant la Commission du droit international à propos du projet d'article, le but de ce paragraphe est de « prévenir toute application arbitraire des lois et règlements de l'État de résidence par les autorités de ce pays ; celles-ci sont tenues de rendre effectives ces libertés inscrites dans ces lois et règlements » et d' « éviter, de la part de l'État de résidence, tout abus de son pouvoir législatif et réglementaire, en précisant qu'il ne doit adopter ni lois ni règlements qui pourraient rendre ces libertés inopérantes ». Compte rendu analytique de la 13^e session, 1^{er} mai-7 juillet 1961, *Ann. C.D.I.*, vol. I, 1961, pp. 34-35.

(15) Selon la Cour suprême, « this Court must decide questions presented to it on the basis of law. The Executive Branch, on the other hand, in exercising its authority over foreign relations may, and in this case did, utilize diplomatic discussions with Paraguay. Last night the Secretary of State sent a letter to the Governor of Virginia requesting that he stay Breard's execution. If the Governor wishes to wait for the decision of the ICJ, that is his prerogative. But nothing in our existing case law allows us to make that choice for him ».

(16) Voy. sur cette question, AZNAR-GOMEZ, Mariano J., « À propos de l'affaire relative à la convention de Vienne sur les relations consulaires (*Paraguay c. États-Unis d'Amérique*)... », *R.G.D.I.P.*, n° 4, 1998, pp. 917-936 ; THIRLWAY, H.W.A., « The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice », *Interim Measures indicated by International Courts* (R. BERNHARDT Ed.), Berlin-Heidelberg-New York, Springer-Verlag, 1994, pp. 28 et s et REITER, Eva, « Interim Measures by the World Court to Suspend the execution of an Individual : The *Breard Case* », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 16, n° 4, 1998, pp. 491-492. Voy. aussi BEKKER, P. and HIGGET, K., « International Court of Justice Orders United States to Stay Execution of Paraguayan National in Virginia », *A.S.I.L. Insight*, April 1998.

(17) ACEVES, William J., Note sous « Application of the Vienna Convention on Consular Relations (*Paraguay v. United States*) », *Provisional Measures, A.J.I.L.*, vol. 92, n° 3, 1998, p. 520.

(18) C.I.J., *Communiqué*, n° 98/36, 11 novembre 1998. On ne peut pas dire que la demande du Paraguay perdait tout intérêt pratique parce que, agissant dans le cadre de la protection diplomatique, le Paraguay était également en droit de demander réparation par équivalent en cas de décès de son ressortissant et d'impossibilité de toute forme de réparation en nature.

diplomatique que judiciaire, dont la teneur est malheureusement restée confidentielle. Notons cependant que selon la requête du Paraguay, ce dernier entendait également obtenir des États-Unis des garanties que de telles violations de la Convention de Vienne sur les relations consulaires ne se reproduiraient pas à l'avenir à l'égard d'autres ressortissants paraguayens (19). Sur ce plan, le désistement du Paraguay se comprend nettement moins.

En effet, un an plus tard, lesdites garanties n'avaient manifestement toujours pas été données aux ressortissants étrangers résidant sur le territoire américain. C'est ce qu'illustre la seconde affaire portée devant la Cour, cette fois par le gouvernement allemand.

B. — *L'affaire LaGrand*

L'affaire des frères Karl et Walter LaGrand est de façon assez troublante similaire à l'affaire *Breard*. Pas plus que dans cette dernière, il n'est nécessaire de discuter l'innocence des deux condamnés. En 1982, ceux-ci avaient en effet été les auteurs du meurtre d'un directeur de banque, au cours d'un *hold up*, et ces faits n'ont pas été remis en cause.

De façon analogue à l'affaire *Breard*, Walter et Karl LaGrand ont été jugés et condamnés à mort par les juridictions de l'État d'Arizona — en première instance et en appel — sans qu'ils aient été informés de leurs droits à bénéficier de l'assistance consulaire (20). À défaut d'une telle information, les deux ressortissants allemands arrêtés et détenus n'ont pas pu demander que l'on avertisse leur consul, et aucune notification n'a été faite par les autorités de l'État d'Arizona auprès des services consulaires allemands. Malgré que les autorités de l'État d'Arizona aient soutenu, pour se justifier, qu'elles n'avaient pas eu connaissance de la nationalité allemande des prévenus, il est apparu le 23 février 1999, devant la Commission des grâces de l'État d'Arizona, que lesdites autorités connaissaient bel et bien la nationalité étrangère des frères LaGrand (21).

Les autorités consulaires allemandes n'ont été informées de la détention de leur ressortissant qu'en 1992, par les frères LaGrand eux-mêmes, et après leur condamnation. C'est à partir de cette date que les LaGrand ont bénéficié de l'assistance des services consulaires allemands et ce n'est qu'à ce moment qu'ils ont pu alléguer devant les juridictions fédérales la violation de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Comme dans l'affaire *Breard*, cette argumentation a été écartée par la juridiction fédérale

(19) Affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 5.

(20) Les deux frères LaGrand ont été condamnés en 1984. *International Herald Tribune*, March 4, 1999, p. 12.

(21) Affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Allemagne c. États-Unis)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, CIJ, *Recueil 1999*, para. 3 (ci-après, affaire *LaGrand*). En ce sens, également *International Herald Tribune*, March 5, p. 3.

de première instance au motif pris de la doctrine dite de la « carence procédurale », et ce jugement a ensuite été confirmé en appel (22).

Aucune action ne fut introduite devant la Cour suprême des États-Unis. Par contre, alors que l'on s'apprêtait à exécuter, le 24 février 1999, Karl LaGrand, le Gouvernement allemand entrepris des démarches auprès des autorités américaines au plus haut niveau en vue d'éviter l'issue finale qui attendait son ressortissant au-delà du couloir de la mort (23). L'exécution de ce dernier par l'État d'Arizona entraîna une intensification des échanges diplomatiques et la médiatisation de l'affaire. N'ayant pu sauver Karl LaGrand, l'Allemagne entrepris le 2 mars 1999 de porter le différend devant la Cour internationale de Justice et de demander, à titre conservatoire, la suspension de l'exécution de Walter LaGrand prévue pour le 3 mars (24).

Malgré l'intervention des Ministres allemands des affaires étrangères et de la Justice, Joschka Fischer et Herta Daeubler-Gmelin, en vue d'obtenir la suspension de l'exécution de Walter LaGrand, ainsi que celle de la Présidente du Comité des droits de l'homme du Bundestag Claudia Roth auprès de la Secrétaire d'État américaine, Madeleine Albright (25), le gouverneur de l'État d'Arizona décida de maintenir l'exécution (26). Walter LaGrand fut donc exécuté dans une chambre à gaz le 3 mars dernier. Pour la deuxième fois, un gouverneur d'un État fédéré américain maintenait envers et contre tout la décision d'exécution d'un condamné à mort. Quant au gouvernement fédéral, il semblait essentiellement se retrancher derrière la séparation des pouvoirs pour justifier le fait qu'il ne mettait pas tous les moyens en œuvre pour empêcher les exécutions. Ce qui fit dire, non sans ironie, à la Présidente du Comité des droits de l'homme du Bundestag, que la Secrétaire d'État se battait « for human right in China while keeping quiet on the subject in her own country » (27). Quant à la Ministre allemande de la Justice, elle ne se fit non moins virulente, estimant que c'était « une pratique barbare et indigne d'un pays fondé sur l'état de droit » et accusant les États-Unis de violer le droit international (28). L'Allemagne a

(22) *Ibid.*, para. 4.

(23) C.I.J., *Communiqué de Presse*, L'Allemagne saisit la Cour d'un différend avec les États-Unis d'Amérique et demande l'indication de mesures conservatoires, 2 mars 1999.

(24) L'Allemagne a introduit sa requête au Greffe de la C.I.J. le 2 mars à 19 h 30 (heure de La Haye) alors que l'exécution de Walter LaGrand était fixée le lendemain à 15 heures (heure de Phoenix Arizona).

(25) *International Herald Tribune*, March 4, 1999, p. 12 et March 5, pp. 1 et 3. Même le chancelier Gerhard Schröder est personnellement intervenu en faveur des deux frères LaGrand (*Le Monde*, 6 mars 1999, p. 4).

(26) La Ministre de la Justice de l'État d'Arizona aurait déclaré que l'État d'Arizona n'était pas lié par l'ordonnance de la Cour. Elle a ajouté, non sans paradoxe, que l'Arizona se souciait du droit international, mais que dans ce cas c'était trop tard... *Le Monde*, 6 mars 1999, p. 4.

(27) *International Herald Tribune*, March 5, p. 3.

(28) *Le Monde*, 6 mars 1999, p. 4 et *International Herald Tribune*, March 5, pp. 1 et 3.

donc décidé de ne pas se désister et de maintenir l'affaire au rôle de la Cour internationale de Justice (29).

SECTION 2. — L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES
TENDANT À LA SUSPENSION DES EXÉCUTIONS
À LA PEINE CAPITALE

Les ordonnances de la C.I.J. indiquant la suspension de l'exécution de M. Breard, le 9 avril 1998, et celle de M. Walter LaGrand, le 3 mars 1999, présentent toutes deux un caractère exceptionnel au regard de la jurisprudence de la Cour. Bien qu'il s'agissait dans les deux cas d'un litige inter-étatique, l'utilisation de la procédure juridictionnelle par le requérant a mené à une solution s'apparentant — du moins à première vue — à un mécanisme de protection de l'individu. C'est d'ailleurs ce qui a paru gêner le juge Shigeru Oda dans sa Déclaration jointe à l'ordonnance du 3 mars 1999 : « If the court intervenes *directly* in the fate of an individual, this would mean some departure from the function of the principal judicial organ of the United Nations, which is essentially a tribunal set up to settle inter-state disputes concerning the rights and duties of States. I fervently hope that this case will not set a precedent in the history of the Court » (30).

Malgré cette réserve, nous montrerons que la Cour était parfaitement fondée à indiquer les mesures conservatoires reprises dans les deux ordonnances. Le caractère particulier des ordonnances demandant la suspension de l'exécution de personnes condamnées à mort dans un État membre des Nations Unies est due avant tout aux circonstances exceptionnelles de l'affaire : la violation répétée de dispositions de la Convention de Vienne sur les relations consulaires accordant des droits aux individus et l'existence de la peine de mort dans certains États fédérés des États-Unis d'Amérique. Hormis ces éléments, les deux affaires mettent en cause des mécanismes bien connus : les pouvoirs de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires dans certaines circonstances et l'exercice de la protection diplomatique par les États à l'égard de leurs ressortissants.

Nous examinerons dans un premier temps quels sont, de façon générale, les prérogatives de la Cour concernant l'indication de mesures conservatoires (A). Dans un second temps, nous analyserons plus spécialement les raisons qui permettaient à la Cour d'indiquer les mesures conservatoires décidées dans les affaires *Breard* et *LaGrand* (B).

(29) L'Allemagne a décidé de poursuivre son action devant la Cour en demandant la fixation des délais pour les pièces de procédures. C.I.J., *Communiqué de presse*, 99/12.

(30) Déclaration du Juge Oda, affaire *LaGrand*, para. 6.

A. — *Le pouvoir de la Cour
d'indiquer des mesures conservatoires*

La Cour internationale de Justice a le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 alinéa 1 de son Statut. En effet, selon cette disposition :

« La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire ».

Le Règlement de la Cour précise les conditions de procédure. Ainsi, selon l'article 73 alinéa 1 du Règlement :

« Une partie peut présenter une demande en indication de mesures conservatoires par écrit à tout moment de la procédure engagée en l'affaire au sujet de laquelle la demande est introduite ».

Lorsqu'une telle demande est formulée, comme ce fut le cas dans l'affaire *Breard*, la Cour statue sur celle-ci dans une phase séparée, en respectant le principe du contradictoire. Le caractère urgent des mesures demandées impose souvent l'examen de la cause avec célérité, et par conséquent, de limiter à l'essentiel la procédure contradictoire.

Cependant, selon l'article 75 du Règlement de la Cour, la C.I.J. peut aussi « à tout moment décider d'examiner d'office si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires que les parties ou l'une d'elles devraient prendre ou exécuter ». Invoqué par l'Allemagne dans l'affaire *LaGrand* (31), la Cour en a fait application estimant que :

« si la Cour n'a pas, à ce jour, fait usage du pouvoir que cette disposition lui confère, celui-ci n'en apparaît pas moins bien établi ; que la Cour peut user de ce pouvoir qu'elle ait ou non été saisie par les parties d'une demande en indication de mesures conservatoires ; qu'en pareille hypothèse, elle peut, en cas d'extrême urgence, procéder sans tenir d'audience ; et considérant qu'il appartient à la Cour de décider dans chaque cas si, au vu des particularités de l'espèce, elle doit faire usage dudit pouvoir » (32).

La Cour a donc ordonné d'office des mesures conservatoires sans avoir entendu le point de vue des États-Unis, si ce n'est de façon très sommaire lors de l'audience du matin du 3 mars 1999 tenue sous les auspices du Vice-président de la Cour (33). Cette procédure, limitant à très peu de chose le débat contradictoire, a été critiquée par le juge Schwebel dans son opinion séparée (34). Pourtant, il faut reconnaître que cette solution résulte des

(31) Notons que dans l'affaire *Breard*, le Paraguay avait également soulevé l'article 75 du Règlement de la Cour. Mais, cette dernière n'a pas jugé bon de l'appliquer, probablement parce que le délai entre la date de l'introduction de l'instance et la date de l'exécution de M. Breard était plus long que dans l'affaire *LaGrand*.

(32) Affaire *LaGrand*, *op. cit.*, para. 21.

(33) L'ordonnance se limite à exposé un bref argumentaire du représentant des États-Unis, affaire *LaGrand*, para. 12.

(34) Op. sep. du Juge Schwebel, affaire *LaGrand*.

pouvoirs extraordinaires conférés par le texte même de l'article 75 du Règlement de la Cour. Il est par contre pertinent de remarquer — et là, la critique convainc davantage — que l'utilisation des pouvoirs que confère l'article 75 du Règlement n'a été rendu nécessaire que parce que l'Allemagne avait tardé à introduire sa requête contre les États-Unis (35). La Cour elle-même n'a accepté d'appliquer l'article 75 de Règlement non sans critiquer à demi mot l'attitude du gouvernement allemand :

« [c]onsidérant qu'une bonne administration de la justice exige qu'une demande en indication de mesures conservatoires fondée sur l'article 73 du Règlement de la Cour soit présentée en temps utile » (36).

Quant aux conditions de fond, la lecture de l'article 41 alinéa 1 du Statut montre le caractère relativement général et indéterminé des conditions régissant l'adoption de mesures conservatoires. Ce sont donc les juges de la Cour qui les ont déterminées en interprétant l'alinéa 1 de l'article 41, et tout particulièrement, l'expression « si [...] les circonstances l'exigent ».

Les juges de La Haye ont souvent relevé le caractère *discrétionnaire* des pouvoirs de la Cour en ce domaine. Comme le note le juge Bedjaoui,

« la Cour doit se livrer à une libre appréciation des 'circonstances' pour savoir si celles-ci 'exigent' l'indication de mesures conservatoires. Mais cet examen est tout sauf arbitraire. Si la jurisprudence a progressivement dégagé les critères et conditions à remplir c'est précisément la preuve que *son appréciation n'a pas ce caractère imprévisible et subjectif* » (37).

Le caractère discrétionnaire des pouvoirs de la Cour est par conséquent limité à la fois par les objectifs des mesures conservatoires et par les conditions que la Cour a elle-même arrêtées. L'étendue du droit d'indiquer des mesures conservatoires est déterminée par les *finalités* de la procédure définies à partir du texte même de l'article 41 du Statut de la Cour et des objectifs qui sous-tendent cette disposition. On peut ainsi recenser comme buts des mesures conservatoires :

— sauvegarder le droit de chacune des parties (38),

(35) Voy. l'observation du Juge SCHWEBEL, *op. cit.*, para. 7 et du Juge ODA, *op. cit.*, para. 4.

(36) Affaire *LaGrand*, para. 19.

(37) Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (ci-après, affaire de la Convention de Montréal de 1971), mesures conservatoires, op. diss. de M. Bedjaoui, *Recueil 1992*, pp. 39-40 para. 14. Voy. aussi l'opinion individuelle du juge Ajibola, affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria* (ci-après, affaire de la *Frontière terrestre et maritime*), mesures conservatoires, *Recueil 1996*, p. 48. Tout en reconnaissant l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, le juge Abijola admet le fait que la Cour prend en considération des « facteurs » ou des « éléments » précis pour déterminer si les circonstances exigent l'adoption de mesures conservatoires.

(38) Selon la Cour, il résulte des textes pertinents qu'elle doit se préoccuper de sauvegarder par de telles mesures des droits que l'arrêt qu'elle aura ultérieurement à rendre pourrait éventuellement reconnaître, soit au demandeur, soit au défendeur (affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, mesures conservatoires, ordonnance du 5 juillet 1951, *Recueil 1951*, p. 93). En ce sens, dans l'affaire de la *Convention de Montréal de 1971*, le Professeur Ian Brownlie a déclaré qu'il « est admis en général que la fin principale, sinon exclusive, des mesures conservatoires est de sauvegarder

- prévenir l'aggravation ou l'extension du différend (39),
- et, en dernier lieu, objectif tout à fait général, aboutir à une bonne administration de la justice (40).

Quant aux **conditions d'application**, nous reprendrons plus précisément deux d'entre elles étant donné qu'elles nous ont semblé jouer un rôle décisif dans le cadre des affaires en cause :

(1) l'État requérant doit démontrer l'*existence raisonnable d'un droit* pour la sauvegarde duquel les mesures conservatoires sont demandées,

(2) l'État requérant doit démontrer que les circonstances de la cause font apparaître *un risque de préjudice irréparable*.

Notons toutefois que d'autres conditions d'application sont aussi fréquemment avancées. Il s'agit des conditions suivantes :

(3) l'État requérant doit démontrer *prima facie* une base de compétence de la Cour. Autrement dit, il lui faut prouver que la Cour dispose d'une compétence juridictionnelle pour connaître des droits faisant l'objet du différend (41). En l'occurrence, l'article I du protocole facultatif à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends, auquel chaque fois les deux États étaient parties, permettait à tout État partie de saisir la Cour à propos d'un litige relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention (42). Bien que les États-Unis aient contesté dans l'affaire *Breard* la compétence *prima facie* de la Cour, cette dernière a estimé qu'elle disposait « de la compétence nécessaire pour indiquer les mesures conservatoires demandées » en mettant clairement en évidence l'existence d'un différend relatif à l'application de la Convention de Vienne de 1963 (43).

le droit de chacune des parties en attendant l'arrêt définitif » (*Plaidoiries*, jeudi 26 mars 1992, CR/2, p. 22).

(39) Dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime*, la Cour a insisté sur l'existence d'un « risque que des événements de nature à aggraver ou à étendre le différend puisse se reproduire, rendant ainsi toute solution de ce différend plus difficile ». En ce sens également, voy. l'opinion individuelle du juge Ajibola dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime* (*op. cit.*, *Recueil 1996*, pp. 50-43) et celle du Professeur Ian Brownlie dans l'affaire de la *Convention de Montréal de 1971*, *Plaidoiries*, *op. cit.*, pp. 23-24.

(40) Voy. le Professeur Ian BROWNIE, *op. cit.*, p. 25. Il peut par exemple s'agir des problèmes dus à la disparition des éléments de preuve. En l'occurrence, la Cour a considéré dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime* que les « actions armées sur le territoire en litige pourraient mettre en péril l'existence d'éléments de preuve pertinents aux fins de la présente instance » (*op. cit.*, *Recueil 1996*, p. 23, para. 42).

(41) Voy. par exemple l'affaire de l'*Application de la convention sur le génocide*, ordonnance du 13 septembre 1993, *Recueil 1993*, p. 342, para. 36.

(42) Selon l'article premier, les « différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention relèvent de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice, qui, à ce titre, pourra être saisie par requête de toute partie au différend qui sera elle-même partie au présent protocole ».

(43) Affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 23-34. Dans l'affaire *LaGrand*, l'ordonnance de la Cour est similaire sur ce point, *op. cit.*, para. 14-18. Notons que la C.P.J.I. avait déjà clairement précisé par le passé que les « divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant, des divergences relatives à l'application »

(4) les demandes de l'État requérant doivent être *prima facie* recevables (44),

(5) les mesures conservatoires demandées doivent se rapporter à la protection des droits en cause (45). Dans le différend *Allemagne c. États-Unis* à propos de la Convention de Vienne, le juge Oda a émis des réserves quant à la réalisation de cette condition estimant que :

« the request for the indication of provisional measures must essentially be related to the application instituting proceedings presented by the State. The fact that the United States failed to notify the German consular authorities of the arrest, detention and trial of Mr. Walter LaGrand and that Germany did not until yesterday take steps before this Court, is not — however much it may appear to be — *directly* related to the imminent execution of that German national. The purpose of provisional measures is to preserve the *rights of States* exposed to an imminent breach which is irreparable » (46).

En faisant partiellement droit à la requête de l'Allemagne dans son ordonnance du 3 mars 1999, la Cour n'a pas retenu cette opinion, reconnaissant implicitement que la demande de mesures conservatoires concernait suffisamment les droits revendiqués par le gouvernement allemand (non seulement son droit propre, mais le droit de faire respecter le droit international en la personne de ses ressortissants). Pour notre part, nous reviendrons sur cette question, dès lors qu'elle se pose en des termes analogues, à l'occasion de l'examen du critère du préjudice irréparable et du rapport entre celui-ci et les droits en cause.

(6) les mesures conservatoires demandées doivent être dictées par l'urgence (47). L'urgence n'a rien d'absolu, c'est une question de degré qui varie selon les circonstances au gré du « bon sens » de la Cour. Sur ce point, il faut noter qu'une première évaluation est faite par le Président de la Cour lorsqu'il fixe l'audience, par exemple, à quarante jours dans l'affaire du *Passage du Grand Belt*, et à 10 jours dans l'affaire du *Personnel diploma-*

(affaire de l'*Usine de Chorsow*, compétence, arrêt du 26 juillet 1927, *Série A*, n° 8, p. 21). Le fait qu'il existait au moins un différend concernant l'*application* de la Convention résultait de façon évidente du dossier dans les deux affaires. Alors que l'article 36 insiste lourdement sur la célérité avec laquelle les obligations de notification qui pèsent sur les autorités locales de l'État d'envoi doivent être accomplies, il était manifeste que cette prescription n'avait pas été respectée.

(44) « Bien que cette condition ne soit guère traitée par les auteurs, il est raisonnable aussi de supposer qu'il en va de la recevabilité comme de la compétence » (Ian BROWNLIE, *op. cit.*, p. 25). L'auteur se fonde en particulier sur les éléments de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*Recueil 1984*, p. 186).

(45) Voy. l'affaire de l'*Application de la convention sur le génocide*, *op. cit.*, p. 342, para. 36 et ordonnance du 8 mars 1993, p. 19, para. 35. En ce sens également : BROWNLIE, Ian, *op. cit.*, p. 25 et SCHWARTZ dans l'affaire de la *Convention de Montréal de 1971, Plaidoiries*, vendredi 27 mars 1992, CR/92/4, p. 47.

(46) Déclaration du juge Oda, affaire *LaGrand*, para. 5.

(47) Voy. l'affaire des *Prisonniers de guerre pakistanais*, mesures conservatoires ordonnance du 13 juillet 1973, *Recueil 1973*, pp. 328 et 330, para. 10-1 et l'opinion. diss. du juge Bedjaoui dans l'affaire de la *Convention de Montréal de 1971*, *op. cit.*, p. 39. Voy. aussi BROWNLIE, Ian, *op. cit.*, p. 31 et SCHWARTZ, *op. cit.*, pp. 46-47.

tique, de la date d'introduction de la requête (48). Enfin, précisons d'emblée que l'appréciation de l'urgence est étroitement liée à celle de l'existence d'un risque de préjudice irréparable, comme nous le verrons plus loin.

De façon générale, et en guise de conclusion sur l'incidence des différents critères, lorsque la Cour est amenée à se prononcer sur une demande en indication de mesures conservatoires, elle doit apprécier si les différentes conditions reprises ci-dessus sont bien remplies. Mais ce faisant, l'une des appréciations essentielles que réalise la Cour consiste, de manière générale, à veiller à tenir compte de façon équilibrée des droits des parties en présence (49). La Cour a maintes fois répété l'importance de l'article 41.1 de son Statut sur ce point. En effet, selon la C.I.J., celle-ci « doit se préoccuper de sauvegarder par de telles mesures [conservatoires] les droits que l'arrêt qu'elle aura ultérieurement à rendre pourrait éventuellement reconnaître, soit au demandeur, soit au défendeur » (50).

Toutefois, il ne faudrait pas se méprendre sur le sens de cette observation. Le jugement de la Cour, lors d'une ordonnance en matière de mesures conservatoires, ne se réduit pas à la recherche de solutions de compromis. Il s'agit plutôt de déterminer un certain équilibre entre les droits respectifs des parties au regard des circonstances propres de l'espèce (51) : l'établissement *prima facie* des droits du requérant et la preuve d'un risque de préjudice irréparable.

Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, la Cour, en ordonnant des mesures conservatoires visant à éviter toute entrave à la continuation de l'exploitation de la société commerciale nationalisée par l'Iran, a manifestement tranché la question de la préservation des droits respectifs du demandeur — le Royaume-Uni prenant fait et cause pour la société Anglo-Iranian (pour rupture du contrat de concession et déni de justice) — et de l'État iranien défendeur à l'instance. En l'espèce, la Cour a considéré que les éléments de preuves fournis par le Royaume-Uni concernant les droits dont

(48) En ce sens, THIRLWAY, H.W.A., *op. cit.*, p. 26.

(49) « Le fait que les mesures conservatoires sont décidées avant que la Cour n'ait confirmé sa propre compétence ou se soit prononcée sur le fond renforce la nécessité de faire preuve de circonspection lorsque l'on pèse les effets de mesures éventuelles sur les droits de chaque Partie » (SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 47).

(50) Nous soulignons. CIJ, affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, mesures conservatoires, *op. cit.*, p. 93.

(51) Dans l'affaire des *Pêcheries islandaises*, la Cour de La Haye a ordonné des mesures conservatoires en matière de volume autorisé des pêches de poissons dans les eaux islandaises qui lui semblaient équilibrées, en tenant compte des droits des deux parties en cause (intérêts économiques respectifs des parties, conservation des stocks de poissons). CIJ, affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (R.U. c. Islande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, *Recueil 1972*, pp. 16-17. Remarquons cependant au passage que la solution retenue par la Cour correspond à l'équilibre qu'elle estime approprié. De fait, les mesures conservatoires préconisées dans cette affaire pouvaient être analysées comme une atteinte aux droits souverains de l'Islande en matière de pêches (en ce sens, voy. l'op. diss. du juge Padilla Nervo, affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, *op. cit.*, p. 27). Voy. aussi la Déclaration du juge Koroma à propos de l'ordonnance rendue dans l'affaire *Breard*, para. 6.

il demandait la protection étaient suffisants pour justifier les mesures conservatoires qui constituaient pourtant clairement une limitation substantielle de la compétence souveraine de l'État iranien en matière de nationalisation (52).

Dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour a dû mettre en balance, d'une part, le risque de préjudice irréparable dont les plaignants pouvaient se prévaloir — à savoir, le risque de retombées radioactives en territoire australien et néo-zélandais — et d'autre part, les droits souverains de la France de mener des expériences nucléaires dans le cadre de ses compétences en matière de défense nationale. En demandant au Gouvernement français « de s'abstenir de procéder à des essais nucléaires provoquant le dépôt de retombées radioactives sur le territoire australien », la Cour a nécessairement fixé un équilibre entre le droit de l'Australie de s'opposer à la pollution atmosphérique de son territoire et celui de la France de mener sa politique nucléaire (53).

Il est par conséquent important que le requérant étaye de façon raisonnable l'existence des droits qu'il invoque. La preuve d'un risque de préjudice irréparable ne serait pas suffisante en soi pour justifier des mesures conservatoires étant donné que le dommage irréparable ne peut être établi qu'au regard des droits du requérant. Par contre, une fois démontré la possibilité de l'existence de droits du requérant, le risque de préjudice irréparable est déterminant quant au sens dans lequel la balance est susceptible de pencher. Comme nous le verrons plus en détail ci-dessous, la Cour s'est en effet souvent inquiétée de l'existence d'un préjudice irréparable frappant la vie et la santé des personnes et s'est implicitement prévalu de cette circonstance pour indiquer des mesures conservatoires en faveur du demandeur.

B. — *Les ordonnances de la Cour*
(9 avril 1998 et 3 mars 1999) :
entre la prudence et l'humanité

Les ordonnances rendues par la Cour internationale de Justice dans les deux affaires relatives à la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 se caractérisent à la fois par une forme de prudence et par les considérations d'humanité qui sous-tendent implicitement les décisions.

(52) CIJ, affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, mesures conservatoires, *op. cit.*, pp. 92-93. La Cour a même été jusqu'à requérir la création d'une commission de surveillance visant à s'assurer de la continuation de l'exploitation par l'ancien actionnaire.

(53) CIJ, affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *Recueil 1973*, p. 105 para. 29 et p. 106 et affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *Recueil 1973*, p. 141 para. 30. Voy. GOLDWORTHY, M.H., « Interim Measures of Protection in the ICJ », *A.J.I.L.*, vol. 68, 1974, pp. 272-273.

La *prudence* s'explique tout d'abord par la procédure elle-même. La Cour statuant seulement *prima facie*, elle souhaitait évidemment éviter de se lier sur les questions de fond. De fait, les ordonnances sont assez lapidaires et il est difficile, à partir de ces éléments, de se faire idée sur la manière dont la Cour pourrait trancher le différend sur le fond.

Ensuite, la prudence de la Cour se comprend également au regard des éléments de fond des deux affaires (54) : la mise en cause la procédure pénale d'un État, et indirectement, l'application par les États-Unis de la peine de mort. La Cour a décidé d'indiquer des mesures conservatoires allant dans le sens des demandes de suspension de l'exécution des condamnés, introduites respectivement par le Paraguay et l'Allemagne. Mais, elle s'est empressée de limiter la portée de ses ordonnances. Les États-Unis s'étaient en effet défendu devant la Cour en estimant qu'il y aurait lieu d'éviter de faire de la C.I.J. une Cour suprême universelle en matière criminelle (55). Certes, on pourrait penser que la Cour de La Haye a écarté cet argument en ordonnant la suspension de l'exécution de Angel Francisco Breard et de Walter LaGrand. Toutefois, dans ces deux ordonnances elle a tenu à rassurer le défendeur en précisant les limites des décisions qu'elle prenait, à savoir, le fait

« que les questions portées devant la Cour en l'espèce ne concernent pas le droit des États fédérés qui composent les États-Unis de recourir à la peine de mort pour les crimes les plus odieux ; et [qu']en outre [...] la fonction de la Cour est de régler des différends juridiques internationaux entre États, 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 » (56).

La Cour de La Haye ne peut en effet jouer le rôle d'instance universelle d'appel en matière pénale dès lors que seuls les États peuvent décider, au nom de leurs intérêts, de porter certaines affaires en matière criminelle devant la Cour. Les individus n'ayant aucun accès direct, rares seront les occasions où la Cour pourrait traiter de ce genre de contentieux (57).

Quant aux *considérations d'humanité*, elles ressortent implicitement des deux ordonnances. La Cour ne s'est pas directement prononcé sur les aspects humanitaires de l'affaire. Mais, sans pouvoir s'appuyer sur le texte même des ordonnances, il est intéressant de noter que, lors des deux procédures en indication de mesures conservatoires, la Cour semble avoir pleinement pris en compte la dimension humanitaire dans le traitement même des

(54) Voy. en ce sens la Déclaration du juge Koroma, affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 1 et 2.

(55) Affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 22 et 30. Voy. aussi sur ce point les références aux comptes rendus d'audience citées par Mariano AZNAR-GOMEZ, « À propos de l'affaire relative à la convention de Vienne sur les relations consulaires », *op. cit.*, p. 939.

(56) Affaire *LaGrand*, *op. cit.*, para. 25 et l'affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 38.

(57) En ce sens, REITER, Eva, *op. cit.*, p. 487.

requêtes. C'est au regard de l'urgence de la situation (58) — rappelons que les requêtes ont chaque fois été introduite peu de temps avant la date d'exécution du condamné — et des conséquences fatales qu'un refus de suspension de l'exécution aurait entraîné que la Cour a notamment paru dicter sa ligne de conduite. Les deux ordonnances ont en effet été prises à l'unanimité alors mêmes que les juges Oda, Koroma et Schwebel émettaient certaines réserves. Le juge Oda a clairement indiqué qu'il avait voté en faveur de l'ordonnance seulement pour des considérations humanitaires (59).

L'État introduisant une requête en indication de mesures conservatoires se devant d'établir d'une part, l'existence *prima facie* des droits dont se prévaut le demandeur (a), et d'autre part, l'existence d'un préjudice irréparable (b), nous examinerons tour à tour comment la Cour a apprécié ces deux conditions dans les deux affaires sous revue.

a) *L'existence prima facie des droits du demandeur*

Rappelons que l'essentiel des réclamations paraguayenne et allemande portaient sur la privation par les États-Unis des droits de protection consulaire dont jouissent les États parties à la Convention de Vienne de 1963 en vertu des articles 5 et 36 de ladite Convention.

L'article 5 de la Convention reconnaît, en premier lieu et de façon générale, à titre de fonction consulaire, « le droit de protéger dans l'État de résidence les intérêts de l'État d'envoi *et de ses ressortissants*, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international ».

L'article 36 de la Convention, plus précis, détermine les moyens d'exercer ce droit dans le cadre des relations entre le consul et les ressortissants de l'État d'envoi (60). L'article 36.1 b) dispose ainsi des conditions dans lesquelles le ressortissant de l'État d'envoi doit être informé de ses droits à une protection consulaire et des conditions dans lesquelles l'État d'envoi peut exercer cette protection lorsque son ressortissant est « arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ».

Selon le paragraphe 1 b) de cet article,

« *si l'intéressé en fait la demande*, les autorités compétentes de l'État de résidence doivent avertir *sans retard* le poste consulaire de l'État d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet État est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise *sans retard* par lesdites auto-

(58) Voy. en ce sens les Déclarations des juges Schwebel et Koroma, affaire *Breard*, *op. cit.*, respectivement para. 3 et 1.

(59) Déclaration du juge Oda, affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 8 et affaire *LaGrand*, *op. cit.*, para. 7.

(60) En ce sens, VERDROSS, *Ann. C.D.I.*, vol. I, 1961, p. 35.

rités. Celles-ci doivent *sans retard* informer l'intéressé de ces droits aux termes du présent alinéa » (nous soulignons).

À la lumière des textes, l'existence des droits de protection consulaire dont le Paraguay et l'Allemagne se sont prévalus dans la présente affaire apparaît bien établi (61). De même, pour ce qui a trait au droit d'un ressortissant d'un État partie à la Convention d'obtenir l'assistance de ses autorités consulaires. Plus spécialement, le Paraguay comme l'Allemagne critiquaient l'absence de toute forme de notification des droits de protection consulaire alors que l'article 36 insiste de façon explicite sur la célérité avec laquelle les obligations de notification qui pèsent sur les autorités locales de l'État d'envoi doivent être accomplies.

Notons cependant que le litige opposant les deux États se rapportait davantage à l'étendue des droits et obligations qui résultent de l'article 36.1 b) de la Convention de Vienne. Comme nous le verrons ci-dessous plus en détails (62), les opinions des deux parties divergeaient en effet sur le plan des conséquences juridiques que la violation de l'article 36.1 b) était susceptible d'entraîner.

Est-ce que les éléments de preuves concernant les droits à protéger, respectivement apportés par le Paraguay et l'Allemagne, étaient-ils en l'occurrence suffisants pour fonder l'indication de mesures conservatoires par la Cour ?

Normalement, l'État sollicitant l'indication de mesures conservatoires est tenu d'apporter la preuve de l'existence des droits dont il demande la protection.

La simple affirmation du droit par l'État n'est pas suffisante. Comme le dit le juge Shahabuddeen, « [i]ndiquer des mesures conservatoires sans obliger l'État requérant à démontrer qu'il existe un fondement *défendable* à l'existence du droit qu'il cherche à protéger semblerait difficile à concilier avec le caractère exceptionnel de cette procédure » (63). Inversement, il ne faut pas non plus que l'État établisse avec certitude l'existence du droit comme dans le cas d'une procédure sur le fond.

Il faut démontrer *prima facie* le bien-fondé de la thèse du requérant, et donc la *possibilité raisonnable* de l'existence du droit dont on entend obtenir

(61) Comme le note S. TORRES-BERNARDEZ, la conférence diplomatique de Vienne a reconnu clairement parmi les fonctions consulaires, le droit de protection des ressortissants de l'État d'envoi, et le fait que celui-ci ne saurait être empêché par l'État de résidence (« La conférence des Nations Unies sur les relations consulaires », *A.F.D.I.*, 1963, pp. 85 et 100-101.

(62) Voy. *infra* section 3.

(63) Nous soulignons. Op. ind., affaire du *Passage par le Grand Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, *Recueil 1991*, p. 29.

la protection (64). Au-delà de ces critères généraux, la Cour ne s'est pas prononcée.

Il faut donc convenir que l'État requérant est tenu de « présent[er] des éléments de preuve suffisants pour prouver la possibilité de l'existence du droit qu'il cherche à sauvegarder » (65). Ces éléments de preuves suffisants dépendent des circonstances de l'espèce.

Force est de reconnaître que dans l'affaire *Paraguay c. États-Unis*, comme dans celle *Allemagne c. États-Unis*, la Cour a estimé que les deux États avaient établi à suffisance l'existence du droit dont ils se prévalaient. La Cour n'a même pas jugé utile de relever explicitement la réalisation de cette condition (66). Le fait que, dans les deux différends, les parties en litige étaient davantage divisées quant à la question de l'étendue du droit revendiqué qu'en ce qui concerne celle de l'établissement du droit lui-même était un problème relevant essentiellement du fond et qui devait être traité lors de cette dernière phase de la procédure (67). La décision de la Cour paraît sur ce plan parfaitement justifiée. Elle montre en l'occurrence le caractère relativement flexible de l'établissement *prima facie* des droits à protéger par le demandeur à l'action.

b) *L'existence prima facie* d'un risque de préjudice irréparable

Il ne suffisait pas pour le Paraguay et pour l'Allemagne de démontrer la possibilité de l'existence des droits dont ils réclamaient la protection, pour justifier l'indication de mesures conservatoires. Encore fallait-il qu'ils apportent des éléments étayant de façon raisonnable un risque de préjudice irréparable.

Le Paraguay et l'Allemagne ont défendu des positions similaires sur ce point en mettant l'accent, d'une part, sur l'importance que ces deux États attachaient à la vie et à la liberté de leurs ressortissants alors qu'ils étaient sur le point d'être exécutés, et d'autre part, sur la sauvegarde du pouvoir de la Cour d'ordonner la mesure à laquelle leur ressortissant avait droit :

(64) Op. ind. du juge Shahabuddeen, affaire du *Passage par le Grand Belt*, op. cit., p. 29 et également, DUMBAULD, Edward, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, Martinus Nijhoff, 1932, pp. 160-161.

(65) Op. ind. du juge Shahabuddeen, op. cit., p. 31.

(66) Affaire *Breard*, op. cit., para. 35 et affaire *LaGrand*, op. cit., para. 22.

(67) La Cour a examiné cette question sous l'angle de sa compétence pour ordonner les mesures conservatoires. À l'argumentation américaine suivant laquelle il n'existerait pas de différend concernant l'application de la Convention de Vienne de 1963 parce que la solution demandée par le Paraguay ne serait pas possible en vertu de l'article 36 de cette Convention, la Cour a répondu de la manière suivante. « Considérant que la question de savoir si la solution recherchée par le Paraguay est possible en vertu de la convention ne peut être tranchée qu'au stade du fond ; qu'il en est de même de la question de savoir si l'adoption de telles mesures est subordonnée à la preuve que l'accusé a subi un préjudice lors de son jugement et de sa condamnation » (affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, op. cit., para. 33).

le rétablissement de l'état de chose antérieur (68). Ainsi, selon le gouvernement paraguayen,

« si les mesures conservatoires demandées ne sont pas indiquées, les États-Unis exécuteront M. Breard avant que la Cour puisse examiner le bien-fondé des prétentions du Paraguay et celui-ci sera à jamais privé de la possibilité d'obtenir le rétablissement de la situation antérieure si la Cour venait à se prononcer en sa faveur » (69).

De son côté, le gouvernement américain soutenait dans l'affaire *Paraguay c. États-Unis* l'absence de conséquence sur la procédure criminelle résultant de la non information du prévenu de ces droits de communiquer avec son consul. À défaut de préjudice, il n'y avait pas lieu de s'interroger sur son caractère réparable. En outre, selon les États-Unis la *restitution in integrum* n'était pas possible car la sanction de la violation de l'article 36.1 b) de la Convention de Vienne de 1963 ne pouvait conduire à l'invalidation de la procédure criminelle. De simples excuses représentaient donc à leur yeux une satisfaction équitable (70).

Quel est le bien fondé de ces positions ?

La Cour a interprété l'expression « si les circonstances l'exigent » de son statut comme impliquant l'identification d'un préjudice irréparable. Ce faisant elle garantit la sauvegarde éventuelle des droits des parties, mais également, son propre pouvoir de décision. De fait, « le but essentiel des mesures conservatoires est d'assurer que l'exécution d'une décision ultérieure sur le fond ne sera pas compromise par les actions d'une partie *pendente lite* » (71).

La finalité de ce critère est donc de « préserver l'intégrité et l'effectivité de la décision sur le fond » que la Cour pourrait rendre à l'avenir (72).

Que faut-il plus exactement prouver ? Il faut étayer le caractère irréparable du préjudice (1°). Mais, s'agissant d'un événement futur, et donc empreint d'une part d'incertitude, la démonstration porte seulement sur l'établissement d'une *possibilité* ou d'un *risque* de préjudice irréparable (2°). Nous allons reprendre ces deux éléments.

1° *La nature du préjudice irréparable*

Au vu des circonstances — l'exécution à la peine capitale des ressortissants paraguayen et allemands — on peut penser de prime abord que l'éta-

(68) Affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 8 et affaire *LaGrand*, *op. cit.*, para. 8.

(69) Affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 8.

(70) *Ibid.*, para. 18. Rappelons que dans la procédure relative à la requête allemande, les États-Unis n'ont pas pu développer une argumentation sur ce point.

(71) *Op. indiv. du juge Jimez de Aréchaga*, affaire du *Plateau continental de la Mer Egée*, mesures conservatoires, 11 septembre 1976, *Recueil 1976*, p. 16.

(72) En ce sens, Rosalyn Higgins alors conseil du Royaume-Uni, affaire de la *Convention de Montréal de 1971*, *Plaidoiries*, jeudi 26 mars 1992, *C.R.* 92/3, p. 50.

blissement du caractère *irréparable* du préjudice, dans les présentes affaires, ne soulève aucune difficulté. Toutefois, *ce n'est pas n'importe quel préjudice* dont on doit déterminer le caractère irréparable. Le préjudice irréparable doit présenter un lien suffisant avec l'affaire. En effet, il ne s'agit pas pour le demandeur à l'action de demander des mesures conservatoires en invoquant un préjudice irréparable n'ayant aucun rapport avec litige. De ce point de vue, les deux affaires requièrent certains éclaircissements. Ainsi, pour poser sommairement le problème, le Paraguay et l'Allemagne pouvaient-ils invoquer comme préjudice irréparable celui dont leurs ressortissants condamnés risquaient à l'évidence de souffrir en raison des exécutions à la peine capitale ? La réponse à cette question varie si l'on considère que le préjudice irréparable vise le droit du Paraguay ou de l'Allemagne d'obtenir une notification de l'arrestation de leurs ressortissants ou concerne plutôt le droit pour lesdits ressortissants d'être informé au plus tôt de leurs droits à une assistance consulaire. C'est cette problématique que nous allons analyser de plus près ci-dessous.

De façon générale, l'examen auquel le critère du préjudice irréparable renvoie suggère que l'on se pose la question de savoir s'il y aura une impossibilité — ou, moins rigoureux, une extrême difficulté à restaurer la situation existante — dans le cas où la Cour rendrait un jugement sur le fond en faveur du requérant tout en refusant d'indiquer des mesures conservatoires (73).

Une simple atteinte à des droits du requérant n'est donc pas suffisante (74). Il faut en effet que le dommage ne soit pas susceptible de réparation adéquate (75). En l'occurrence, s'il y a un risque de disparition pure et simple du droit, on peut conclure au préjudice irréparable (76). De même, pour le formuler autrement, le fait que le droit est « totalement éclipsé et anéanti » est une indication déterminante de préjudice irréparable (77). Comme on s'en sera rendu compte, si le préjudice irréparable est étroitement associé au jugement ultérieur que la Cour pourrait rendre sur le fond, il n'en reste pas moins évalué à la lumière des *droits invoqués par le requérant*. C'est par conséquent par rapport aux droits dont se prévaut

(73) JIMENEZ DE ARECHAGA, E., « General Course in Public International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 59, 1978-1, p. 159.

(74) Voy. CIJ, l'affaire du *Plateau continental de la Mer Egée*, *op. cit.*, p. 11 para. 32.

(75) Déclaration du juge Barwick, affaire des *Essais nucléaires*, *op. cit.*, *Recueil 1973*, p. 110. En principe le dommage, pour être irréparable ne doit pas être susceptible d'être réparé par une compensation financière (JIMENEZ DE ARECHAGA, E., *op. cit.*, p. 159). Notons cependant que dans l'affaire des *Pêcheries*, la Cour a admis l'existence d'un préjudice irréparable à propos d'un simple préjudice économique (qui concernait en l'occurrence les conséquences dommageables pour l'industrie britannique de la suppression des pêches dans les eaux islandaises), *Recueil 1972*, p. 16, para. 22-23.

(76) « Le droit perdu ne saurait après coup être restitué », *op. diss.* du juge Bedjaoui, affaire de la *Convention de Montréal de 1971*, *op. cit.*, *Recueil 1991*, p. 39, para. 13.

(77) *Op. diss.* du juge El Koshi, affaire de la *Convention de Montréal de 1971*, *op. cit.*, p. 110.

le requérant dans sa requête et dans sa demande en indication de mesures conservatoires qu'il faut déterminer le préjudice irréparable.

Si l'on examine la pratique de la Cour en la matière, il apparaît que celle-ci a accepté de tenir compte, selon les affaires, de deux types de préjudices irréparables.

- soit, le préjudice irréparable porte *directement* sur les droits invoqués. Il peut s'agir aussi bien du droit même de l'État lorsque celui-ci agit en son nom propre que de la fiction que représente le droit de l'État de prendre fait et cause pour son ressortissant et de demander le respect du droit international en la personne de ses ressortissants.
- soit, situation plus spécifique, le préjudice irréparable porte *indirectement* sur les droits dont l'État entend obtenir la protection et *directement sur les personnes*, dès lors qu'un lien peut être établi entre la protection des droits en cause et la protection de la vie et de la sécurité de ces personnes (78). Ainsi, la Cour a fait observer dans l'affaire du *Personnel diplomatique américain à Téhéran* que la « persistance de la situation qui fait l'objet de la requête expose les êtres humains concernés à des privations, à un sort pénible et angoissant et même à des dangers pour leur vie et leur santé et par conséquent à une possibilité de préjudice irréparable » (79). Comme le faisait observer le juge Abijola, « [à] l'évidence, l'indication de mesures conservatoires dans [la jurisprudence de la Cour], qu'elle ait simplement pour objet de sauvegarder des droits ou bien d'éviter une aggravation ou une extension du différend ou encore un acte de nature à causer un dommage ou préjudice irréparable aux parties, a toujours visé notamment à protéger des vies humaines ou à préserver des biens ou les deux à la fois » (80). Ce lien a par exemple été également établi dans l'affaire du *Différend frontalier* (81) et dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime* (82). Notons que dans une telle situation, l'objectif des mesures conservatoires que nous avons décrit plus haut — sauvegarder les droits de *chacune* des parties (83). — s'apprécie de façon quelque peu différente. Force est de reconnaître que l'existence d'un préjudice irréparable frappant les personnes est suscep-

(78) En ce sens, voy. REIFER, Eva, *op. cit.* pp. 478-479.

(79) CIJ, *Recueil 1979*, p. 20, para. 42.

(80) Op. ind. du juge Abijola, affaire de la *Frontière terrestre et maritime*, *op. cit.*, *Recueil 1996*, p. 53. L'idée d'un préjudice irréparable à des personnes ou à des biens a été également relevée par Rosalyn Higgins, affaire de la *Convention de Montréal de 1971*, *Plaidoiries*, jeudi 26 mars 1992, CR 92/3, p. 49. Voy. aussi THIRLWAY, H.W.A., *op. cit.*, p. 8.

(81) Affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, *Recueil 1986*, p. 10 para. 21.

(82) La CIJ a établi un lien entre le risque de préjudice irréparable pesant sur les personnes se trouvant dans la zone litigieuse et les droits territoriaux des parties en cause, estimant que lesdites personnes sont exposées par *voie de conséquence* à un préjudice irréparable (*Recueil 1996*, p. 23 para. 42).

(83) Voir *supra* Section 1, point B.

tible de faire pencher la balance entre les droits de chacune des parties davantage en faveur des demandes de l'État requérant (84).

Notons que, dans les affaires *Breard* et *LaGrand*, les demandeurs pouvaient à notre sens se prévaloir des deux types de préjudices irréparables. Ce sont ces deux situations que nous allons reprendre ci-dessous. Précisons d'emblée que la Cour n'a retenu que le premier type de préjudice irréparable.

i. *L'établissement d'un préjudice irréparable affectant directement les droits du requérant, et au-delà, l'utilité ou l'objet même de l'arrêt que la Cour aurait à rendre sur le fond*

Sans entrer dans les détails relevant du fond du litige, la Cour a estimé qu'en l'espèce il existait bien un préjudice irréparable susceptible d'affecter les droits du requérant. Prenant en considération le fait que « l'ordre d'exécution de M. Breard [avait] été donné pour le 14 avril 1998 », la Cour a jugé « qu'une telle exécution rendrait impossible l'adoption de la solution demandée par le Paraguay et porterait ainsi un préjudice irréparable aux *droits revendiqués par celui-ci* » (nous soulignons) (85). Une formule analogue a été reprise dans l'affaire *LaGrand* (86).

Rappelons que le Paraguay et l'Allemagne se prévalaient non seulement de leur droit propre à ce que les États-Unis respectent leur obligation de notification de l'article 36.1 b), mais également du droit de protection diplomatique de ses nationaux, lorsque ceux-ci se voient privés du bénéfice des droits reconnus par cette même disposition (à savoir, les garanties à l'exercice des droits de la défense). Lorsque la Cour déclare qu'une telle « exécution [...] porterait ainsi un préjudice irréparable aux *droits* revendiqués par celui-ci » (nous soulignons), elle ne précise pas outre mesure la nature de ces derniers. Toutefois, on peut comprendre cette formule comme visant les droits à la protection diplomatique des demandeurs, à savoir,

(84) Ainsi, selon Rosalyn Higgins, « [l]orsque des personnes risquent de mourir ou d'être incarcérées, comme dans l'affaire des *Otages* ou que certains rayonnement risquent de provoquer des lésions ou d'avoir des effets génétiques inconnus, alors oui on est en présence d'un risque de dommage irréparable ». Elle poursuit plus loin en reconnaissant qu'« [e]n exerçant les pouvoirs que lui confère l'article 41, la Cour ne manquera certainement pas de tenir compte, dans le cas d'espèce, de l'équilibre à préserver entre les droits des Parties. Quant le droit invoqué est la protection contre la mort ou un désastre génétique, il se peut que la balance penche d'un côté » (affaire de la *Convention de Montréal de 1971, Plaidoiries*, jeudi 26 mars 1992, *C.B.* 92/3, pp. 49, 52 et 53).

(85) Affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 37.

(86) Affaire *LaGrand*, *op. cit.*, para. 23-24 : « Considérant que la Cour n'indiquera pas des mesures conservatoires si 'un préjudice irréparable [n'est pas] causé aux droits en litige' [...] ; Considérant que l'ordre d'exécution de M. Walter LaGrand a été donné pour le 3 mars 1999 ; et qu'une telle exécution porterait un préjudice irréparable aux droits revendiqués par l'Allemagne au cas particulier ».

obtenir le respect par les États-Unis des droits que leurs ressortissants tirent du droit international.

Remarquons que dans l'affaire *LaGrand*, l'Allemagne a paru un moment se départir de cette analyse lorsqu'elle a soutenu que « la demande en indication de mesures conservatoires [était] présentée dans l'intérêt de ce dernier », comme si elle ne l'était pas dans son intérêt propre d'État (87). La requête allemande était cependant suffisamment claire sur le double titre qu'invoquait l'Allemagne pour présenter ses demandes (88).

Si les demandeurs, dans les affaires *Breard* et *LaGrand*, pouvaient donc se prévaloir d'un préjudice affectant directement leurs droits, il restait encore à déterminer le caractère irréparable du préjudice, ce que contestait la partie défenderesse. Comme nous l'avons dit précédemment, les États-Unis ont invoqué dans l'affaire *Breard*, d'une part, l'absence de conséquence de la non information du prévenu de ses droits consulaires sur la procédure criminelle, et d'autre part, l'inapplicabilité de la *restitutio in integrum* en cas de violation de l'article 36.1 b) de la Convention de Vienne de 1963.

Cette thèse peut à notre sens être réfutée en fait et en droit. Sur le plan juridique, nous montrerons plus amplement ci-dessous que l'article 36.1 b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires ne s'oppose pas à la *restitutio in integrum* comme mode de réparation, et donc, le cas échéant, à l'invalidation des procédures criminelles entachées d'irrégularité pour violation des règles internationales.

Sur le plan des faits, avec la réserve des éléments du dossier dont nous disposons, il apparaît que Monsieur Breard avait en effet pu être préjudicié par l'absence de protection consulaire aux moments essentiels de la procédure pénale dont il avait fait l'objet (89). D'une part, l'absence d'information correcte de l'accusé sur le système de défense qu'il avait intérêt à adopter (coupable ou non coupable), avait eu une incidence sur la suite de la procédure (90). D'autre part, en l'absence d'information sur ses droits

(87) Affaire *LaGrand*, *op. cit.*, para. 8.

(88) Cette observation explique probablement les réserves exprimées par le juge Oda dans sa Déclaration jointe à l'ordonnance et que nous avons relevé ci-dessus à propos du lien direct qui doit exister entre les mesures conservatoires demandées et les droits du requérant (voy. *supra*, section 2, A).

(89) Précisons que la Cour suprême des États-Unis statuant sur le recours introduit par M. Breard et le Paraguay a estimé que le ressortissant paraguayen n'avait pas suffisamment établi qu'il avait été préjudicié par le non-respect des obligations de notification s'imposant aux États-Unis en vertu de la Convention de Vienne de 1963 (*Breard v. Green*, April 14, 1998 [*per curiam*], *op. cit.*).

(90) Selon la requête du Paraguay M. Breard avait manifestement pris des décisions à caractère déraisonnable faute d'avoir reçu de bons conseils au cours de la procédure criminelle. Ainsi, il avait « refusé d'accepter la proposition que lui faisaient les autorités d'être condamné à une peine de prison à perpétuité, s'il acceptait en contrepartie, de se reconnaître coupable du crime dont il était accusé. Au lieu de cela, M. Breard a préféré prendre le risque d'être condamné à la peine de mort, en avouant et en révélant lors du procès ses antécédents criminels » (Requête du Paraguay, *op. cit.*).

consulaires, il n'avait pas pu faire état en temps utile de la violation de la Convention de Vienne de 1963, et que cette circonstance, en vertu de la doctrine américaine de la « carence procédurale », ne lui avait pas permis de se prévaloir de ce moyen en appel (91). Le même argument a été invoqué par l'Allemagne dans l'affaire *LaGrand*, les deux frères n'ayant pu, pour les mêmes raisons, se prévaloir des violations de la Convention de Vienne devant les juridictions fédérales américaines (92).

ii. *L'établissement d'un préjudice irréparable, affectant la vie d'un ressortissant, étroitement lié à l'exercice des droits de protection consulaires dont le Paraguay et l'Allemagne pouvaient se prévaloir*

Nous avons dit précédemment que la Cour avait admis de tenir compte de l'existence d'un préjudice irréparable affectant les personnes, pour décider d'indiquer des mesures conservatoires, dès lors que ce préjudice pouvait être simplement lié à l'exercice des droits allégués par le requérant. Dans ce contexte, la Cour a ainsi eu l'occasion de reconnaître tout particulièrement l'importance du droit à la vie. Bien que la Cour n'ait pas expressément cherché à reconnaître l'existence de ce type de préjudice dans le cadre du présent recours alors même que l'atteinte au droit à la vie était à première vue flagrant (93), nous montrerons que tel était bien le cas en l'espèce.

Le silence de l'ordonnance sur ce point reflète à notre sens la prudence de la Cour de La Haye (94) par rapport à une question aussi délicate que celle de l'application de la peine de mort tandis que le recours sur le fond n'était pas en lui-même dirigé contre l'exécution à la peine capitale. N'ayant pas la nécessité d'établir le préjudice irréparable par rapport à une atteinte aux personnes pour justifier les mesures conservatoires préconisées (95), la Cour a probablement cherché, dans un esprit d'économie jurisprudentielle, à éviter de se prononcer sur cette question.

Pourtant, un préjudice irréparable frappant les personnes permettait de justifier l'indication de mesures conservatoires par la Cour dans les affaires *Breard* et *LaGrand*. En effet, il ressort à suffisance des éléments du dossier

(91) Rappelons que les États-Unis se sont prévalus du fait que la Convention de Vienne reconnaissait expressément la possibilité pour un État de permettre l'exercice des droits reconnus à l'article 36 conformément à ses lois et règlements. Cependant, il n'en est pas moins vrai que l'article 36.2 précise également que ces lois et règlements ne doivent pas rendre ces libertés inopérantes (Voy. en ce sens *Ann. C.D.I.*, vol. I, 1961, pp. 34-35).

(92) Affaire *LaGrand*, *op. cit.*, para. 4.

(93) Voy. *infra* section 3, B, les développements sur l'incidence du droit à la vie dans les présentes affaires. Le droit à la vie, en tant que droit inhérent à la personne humaine, bénéficie de la protection de la loi et implique l'interdiction de toute privation arbitraire de ce droit (voy. l'article 6 du Pacte sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966).

(94) Voy. en ce sens la Déclaration du juge Koroma, affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 7.

(95) Rappelons qu'elle avait déjà établi le préjudice irréparable frappant directement les droits dont se prévalait le requérant.

qu'il existait un lien substantiel entre d'une part, le droit à la vie de M. Breard ou de Walter LaGrand, menacé par l'exécution d'une condamnation à la peine capitale, et d'autre part, l'exercice des droits de protection consulaire reconnus par la Convention de Vienne dont la méconnaissance n'avait pu procurer aux prévenus toutes les garanties d'un procès équitable au cours de la procédure criminelle dont il avait fait l'objet (96).

2° La possibilité d'un préjudice irréparable

Même si sur ce point, le Paraguay, comme l'Allemagne, n'ont guère eu de difficulté à étayer leurs dossiers, rappelons brièvement la portée de ce critère. Par définition, le préjudice irréparable, au stade de l'introduction d'une demande de mesures conservatoires, n'est pas encore réalisé. Il s'agit d'un événement futur et incertain dont la probabilité qu'il survienne doit toutefois être suffisamment établie. Il faut donc que le requérant prouve l'existence d'une possibilité, ou encore, d'un risque de préjudice irréparable.

La démonstration implique d'apprécier l'existence d'une situation d'*urgence* (97). Le préjudice, même irréparable, qui se situe dans un avenir lointain n'est pas susceptible d'être pris en considération (98). Or, rappelons que le recours introduit devant la Cour et la requête en indication de mesures conservatoires du Paraguay avaient eu lieu le 3 avril 1998, dans la crainte de la mise en œuvre de l'exécution du ressortissant paraguayen le 14 avril, après de multiples recours intentés aux États-Unis par M. Breard et le Paraguay. L'ordonnance de la Cour reconnaît clairement l'urgence qui caractérisait la requête paraguayenne (99). Celle-ci était par ailleurs difficilement contestable. La situation dans l'affaire *LaGrand* était davantage encore placée sous le signe de l'urgence, au point que la Cour décide de recourir, comme nous l'avons vu, à l'article 75 de son Règlement pour accélérer la procédure.

Par ailleurs, il importe de prouver à suffisance la *possibilité* du préjudice irréparable. En utilisant le terme « possibilité » (affaire des *Essais*

(96) Selon le juge Koroma lui-même, les droits du Paraguay qui sont protégés par l'ordonnance sur les mesures conservatoires du 9 avril 1998 recouvre essentiellement le *droit à la vie* de M. Breard, en attendant la décision finale de la Cour (*op. cit.*, para. 6).

(97) Voir *supra* ce que nous avons dit à ce sujet dans la première section.

(98) Il ne sert en effet à rien de conserver intact les droits du requérant si, par ailleurs, aucun risque de préjudice irréparable immédiat ne vient les menacer. Par exemple, dans l'affaire *Interhandel*, la Cour a considéré qu'il n'y avait pas urgence dès lors que selon les faits de la cause, il s'avérait que la vente forcée par les États-Unis des actions de la société suisse pour laquelle ce pays exerçait sa protection diplomatique n'était pas prévue dans un avenir proche. Affaire de l'*Interhandel* (Suisse c. États-Unis), mesures conservatoires, ordonnance du 24 octobre 1957, *Recueil* 1957, p. 112.

(99) Affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, *op. cit.*, para. 39.

nucléaires) (100), la Cour a paru se satisfaire d'une probabilité qui ne serait pas nécessairement élevée. Mais, dans d'autres affaires, en exigeant un « risque sérieux » de préjudice irréparable, il ressort de la jurisprudence que la probabilité que le préjudice irréparable survienne doit être substantielle (affaire du *Personnel diplomatique à Téhéran* (101) et affaire de la *Frontière terrestre et maritime* (102)). En l'occurrence, dans les deux affaires commentées, il existait un risque sérieux de préjudice irréparable eu égard au caractère tout à fait particulier de la condamnation à la peine capitale d'Angel Francisco Breard et de Walter LaGrand (103).

SECTION 3. — L'EXAMEN *PRIMA FACIE* DU RESPECT
DES DROIT DE PROTECTION CONSULAIRE
DANS LES AFFAIRES *BREARD* ET *LAGRAND*

Dans l'affaire *Breard*, le Paraguay a renoncé à poursuivre son action devant la Cour en novembre 1998. Par contre, à ce jour, l'Allemagne s'est montrée fermement décidée à obtenir un jugement de la Cour sur le fond. On peut donc espérer que les juges de La Haye puissent à l'avenir éclaircir le débat juridique relatif à cette affaire.

Malgré que l'exécution d'A.F. Breard et de Walter LaGrand, contrairement aux ordonnances de la Cour, puisse s'interpréter à première vue comme l'anéantissement de l'intérêt à agir des demandeurs du fait de l'impossibilité pratique de pouvoir encore mettre en œuvre la solution qu'ils demandaient — la *restitutio in integrum* — le Paraguay et l'Allemagne conservent un intérêt à agir tant en ce qui concerne leur droit propre (104) qu'en ce qui concerne l'exercice de leur droit de protection diplomatique. En effet, dans ce dernier cas, comme l'Allemagne l'a d'ailleurs expressément mentionné dans sa requête à propos du premier frère LaGrand (exé-

(100) Plus précisément, la Cour a utilisé la formule suivant laquelle, les renseignements factuels sur les effets des rayonnements ionisant qui lui avaient été fournis « n'excluent pas qu'on puisse démontrer que le dépôt en territoire australien de substances radioactives provenant de ces essais cause un préjudice irréparable à l'Australie » (nous soulignons). Affaire des *Essais nucléaires*, *op. cit.*, p. 105, para. 29.

(101) *Recueil 1979*, p. 20, para. 42.

(102) *Recueil 1996*, *op. cit.*, p. 23, para. 42.

(103) En effet, si ces derniers n'avaient pas été condamnés à la peine capitale, d'une part, l'absence de mesures conservatoires n'aurait pas compromis un jugement sur le fond reconnaissant l'invalidation de la procédure criminelle ayant conduit à l'établissement de la responsabilité du prévenu, et d'autre part, les deux ressortissants étrangers condamnés n'auraient jamais subi de préjudice irréparable.

(104) Affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 5 et affaire *LaGrand*, *op. cit.*, para. 5. Les deux requérants demandaient entre autre à la Cour de dire et de juger que les États-Unis avaient l'obligation de ne pas appliquer la doctrine dite de la carence procédurale et d'agir conformément à la Convention à l'avenir dans le cas où ils placeraient l'un de leurs ressortissants en détention ou engageraient une action pénale à leur encontre.

cuté avant l'introduction de l'instance), elle est parfaitement en droit de demander réparation sous forme d'indemnisation (105).

Pour l'heure, étant donné qu'on ne peut prétendre à ce stade de la procédure pouvoir trancher les questions de fond, à défaut d'avoir tous les éléments du dossier en main, nous examinerons seulement *prima facie* le bien-fondé des réclamations paraguayennes et allemandes, qu'il s'agisse de la violation des obligations en matière de notification par l'État de résidence (A) ou de la *restitutio in integrum* comme mode de réparation de la violation de ces obligations (B).

A. — *La violation des obligations en matière de notification*

Nous avons exposé dans la précédente section quels étaient les droits dont se prévalaient le Paraguay et l'Allemagne, et en particulier, quelles étaient les obligations en matière de notification prévues à l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (106).

Sur ce point, on notera que les protagonistes de l'affaire *Breard* n'ont guère exprimé des vues contradictoires quant à l'obligation d'informer le consul de l'État d'envoi en cas d'arrestation d'un de ses ressortissants en dépit des profondes divisions entre les États à ce sujet lors de la négociation du texte de la Convention de Vienne de 1963 (107). Au-delà de la lettre de cet article, qui opte pour une formule prudente, cette disposition impose en effet dans le chef de l'État de résidence diverses obligations qui, en pratique, débouchent sur une obligation générale d'informer le consul de l'État d'envoi de l'arrestation et de la détention d'un de ses ressortissants. C'est ainsi que l'ont interprété le Paraguay et les États-Unis (108). C'est également en ce sens que l'Allemagne l'a interprété dans l'affaire *LaGrand* (109).

(105) Affaire *LaGrand*, *op. cit.*, para. 5. Reconnaissons cependant que l'Allemagne demandait la « réparation, sous la forme d'une indemnisation ou de *satisfaction* » (nous soulignons).

(106) Voy. *supra*, section 2, B, a) ainsi que le texte de l'article 36.1 de la Convention qui y est reproduit.

(107) Voy. TORRES-BERNARDEZ, S., *op. cit.*, p. 99, PAPAS, C.N., « Brefs commentaires sur la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires », *Revue hellénique de droit international*, vol. 17, 1964, p. 93 et aussi le commentaire du projet de loi portant approbation de la convention de Vienne de 1963 en droit belge, Chambre, session 1968-1969, 1^{er} août 1969, 465, n° 1, p. 19.

(108) Cette interprétation est explicite dans le chef du Paraguay et implicite dans celle des États-Unis. Ces derniers auraient d'ailleurs eu difficile à faire prévaloir une autre interprétation étant donné l'insistance des États-Unis à faire reconnaître ce point de vue dans leur pratique diplomatique, et spécialement, les conventions bilatérales qu'ils ont ratifiées. Voy. par exemple, l'article 11 de la convention bilatérale conclue par les États-Unis avec l'U.R.S.S. le 1^{er} juin 1964 (citée in WHITEMAN, *Digest of International Law*, vol. 7, pp. 637-641) ; celle conclue avec les Philippines le 14 mars 1947 (*R.T.N.U.*, vol. 23, pp. 32-34) et celle conclue avec le Royaume-Uni le 6 juin 1951 (*R.T.N.U.*, vol. 165, 1953, p. 147). De façon générale, voy. LEE, Luke T., *Consular Law and Practice*, Oxford, 1991, 2th ed., pp. 143-145, WHITEMAN, *op. cit.*, vol. 7., pp. 626 et s. Dans l'affaire *Neulander*, la légation américaine a estimé en 1959 qu'il existait une coutume inter-

La lecture de l'article 36.1 b) montre que l'obligation de notification du consul de l'État d'envoi n'existe que dans le cas où le détenu en fait la demande. L'idée à l'origine de cette formulation était que dans certains cas, un ressortissant pourrait, pour des raisons légitimes, refuser que ses autorités consulaires nationales ne soient averties de sa situation (par exemple, parce qu'il est persécuté dans son pays d'origine) (110). Cependant, la solution de compromis, lors de la négociation de la Convention et qui se retrouve dans le texte même de l'article, est d'obliger simultanément les autorités locales à informer sans retard le détenu de ses droits pour qu'il puisse en pratique solliciter l'aide et la protection de son consul (111). À défaut d'obligation d'information des droits de la personne arrêtée ou détenue, cette disposition serait, de fait, susceptible de donner lieu à des abus fréquents de la part des autorités locales. Ainsi, un ressortissant étranger arrêté ou détenu pourrait facilement être privé de toute protection consulaire dès lors que l'on ne l'informerait pas de ses droits. Tel que l'article 36.1 b) a été rédigé, on peut déduire du manquement à l'obligation d'informer le détenu de ses droits consulaires, la violation simultanée de l'obligation d'informer le consul de l'arrestation d'un de ses ressortissants.

Sur ce point, il est intéressant de constater que dans l'affaire *Breard* les États-Unis n'ont pas nié les manquements à la Convention de Vienne de 1963. Ils ont reconnu avoir omis de procéder aux notifications requises par l'article 36.1 b), considérant en guise de défense que cette violation n'était pas délibérée (112).

Concernant la reconnaissance de l'illicéité, notons qu'en dehors du prétoire, ces affaires n'ont pas manqué d'embarrasser l'Exécutif américain. Selon la Secrétaire d'État Madeleine Albright, « [t]he execution of Mr Breard in the present circumstances could lead some countries to contend incorrectly that the U.S. does not take seriously its obligation under the Convention » (113). Le gouvernement américain s'est ainsi inquiété des répercussions possibles de l'affaire *Breard* sur la protection consulaire des américains à l'étranger (114). De fait, l'amplitude de ce contentieux dépasse

nationale selon laquelle les autorités de l'État de résidence notifient aux autorités consulaires de l'État d'envoi l'arrestation d'un de leur ressortissant (*ibid.*, p. 649).

(109) Voy. en ce sens les termes de la requête introduite par l'Allemagne.

(110) Sur cette question voy. MENON, P.K., « The Right of Consuls to Protect their imprisoned Fellow-Nationals », *Indian Journal of International Law*, vol. IV, 1964, pp. 313 et s.

(111) Voy. LEE, Luke T., *Consular Law and Practice*, *op. cit.*, pp. 138-142 et PAPAS, C.N., *op. cit.*, pp. 93-94. En ce sens, voy. aussi implicitement l'exposé des motifs du projet de loi belge portant approbation de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, Chambre, Session 1968-1969, 1^{er} août 1939, n° 465, p. 19.

(112) Affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 18 et 28.

(113) Voy. les propos rapportés par William J. ACEVES, *op. cit.*, p. 520.

(114) Voy. l'exposé des motifs des « Consular Notifications and Access : Instructions for Federal, State and Local Law Enforcement and Other Officials Regarding Foreign Nationals in the United States and the Rights of Consular Officials to Assist them », *Contemporary Practice of the US Relating to International Law, A.J.I.L.*, vol. 92, p. 243.

le cas d'espèce comme l'a on ne peut mieux montré le différend au sujet des frères LaGrand.

Quant à l'absence de violation délibérée de la Convention, rappelons que l'État engage sa responsabilité dès qu'il commet un acte illicite. L'intention de l'auteur de l'acte n'est pas prise en compte pour établir sa responsabilité (115). Certes, à titre d'exception, il se peut parfois que la règle de droit international elle-même se réfère à l'intention (116). Toutefois, tel n'est pas le cas en l'espèce du texte de l'article 36 de la Convention de Vienne. Quant à l'erreur à laquelle l'argumentation américaine pourrait renvoyer, elle ne fait pas partie des circonstances excluant l'illicéité et ne permet donc pas à son auteur d'éviter l'engagement de sa responsabilité internationale (117). De surcroît, il ressort de façon flagrante des éléments du dossier des affaires *Breard* et *LaGrand* ainsi que d'un examen de la pratique des États-Unis que la violation par les autorités locales américaines de l'obligation d'informer les ressortissants étrangers arrêtés ou détenus de leur droit de réclamer l'assistance de leur consul était loin d'être un acte isolé. Outre le cas de M. Breard, on peut en effet recenser d'autres affaires similaires en 1997. Il y a le cas de deux ressortissants mexicains : M. Tristan Montoya, condamné à mort et exécuté par l'État du Texas (118) et M. Mario Murphy, exécuté par les autorités de l'État de Virginie, et pour lequel, à cette occasion, le gouvernement américain a présenté ses excuses au Mexique pour ne pas avoir appliqué la Convention de Vienne (119). Huit jours après l'exécution de M. Breard, c'est l'État d'Arizona qui exécutait cette fois un ressortissant hondurien après que celui-ci ait été privé de ses droits consulaires (120). Enfin, en 1998, M.J.S. Faulder, ressortissant canadien condamné à mort par l'État du Texas (sans avoir été informé en temps utile de ses droits consulaires), a obtenu de justesse la suspension de son exécution, à titre

(115) Voy. l'article 1^{er} du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale des États (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 48^e session, Doc. off. A.G., 51^e session, Suppl. n° 10 (A/51/10)). voy. aussi COMBACAU, Jean et SUR Serge, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1993, p. 541.

(116) Voy. par exemple l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 qui incrimine le génocide et le définit comme suit : « Dans la présente convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, *commis dans l'intention* de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel... » (nous soulignons).

(117) COMBACAU, Jean et SUR Serge, *op. cit.*, pp. 542-543.

(118) Voy. Amnesty International, *Rapport 1998*, V^o États-Unis, p. 166. Selon le rapport, M. Irineo Tristan Montoya « avait signé un procès-verbal de quatre pages contenant des aveux rédigés en anglais — langue qu'il ne parlait pas, ne lisait ni ne comprenait. Il avait été interrogé longuement par la police en l'absence d'un avocat et sans avoir pu bénéficier de l'assistance du consulat mexicain ».

(119) Voy. REITER, Eva, *op. cit.*, p. 485 citant le Rapport d'Amnesty International, USA, *Violation of the Rights of Foreigners Nationals Under Sentence of Death*, January 1998.

(120) *Ibid.*

temporaire, grâce à un ultime recours intenté devant la Cour suprême des États-Unis (121).

À la lumière de ces éléments, on peut penser que les États-Unis ont violé la Convention de Vienne de 1963 aussi bien dans l'affaire *Breard* que dans l'affaire *LaGrand*. Ces violations sont d'autant plus graves qu'elles ne consistent pas en un acte purement isolé. De même, il est inquiétant de constater que les violations commises par les autorités des États fédérés n'ont pu être corrigées par les juridictions fédérales américaines et que l'Exécutif fédéral américain n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour éviter une violation continue de la Convention. Visiblement, les États-Unis se sont retranchés derrière le paravent de la séparation des pouvoirs. Cependant, cette argumentation est seulement valable dans l'ordre juridique américain. En droit international, en vertu de la suprématie du droit des gens sur le droit interne, elle ne peut être invoquée avec succès (122). La Cour ne s'est d'ailleurs pas privée de le rappeler dans le cadre de l'affaire *LaGrand* où elle a déclaré que,

« la responsabilité internationale d'un État est engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet État, quels qu'ils soient ; que les États-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura pas été rendue ; que, selon les informations dont dispose la Cour, la mise en œuvre des mesures indiquées dans la présente ordonnance relève de la compétence du gouverneur de l'État d'Arizona ; que le Gouvernement des États-Unis est par suite dans l'obligation de transmettre la présente ordonnance audit gouverneur ; et que le gouverneur de l'Arizona est dans l'obligation d'agir conformément aux engagements internationaux des États-Unis » (nous soulignons) (123).

(121) Voy. *International Herald Tribune*, December 12-13, 1998, p. 4. La Cour suprême des États-Unis a accepté le 10 décembre 1998 d'ordonner la suspension temporaire de l'exécution de M. Faulder en attendant l'examen de la demande de *writ of certiorari* introduite par ce dernier. En vertu de cette procédure, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de réexaminer les décisions des juridictions fédérales inférieures (98-7001, *Faulder, Joseph Stanley v. Texas*).

(122) Selon l'article 6 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale des États « [I]e comportement d'un organe de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international, que cet organe appartienne au pouvoir constituant, législatif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'État soit supérieure ou subordonnée » (*op. cit.*). Notons que l'engagement de la responsabilité internationale de l'État du fait de ses organes, en ce compris le pouvoir législatif, malgré la séparation des pouvoirs, a été défendu implicitement par l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire *États-Unis — Normes relatives à l'essence ancienne et nouvelle formules* (Rapport de l'Organe d'appel du 22 avril 1996, AB-1996-1, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, adopté par l'ORD le 22 mai 1996, p. 31) et explicitement à propos du pouvoir judiciaire dans l'affaire *États-Unis — Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* (Rapport de l'Organe d'appel du 8 octobre 1998, AB-1998-4, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998, para. 137). Pour un cas d'application en matière de relations État fédéral-État fédéré, voy. l'affaire *Succession d'Hyacinthe* (France-Mexique), 7 juin 1929, *R.S.A.*, vol. V, p. 536. Voy. aussi COMBACAU, Jean et SUR Serge, *op. cit.*, pp. 536 et 546.

(123) Affaire *LaGrand*, *op. cit.*, para. 28.

Enfin, on ne peut manquer de relever l'attentisme du gouvernement de Washington dans ces affaires alors qu'il part régulièrement en croisade pour demander le respect des droits de l'homme dans le monde. L'existence et l'application effective des droits de protection consulaire constituent pourtant un élément important des droits de la personne à l'heure où les individus se déplacent de plus en plus souvent à l'étranger pour différentes raisons et à l'occasion de multiples activités. Comme le soulignait le juge Schwebel, « [t]he mutuality of interest of States in the effective observance of the obligation on the Vienna Convention on Consular Relations is the greater in the intermixed global community of today and tomorrow (and the citizens of no State have a higher interest in the observance of those obligations than the peripatetic citizens of the United States) » (124).

B. — *La restitutio in integrum comme mode de réparation
de la violation des obligations de notification
par l'État de résidence*

Concernant le type de réparation auquel l'État lésé aurait droit en cas de violation de l'article 36.1 b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, les opinions des demandeurs et des États-Unis divergeaient fondamentalement.

Le Paraguay et l'Allemagne ont soutenu dans l'affaire *Breard et LaGrand* que le non respect des obligations de notification prévues par l'article 36 était susceptible de fonder ultérieurement une réclamation tenant à l'invalidation de la procédure criminelle intentée à l'encontre de son ressortissant.

De leur côté, dans l'affaire *Breard*, les États-Unis ont estimé que la simple présentation d'excuses au gouvernement responsable était suffisante en cas de non respect de l'article 36.1 b) (125). Ils ont insisté sur le fait qu'ils avaient pris les mesures nécessaires pour qu'à l'avenir ce genre d'omission ne se répète plus, que ce soit dans le chef des autorités fédérales ou des autorités fédérées (126). Enfin, ils ont soutenu que la thèse du Paraguay ne trouvait aucun soutien dans le texte de l'article 36.1 b), les travaux préparatoires et la pratique étatique et déclaré en outre que cette solution serait impossible à réaliser (127).

Nous montrerons qu'il est toutefois possible d'établir en droit la solution demandée par le Paraguay et l'Allemagne dans les deux affaires étudiées. Différents arguments relatifs à l'interprétation de l'article 36.1 permettent en effet d'arriver à une telle conclusion.

(124) Déclaration du Président SCHWEBEL, affaire *Breard*, *op. cit.*

(125) Affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 18 et 29.

(126) *Ibid.*, para. 29. Voy. en ce sens l'exposé des mesures prises par les États-Unis, *Contemporary Practice of the US Relating to International Law*, *op. cit.*, p. 243.

(127) Affaire *Breard*, *op. cit.*, para. 18 et 20.

1) Si le texte de l'article 36.1 b) ne précise aucune conséquence de la violation de cette disposition, comme le soutiennent les États-Unis, rien n'exclut pour autant l'application des principes généraux de la réparation en droit international (128), et en particulier, le principe essentiel de la *restitutio in integrum*. On ne voit pas de raison particulière d'écarter ce principe qui implique d'« effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et [de] rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » (129). Le premier projet de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale des États confirme cette analyse en reconnaissant la primauté de la *restitutio in integrum* à travers la lecture des différents articles consacrés à la réparation (130).

La satisfaction comme mode de réparation, et en particulier, l'expression officielle d'excuses de la part de l'État responsable à l'égard de l'État préjudicié, ne se conçoit qu'en cas de préjudice purement moral. Or, dans les affaires *Breard* et *LaGrand*, le Paraguay et l'Allemagne agissaient à deux titres. Dans le premier cas, ils agissaient en raison d'une violation de la Convention de Vienne de 1963 qui les affectaient directement, à savoir, l'absence de notification de ses autorités consulaires de l'arrestation de M. Breard et des frères LaGrand. Dans le second cas, ils agissaient en raison d'une violation de la Convention qui affectait directement leurs ressortissants (l'absence d'information de ces derniers sur leur droit à la protection consulaire) et indirectement les gouvernements paraguayen et allemand, dès lors que ceux-ci étaient parfaitement fondés à demander aux États-Unis le respect de l'article 36.1 b). Dans cette dernière hypothèse, le préjudice subi par Angel Francisco Breard et les frères LaGrand n'était à l'évidence pas un préjudice purement moral (les poursuites pénales et leurs condamnations à la peine capitale dans des conditions telles qu'ils n'avaient pas pu bénéficier de toutes les garanties à un procès équitable).

Le préjudice immédiat que le Paraguay ou l'Allemagne a subi du fait de l'absence de notification de son consul peut éventuellement être réparé par une satisfaction. Par contre, le préjudice médiat (celui subi par l'État paraguayen ou l'Allemagne du fait du non respect du droit international en la personne de ses ressortissants) est bien un préjudice matériel pour lequel le principe de la *restitutio in integrum* pouvait parfaitement s'appliquer au moment de l'introduction de la requête.

(128) « La réparation est [...] le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même » ; C.P.J.I., affaire de l'*Usine de Chovsow*, compétence, *op. cit.*, p. 21. En ce sens, voy. AZNAR-GOMEZ, Mariano J, *op. cit.*, p. 944.

(129) C.P.J.I., affaire de l'*Usine de Chovsow*, arrêt du 13 septembre 1928 (fond), *Série A*, n° 17, p. 47.

(130) Voy. les articles 42 à 45 du projet d'articles sur la responsabilité internationale des États (*op. cit.*).

2) Même si l'intention explicite des rédacteurs du texte de l'article 36 al. 1 n'était pas de reconnaître l'applicabilité du principe de la *restitutio in integrum* (131), il ne semble pas pertinent d'exclure son application. Le refus reviendrait à supprimer tout effet utile à cette disposition. Ainsi, il suffirait à un État de sciemment violer l'article 36.1 b) pour priver un étranger de toute protection consulaire et d'un exercice efficace de ses droits de la défense (132).

La pratique des États, bien qu'assez pauvre en ce domaine, fournit malgré tout des précédents favorables à la thèse de la nullité de la procédure criminelle en cas de non respect de l'obligation de notification concernant le droit à l'assistance consulaire.

Ainsi, aux États-Unis, deux décisions américaines rendues par la Cour d'appel fédérale du 9^e circuit ont admis l'illégalité des mesures de déportation à l'encontre d'étrangers décidées dès lors que ceux-ci n'avaient pas pu bénéficier des garanties de l'article 36.1 b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires et en avaient été préjudiciés (133).

En Italie, dans l'affaire *Yater*, la Cour de cassation a refusé dans des termes assez généraux d'invalider la procédure criminelle, sur la base du non respect de l'article 36.1 b) (134). Toutefois, les circonstances de l'espèce tendaient à prouver qu'*in casu* les droits de la défense de l'accusé ne s'étaient pas trouvés gênés par l'absence de notification (135). À la lumière des éléments de fond de cette affaire, on ne doit donc pas exclure de façon absolue la thèse de la nullité de la procédure criminelle dès lors que le plaignant apporterait la preuve que l'absence d'assistance consulaire a effectivement pu avoir une incidence sur la procédure criminelle.

(131) Comme le souligne Eva REITER, les États-Unis n'ont pas plus étayé, à ce stade de la procédure, leur affirmation relative à l'existence d'un accord lors des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1963 pour écarter l'application du principe de la *restitutio in integrum* à l'article 36 (*op. cit.*, p. 487).

(132) Comme le note Borchard, la fonction du consul est dans ce cas « to support [leurs ressortissants] in their right to due process of law » (BORCHARD, *Diplomatic Protection Abroad*, 1915, p. 437). Pour une analyse similaire, voy. REITER, Eva, *op. cit.*, p. 487.

(133) Voy. l'affaire *United States v. Eziqiuo Calderon-Medina et United States v. Rangel-Gonzales*, Feb. 21, 1979, United States Court of Appeal, 9th Circuit, 591 F.2d 529 (1979) et l'affaire *United States v. Rangel-Gonzales*, April 23, 1980, United States Court of Appeal, 9th Circuit, 617 F.2d 529 (1980). Comme le note le sommaire de cette dernière décision, « evidence that alien did not know his right to consult with consular officials, that he would have available himself of that right had he known of it, and that there was likelihood that contact would have resulted in assistance to him resisting deportation sufficiently demonstrated prejudice resulting from regulation violation by Immigration and Naturalization Services in original deportation ».

(134) « [T]here can be no violation of the procedural rules regarding the accused's defence as a result of failure to inform the said authority and because the latter did not contribute towards the defence of the accused who already has counsel of his own trust and does not feel the need for another », Cassazione, 19 février 1973, « Italian Practice Relating to International Law », *I.Y.I.L.*, 1976, pp. 336-337.

(135) Il apparaissait clairement à partir des éléments de fait de cette affaire que le ressortissant étranger condamné avait obtenu toute l'assistance utile voulue pour assurer sa défense par le biais d'un avocat. Voyez sur ce point, LEE, Luke T., *op. cit.*, pp. 150-151 et le commentaire de cette affaire dans l'*Italian Practice Relating to International Law*, *I.Y.I.L.*, 1976, p. 337.

Quant à la possibilité pour la Cour de se prononcer sur le fond en faveur de la thèse de l'invalidation de la procédure criminelle, la pratique internationale montre qu'il est possible d'appliquer le principe de la *restitution in integrum* dans le cas de la contrariété d'une décision judiciaire à un traité international. Ainsi, dans l'affaire *Martini (Italie c. Venezuela)* le Tribunal arbitral a estimé que « certaines obligations résultant d'une décision de justice vénézuélienne étaient illicites au regard du traité invoqué par l'Italie et que la conséquence, sur le plan de la réparation, était l'annulation desdites obligations » (136).

3) Enfin, il semble particulièrement conforme au droit international d'interpréter l'article 36.1 b) comme permettant, non pas nécessairement une invalidation automatique de la procédure criminelle, mais au moins son invalidation au cas par cas.

Conformément à l'article 31.1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il appartient d'interpréter une disposition à la lumière des buts et de l'objet du traité. En l'espèce, l'invalidation des procédures criminelles, lorsque celles-ci débouchent sur une condamnation à mort, semble particulièrement indiquée eu égard à la finalité même de l'article 36 de la Convention sur les relations consulaires qui est de garantir un meilleur exercice des droits de la défense. Précisons que le but de l'article 36 est de permettre le procès équitable des étrangers, et que les droits reconnus par cet article, comme le reconnaissait le juriste Yasseen, sont étroitement liés aux droits de l'homme, en l'occurrence, le droit à la défense (137).

Cette interprétation est d'autant plus justifiée qu'elle peut également s'appuyer sur certains instruments de protection des droits de l'homme auxquels l'interprète peut faire appel en vertu de l'article 31.3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Rappelons que ce dernier permet d'interpréter une disposition d'un traité à la lumière de toute règle pertinente de droit international. L'examen des deux grands instruments universels en la matière — la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques — montre que ceux-ci, tout en reconnaissant le droit à la vie, ne condamnent pas de façon absolue la peine de mort (138). Toutefois, ces instruments exigent au mini-

(136) Affaire *Martini (Italie c. Venezuela)*, sentence du 3 mai 1930, *R.S.A.*, vol. II, p. 975 sp. 1060-1002.

(137) Intervention devant la C.D.I., C.R., 13^e session, *Ann. C.D.I.*, vol. 1, 1961, p. 34.

(138) Article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « Tout individu a droit à la vie, à la liberté et la sûreté de sa personne ». L'article 3 ne prévoit pas expressément l'abolition de la peine de mort ni ne reconnaît celle-ci comme une exception au droit à la vie. Cette formule de compromis lors de la rédaction du texte atteste au moins de la volonté des rédacteurs d'affirmer l'abolition de la peine de mort comme un but à atteindre (SCHABAS, William A., *The Abolition of the Death Penalty in International Law*, Cambridge, Grotius, 1993, pp. 27 et 50-). Article 6.1 du Pacte des NU sur les droits civils et politiques : « Le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie ». Selon Schabas, l'article 6 implique, « first, that the death penalty, although not forbid-

mum que cette peine ne soit appliquée qu'à l'issue d'une procédure régulière. Tel n'est manifestement pas le cas lorsque l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires est violé (139).

CONCLUSION

Les droits de protection consulaires reconnus par la Convention de Vienne de 1963 sont-ils en périls ? L'examen des affaires *Breard* et *LaGrand* ne permettent pas de tirer une telle conclusion. Les violations commises par les États-Unis allant à l'encontre du texte de la Convention de Vienne de 1963 ne sont évidemment pas susceptibles de remettre en cause l'existence des droits conférés par la Convention, d'autant plus qu'elles sont le fait d'un seul État partie et que celui-ci a partiellement reconnu l'illicéité de son action. Toutefois, les violations de la Convention de Vienne par les États-Unis mettent sérieusement à mal, par leur gravité, le droit de protection consulaire des États et le droit de l'homme que constitue le bénéfice d'une assistance consulaire pour les étrangers. Nous avons ainsi constaté l'existence d'une pratique récurrente de non respect des droits consulaires par les autorités locales des États fédérés, le refus de l'ordre judiciaire de prendre en compte les prescriptions de la Convention de Vienne, et de surcroît, la résistance du gouvernement fédéral à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires au respect de ses engagements.

Au-delà de ces violations de la Convention de Vienne, les affaires *Breard* et *LaGrand* montrent également le peu de considération des États-Unis pour la Cour internationale de Justice et le mécanisme juridictionnel de règlement des différends qu'elle représente. Les États-Unis ont estimé que les ordonnances rendues par la Cour n'étaient pas obligatoires et n'ont pas cherché à s'y conformer avec tous les moyens nécessaires. Même si des divergences d'opinions persistent sur la valeur juridiquement contraignante des ordonnances en indication de mesures conservatoires (140), il faut au moins reconnaître que celles-ci doivent avoir un effet utile. Comme l'écrivait le juge Abijola,

« une ordonnance, comme un arrêt (et étant un élément incident de celui-ci), ne devrait pas être privée d'effet ni être artificielle ou illusoire. Elle devrait être obligatoire et son exécution devrait pouvoir être obtenue, faute de quoi, *ab initio*, l'on pourrait valablement et raisonnablement s'interroger sur l'op-

den, could only be imposed for serious crimes after rigorous due process, and second, that the abolition of the death penalty was a goal of international human rights law » (*op. cit.*, p. 135).

(139) L'article 6.2 reconnaît le droit pour les États où la peine de mort n'est pas abolie de continuer à prononcer de telles sentences, sous réserve du caractère régulier de la procédure et notamment sans qu'il y ait de contradiction avec le présent Pacte, en ce compris donc, le caractère non arbitraire de la privation de la vie visé à l'article 6.1. Voy. SCHABAS, William, *op. cit.*, pp. 48-102.

(140) Voy. *supra* note 15.

portunité de rendre une ordonnance. La Cour, me semble-t-il, ne doit pas apparaître comme agissant en vain... » (141).

Cette observation doit encore être éclairée par le jugement de la Cour rendu dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* où celle-ci a estimé que lorsqu'elle « conclut que la situation exige l'adoption de mesures de ce genre, il incombe à chaque partie de prendre sérieusement en considération les indications ainsi données et de ne pas fonder sa conduite uniquement sur ce qu'elle croit être ses droits » (nous soulignons) (142). Même par rapport à cette simple obligation de prise en considération sérieuse de l'ordonnance, le comportement des États-Unis ne peut être jugé conforme. On peut se demander comment la Cour pourrait éventuellement se prononcer sur cette question (143) et c'est une raison de plus pour attendre avec impatience l'arrêt que la Cour pourrait rendre à l'avenir sur le fond.

(141) Opinion ind. du juge Abijola, affaire de l'*Application de la convention sur le génocide*, ordonnance du 13 septembre 1993, *Recueil 1993*, p. 406. Voy. aussi l'opinion ind. du juge Weeramantry, dans la même affaire, selon laquelle l'ordonnance indiquant des mesures conservatoires impose de véritables obligations juridiques aux États, tout en précisant la dimension temporaire desdites obligations étant donné l'incidence du caractère intérimaire de la procédure (*Recueil 1993*, pp. 388-389).

(142) Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt du 27 juin 1986, *Recueil 1986*, p. 144 para. 289.

(143) Voy. sur ce point le considérant de l'exposé des motifs de l'ordonnance relative à l'affaire LaGrand (précité à la section 3, A) qui, en insistant sur l'engagement de la responsabilité internationale de l'État quel que soit le pouvoir ou l'organe de l'État concerné, semble implicitement reconnaître un effet contraignant à l'ordonnance (affaire *LaGrand*, *op. cit.*, para. 28).