

QUELQUES ASPECTS PRATIQUES DE LA PROTECTION CONSULAIRE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Docteur / SAM Lyes

« C'est par les consuls [...] que l'État étend ses bras protecteurs à toute la surface du globe », in G. Stuart, « Le droit et la pratique diplomatique et consulaire », *RCADI*, vol. 48, 1934-II, p. 553.

Introduction :

Contrairement aux missions diplomatiques chargées de fonctions de nature politiques qui consistent principalement à représenter l'Etat accréditant auprès de l'Etat accréditaire¹, les missions consulaires leur sont confiées des fonctions de nature administratives qui visent généralement la protection dans l'Etat de résidence des intérêts et des droits des ressortissants de l'Etat d'envoi, personnes physiques et morales².

Cette notion de protection consulaire – c'est-à-dire de sauvegarde des intérêts et des droits des ressortissants de l'Etat d'envoi devant les autorités administratives et judiciaires de l'Etat de résidence – a connu un énorme regain d'actualité ces dernières années dans la sphère des relations diplomatiques et consulaires interétatiques, particulièrement en matière d'assistance consulaire aux nationaux objet d'une quelconque mesure de police ou de procédures pénales devant les tribunaux de l'Etat du for³.

Le présent article se propose d'offrir une contribution d'ensemble sur les principaux aspects pratiques notamment que soulève la question du droit des missions consulaires de prêter assistance et soutien aux nationaux se trouvant en situation de difficulté face aux autorités de l'Etat accréditaire et ce, à travers l'analyse de la jurisprudence de la Cour internationale de justice amenée à plusieurs reprises à se prononcer sur l'étendue de l'institution de la protection consulaire reconnue par le droit international⁴.

De toute évidence, une analyse assez détaillée de la jurisprudence de la Cour internationale de justice en matière de protection consulaire présente un intérêt tout particulier d'autant plus que des éléments pertinents y inhérents ont été soulevés dans certaines affaires et omis dans d'autres et inversement, suivant les faits propres de chaque différend soumis à l'appréciation de la Cour⁵.

Ainsi, nous nous intéresserons dans un premier temps au problème du déclenchement du mécanisme de la protection consulaire (I), avant de nous pencher, dans un second temps, sur le cadre juridique de la protection consulaire (II), enfin, nous examinerons en troisième lieu la question des conséquences juridiques qui découlent de la violation du droit à la protection consulaire (II).

I- Le déclenchement du mécanisme de la protection consulaire :

Parallèlement à la protection diplomatique⁶, la protection consulaire des nationaux, institution bien ancrée dans le droit des gens⁷, permet aux ressortissants de l'Etat établis sur le territoire de l'Etat de résidence de bénéficier de l'assistance des représentations consulaires de leur Etat d'origine dans la défense de leurs droits.

En vertu d'un principe unanimement admis en droit international, les ressortissants étrangers jouissent de certains droits procéduraux sur le territoire de l'Etat de résidence. Le système de la protection consulaire institué en vertu du premier alinéa de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires constitue un régime complexe dont les divers éléments sont interdépendants⁸. Ces éléments qui s'enchaînent les uns des autres sont les suivants : l'information consulaire et la notification consulaire⁹.

1- L'information consulaire :

Les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent informer « sans retard » tout individu étranger faisant l'objet d'une arrestation, incarcération, détention préventive ou toute autre forme de détention de son droit de communiquer avec les fonctionnaires consulaires de son Etat d'origine et de réclamer leur assistance judiciaire. Ainsi stipulé dans le dernier passage de l'article 36 I b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires¹⁰.

Concernant le sens de l'obligation d'information « sans retard » comme le prescrit l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 précité, la Cour a eu à répondre sur deux questions. La première tend à savoir à quel moment de la procédure judiciaire doit-on s'acquitter de l'obligation d'information, à l'instant même de l'arrestation ou au moment où la nationalité étrangère fut établie ? La seconde question a pour objet de déterminer le sens *stricto sensu* de l'expression « sans retard » ?

En examinant de très près la première question, la Cour a quelque peu relativisé la portée, pourtant claire, de l'alinéa en question en observant que le moment précis de s'acquitter de cette charge n'est pas dans tous les cas à l'instant de l'engagement d'une procédure pénale, mais *varie selon les circonstances*¹¹. Suivant ce raisonnement, dans un pays où le nombre d'étrangers est élevé, il serait souhaitable que les services de sécurité compétents effectuent systématiquement une vérification de la nationalité de la personne arrêtée ou mise en détention afin de pouvoir respecter l'obligation d'information consulaire¹².

La Cour conclut dans ce contexte que les autorités locales compétentes ont l'obligation de donner l'information requise par l'article 36 I b, dès qu'elles constatent que la personne objet de la procédure d'arrestation ou de détention était de nationalité étrangère ou lorsqu'il existe des raisons de penser qu'il s'agit probablement d'un ressortissant étranger¹³. Plus encore, la Cour ne fournit à cet effet aucun indice de fait permettant d'approcher avec un peu plus de précision cette expression très vague de « *raisons de penser qu'il s'agit probablement d'un ressortissant étranger* ». Elle note bien au contraire que dans une société multiculturelle, aux Etats-Unis en l'occurrence : « *ni la langue ni l'apparence d'une personne ne suffisent à indiquer qu'il s'agit d'un étranger* »¹⁴.

De plus, ce court délai d'information peut même se prolonger dans le cas où le ressortissant étranger déclare lui-même être de nationalité de l'Etat de résidence, avant que les autorités compétentes ne se rendent compte du fait qu'il porte une nationalité étrangère ou qu'il existe des raisons de le penser¹⁵.

S'agissant de la seconde question qui a suscité une vive divergence d'opinions¹⁶, la Cour commence par constater que le sens de l'expression « sans retard » n'a pas fait l'objet d'une clarification par la convention de Vienne elle-même. A cela s'ajoute le fait que les différentes versions linguistiques de la convention désignent cette expression en employant une terminologie diversifiée. Pour ces raisons, observe la Cour, à juste titre, pour comprendre le sens exact de cette expression, il serait fait appel aux règles coutumières d'interprétation des traités telles qu'elles sont reprises en vertu des articles 31 et 32 de la convention de Vienne sur les traités¹⁷.

Ainsi, à la lumière du but et de l'objet de la convention de Vienne sur les relations consulaires, la Cour estime qu'aucunement les dispositions de ladite convention ne pourraient être interprétées comme autorisant les fonctionnaires consulaires « *de faire office eux-mêmes de représentants en justice, ni d'intervenir plus directement dans le système de justice pénale* ». Ainsi, « *ni les termes de la convention dans leur sens ordinaire, ni son objet et son but ne permettent de penser que "sans retard" doit s'entendre par immédiatement après l'arrestation et avant l'interrogatoire* »¹⁸.

De ce qui précède, la Cour conclut plus clairement que les règles habituelles d'interprétation ne permettent pas de comprendre l'expression "sans retard" comme signifiant *nécessairement* l'obligation des autorités locales de fournir l'information consulaire « immédiatement » dès

l'arrestation et avant tout interrogatoire¹⁹. La Cour parvient ainsi à sa conclusion sur le sens de l'expression « sans retard » directement à partir de ce qu'elle ne signifie pas²⁰.

Par ailleurs, cette interprétation n'exonère en aucun cas les autorités locales de leur obligation d'information consulaire avant de commencer tout interrogatoire de la personne arrêtée ou détenue. En ce sens, la Cour est parvenue à la conclusion suivant laquelle : « *Les autorités ayant procédé à l'arrestation n'en ont pas moins l'obligation de donner cette information à toute personne arrêtée aussitôt que sa nationalité étrangère est établie, ou dès qu'il existe des raisons de croire que cette personne est probablement un ressortissant étranger* »²¹. Par conséquent, « *Commencer un interrogatoire avant que l'information ne soit donnée constituerait une violation de l'article 36* »²².

Finalement, donc, rien n'impose aux autorités locales de communiquer l'information consulaire à l'intéressé dès l'instant même de son arrestation. Cette lecture a été quelque peu remise en question par la Cour elle-même à l'occasion de son jugement dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo*. D'après la Cour « C'est aux autorités de l'Etat qui procède à l'arrestation qu'il appartient *d'informer spontanément* la personne arrêtée de son droit à demander que son consulat soit averti »²³.

Tout de même, il semblerait pour le moins que cette information doit être fournie avant de commencer tout interrogatoire dans le fond sous peine de violation des dispositions de l'article 36 précité. Car, de toute logique, dès les premiers contacts, les autorités qui ont procédé à l'arrestation pourraient confirmer la nationalité étrangère de la personne arrêtée. De même, probablement les raisons de croire que la personne en objet était effectivement de nationalité étrangère pourraient fortement être justifiées.

Quoi que la question de savoir à qui revient la charge de la preuve de l'information consulaire n'ait pas été discutée devant la Cour internationale de justice dans les cas ci-mentionnés, elle mérite de retenir toute notre attention.

En vertu d'une règle générale de droit, il appartient à la partie qui allègue un fait au soutien de ses prétentions de faire la preuve de l'existence de ce fait²⁴. Cependant, fait observer la Cour : « On aurait tort de considérer cette règle [...] comme une règle absolue, applicable en toute circonstance. L'établissement de la charge de la preuve dépend, en réalité, de l'objet et de la nature de chaque différend soumis à la Cour ; il varie en fonction de la nature des faits qu'il est nécessaire d'établir pour les besoins du jugement de l'affaire »²⁵. Plus explicitement, la Cour tient à préciser : « En particulier, lorsque [...] il est allégué qu'une personne n'a pas bénéficié, de la part d'une autorité publique, de certaines garanties procédurales auxquelles elle avait droit, on ne saurait, en règle générale, exiger du demandeur qu'il prouve le fait négatif qu'il invoque »²⁶.

En définitive, on pourrait déduire de cette affirmation de taille que l'Etat d'envoi – en l'occurrence la partie demanderesse - qui allègue la méconnaissance de la part de l'Etat de résidence de la procédure de l'information consulaire ne doit pas supporter la charge de la preuve de ses allégations. Il en résulte, *a contrario*, que l'Etat de résidence - la partie défenderesse en l'occurrence – est tenu de démontrer qu'il s'est bien acquittée de l'obligation de l'information consulaire. D'après la Cour : « Une autorité publique, est en général à même de démontrer qu'elle a bien suivi les procédures appropriées et respecté les garanties exigées par le droit »²⁷.

2- La notification consulaire :

Conformément l'article 36 1 b) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires : « Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat 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 arrêté

incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités ».

Ainsi, aussitôt tenu au courant de son droit de contacter les services consulaires en poste, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi, si l'intéressé en fait la demande. Il leur incombe également le devoir de transmettre sans retard toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention.

Dans cet ordre d'idées, l'Etat de résidence doit accorder toutes les facilités nécessaires à l'accomplissement des fonctions consulaires²⁸. D'une manière générale, l'Etat de résidence doit assurer la liberté de déplacement et de circulation sur son territoire à tous les membres du poste consulaire²⁹. D'une manière générale, afin de s'acquitter de l'obligation de l'assistance consulaire au profit des nationaux, les fonctionnaires consulaires de l'Etat d'envoi doivent, conformément aux dispositions de l'article 36 1 a), doivent disposer de la liberté de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux³⁰.

Les autorités locales sont ainsi tenues, en premier lieu de communiquer «sans retard » à tout ressortissant étranger³¹, objet d'une procédure coercitive de quelle nature que ce soit, son droit de demander aide et soutien du poste consulaire de son Etat d'origine, et en second lieu de procéder « sans retard » à la notification de la mission consulaire de l'arrestation ou de la détention de l'un de ressortissants de l'Etat d'envoi, sur demande de l'intéressé.

Concernant la validité *rationne temporis* du droit des ressortissants étrangers à soulever l'exception de l'omission de la notification consulaire dans le but d'obtenir l'annulation de la procédure pénale entreprise à leur égard, la Cour dans l'affaire *LaGrand* a laissé entendre que l'élément déterminant en l'espèce est bel et bien la prise de connaissance de l'intéressé de ses droits d'être assisté par les services consulaires de son Etat d'origine. Autrement dit, ce moyen demeure entièrement opposable devant les autorités judiciaires de l'Etat du for tout au long de la procédure pénale tant que la personne arrêtée ou détenue était dans l'impossibilité de le revendiquer, puisqu'elle n'a pas été mise au courant au moment approprié de ses droits à être assistée par les services consulaires.

En analysant les implications juridiques et pratiques de la théorie de « *la carence procédurale* » appliquée par les juridictions américaine dans la présente affaire et longuement défendue par les Etats-Unis³², la Cour semble confirmer ce point de vue. D'ors et déjà, la Cour a souligné que cette règle en tant que telle ne constitue pas une violation des droits de l'assistance consulaire, le problème apparaît quand son application empêcherait un ressortissant étranger de formuler un recours contre une procédure pénale engagée à son encontre par les autorités nationales compétentes sans s'acquitter de leur obligation de notification consulaire³³. En se prononçant de cette manière, la Cour confirme une position, jusqu'alors entourée d'incertitude, d'après laquelle la responsabilité internationale de l'Etat n'était engagée que par l'application effective d'une règle de droit interne contraire au droit international³⁴.

Par voie de conséquence, cette règle a comme effet de priver les ressortissants étrangers de solliciter et d'obtenir l'assistance consulaire de la par de l'Etat d'envoi en temps opportun et d'empêcher *la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article et a ainsi violé les dispositions du paragraphe 2 de l'article 36*³⁵.

De l'avis de la Cour : « Il n'est pas contesté que les frères *LaGrand* ont cherché à se prévaloir des dispositions de la convention de Vienne devant les tribunaux américains après avoir pris connaissance en 1992 du droit qu'ils tenaient de ladite convention ; il n'est pas davantage contesté qu'à cette époque la règle de la carence procédurale a fait que les *LaGrand* n'ont pu obtenir qu'il soit remédié à la violation de ce droit. Les avocats commis d'office pour les défendre n'ont pas soulevé cette question en temps voulu. Cependant, les Etats-Unis ne sauraient se prévaloir

aujourd'hui devant la Cour de cette circonstance pour faire obstacle à la recevabilité de la première conclusion de l'Allemagne, dès lors qu'ils avaient eux-mêmes failli à l'exécution de leur obligation, en vertu de la convention, d'informer les frères *LaGrand* »³⁶.

Par ailleurs, et ceci est d'importance, la lecture de l'article 36 1 b) permet de conclure aisément que la procédure de notification consulaire ne peut être entreprise systématiquement, il faudra comme condition préalable la demande expresse de la personne arrêtée ou détenue.

Cependant, en l'absence d'une notification de la part des autorités de l'Etat du for - soit parce que le concerné ne l'a pas réclamée expressément ou parce que tout simplement il n'a pas été informé de son droit à l'assistance consulaire - les services consulaires peuvent par d'autres moyens prendre connaissance de l'arrestation ou de la détention de l'un des ressortissants de l'Etat d'envoi³⁷. Dans ce cas, ceux-ci ont pleinement le droit de « s'auto- saisir » et d'intervenir afin de fournir aide et assistance consulaires, pourvu que, l'intéressé ne la rejette pas expressément. C'est ce qui ressort du moins d'une lecture *a contrario* des dispositions de l'article 36 1 c) qui stipulent que : « Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenir en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention *lorsque l'intéressé s'y oppose expressément* »³⁸.

Autrement dit, la personne objet d'une mesure d'arrestation ou de détention a le droit de choisir soit de demander l'assistance consulaire ou de s'en abstenir. La Cour confirme ce point de vue en soulignant que : « *l'obligation sans équivoque de fournir l'information consulaire en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 [...] donne plutôt à la personne arrêtée le droit, une fois informée, de dire qu'elle ne souhaite néanmoins pas que son poste consulaire reçoive une notification* »³⁹.

En somme, les services consulaires de l'Etat d'envoi se voient privées du droit à de la protection consulaire dans deux situations distinctes ; si le concerné n'en a pas fait la demande, ce qui signifie que l'intéressé refuse implicitement la protection consulaire de son Etat d'origine, du moins lorsqu'il est averti de son droit de la solliciter, ou s'il s'y oppose expressément dans le cas où le poste consulaire décide de lui fournir assistance sans sa demande.

II - Le cadre juridique de la protection consulaire :

En application du second paragraphe de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, les droits accordés par les dispositions du premier paragraphe du même article s'exercent dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence. Toutefois, ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles ces droits sont accordés. Autrement dit, la protection consulaire s'exerce selon les conditions et les formes fixées par le droit interne de l'Etat de résidence, pourvu qu'elles ne remettent pas en cause l'existence et les fondements même de ce droit. Qui plus est, le droit interne ne peut être soulevé avec succès en vue de faire obstacle à l'exécution des obligations internationales. D'après Yasseen, le but de ce paragraphe était de « prévenir toute application arbitraire des lois et règlements de l'Etat 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'Etat 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 »⁴⁰.

III - Les Conséquences juridiques de la violation du droit de la protection consulaire :

Le droit à la protection consulaire a comme objectif principal d'éviter tout abus de la part des autorités locales. De plus, compte tenu de la diversité des cultures juridiques et judiciaires, l'omission de cette garantie procédurale pourrait priver les ressortissants étrangers de leur droit effectif à un procès équitable⁴¹.

Dans le cadre des affaires *Breard*⁴² et *LaGrand*⁴³, la question du bien fondé des mesures conservatoires demandées à la Cour internationale de justice a fait l'objet de vives discussions divergentes entre les Etats. En effet, les Etats demandeurs et défendeurs ont adopté deux positions complètement différentes sur le caractère irréparable du préjudice dont se prévalaient les requérants, et

de surcroît sur la sanction juridique de la violation des dispositions de l'article 36 1 b) de la Convention de Vienne dans une procédure judiciaire pénale mettant en cause un ressortissant étranger.

Dans ces deux affaires, le *Paraguay* et l'*Allemagne* soutiennent la thèse selon laquelle le non respect des obligations de notification dans le cadre des droits de la protection consulaire par les autorités de l'Etat de résidence est susceptible d'engendrer l'invalidation de la procédure pénale intentée à l'encontre de leurs nationaux. Pour les Etats-Unis par contre, la méconnaissance de cet aspect procédural n'entraîne aucune incidence sur la suite de la procédure pénale en cause, la *restitutio in integrum* n'est pas applicable de ce fait en l'espèce⁴⁴. En l'occurrence, en termes de réparation de la violation de l'obligation de notification consulaire, des excuses seraient suffisantes⁴⁵.

Il est vrai que l'article 36 précité n'indique aucune sanction précise en cas de non respect du droit de la protection consulaire. Il n'en reste pas moins clair qu'il s'agit d'une obligation juridique internationale dont le manquement engage indubitablement la responsabilité internationale de l'Etat pour fait illicite. Dans cet esprit et en application des principes généraux de réparation en droit international général⁴⁶, la restitution constitue la forme la plus privilégiée de réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite⁴⁷.

D'une manière encore plus remarquable, l'irrégularité entachant une procédure pénale en raison de la méconnaissance de l'obligation de notification consulaire ne peut être rectifiée qu'avec la restauration du *statu quo ante*, c'est à dire la *restitutio in integrum* de la situation qui prévalait avant la commission de l'acte illicite et l'effacement de toutes ses conséquences⁴⁸.

En pareille occurrence, faisant fit de la finalité de l'institution de la protection consulaire qui est celle d'éviter l'arbitraire des autorités locales envers les ressortissants étrangers objets d'une procédure pénale et de leur assurer le bénéfice des garanties d'un procès équitable, il semble bien que la formule la plus adéquate pour remédier le préjudice subi du fait de son absence est manifestement la restitution de la situation antérieure. Pour autant que cela s'avère encore matériellement possible, la restitution de la situation antérieure passera par le *réexamen* des décisions déjà prises dans une procédure pénale afin de permettre à nouveau le bénéfice des garanties procédurales prévues dans l'article 36 de la convention de Vienne⁴⁹.

La Cour confirma ce point de vu dans le cas des frères *LaGrand*. En l'espèce, la Cour releva que les excuses présentées par les Etats-Unis envers l'Allemagne pour avoir manqué à leur obligation en matière de notification consulaire « *ne suffissent en l'espèce, comme d'ailleurs chaque fois que des étrangers n'ont pas été avisés sans retard de leurs droits en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne et qu'ils ont fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères* »⁵⁰. Pour la Cour, dans de telles situations, les Etats-Unis devraient, par les moyens de son choix « *permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention* »⁵¹.

En outre, il est particulièrement intéressant de souligner que le vice de procédure due à la non notification consulaire n'entraîne pas automatiquement l'invalidation de la procédure pénale, mais il appartient à l'intéressé ou à l'Etat d'origine de démontrer que l'absence de l'assistance consulaire a pu d'une manière ou d'une autre affecter les droits de la défense et, partant, la suite de la procédure pénale⁵².

Selon la Cour, la question de savoir si la violation de l'obligation de notification consulaire a en fait, dans l'enchaînement causal des événements, causé un préjudice aux ressortissants étrangers fait partie intégrante de la procédure pénale des tribunaux de l'Etat de résidence et relève de l'appréciation de ces derniers dans le réexamen des verdicts de culpabilité et des peines prononcées. Ce faisant, il appartient aux tribunaux nationaux : « *d'examiner les faits, et notamment le préjudice et ses causes, en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention* »⁵³ et ce, « *à la lumière des circonstances concrètes propres à chaque cas* »⁵⁴.

Cette liberté laissée aux tribunaux de l'Etat de résidence quant aux choix des modalités concrètes de mise en œuvre du processus de réexamen et de révision des verdicts et des peines, comporte, toutefois, une restriction⁵⁵. Ainsi, la démarche de réexamen et de révision pour être effective et véritable, doit se faire « *en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention* »⁵⁶. A cet

égard, la Cour signalera que : « Ce qui est crucial dans le processus de réexamen et de révision, c'est l'existence d'une procédure garantissant qu'il sera accordé tout le poids voulu à la violation des droits définis dans la convention de Vienne quelle que soit finalement l'issue de ce réexamen et de cette révision »⁵⁷. A cela s'ajoute la garantie en vertu duquel « cette violation et le préjudice qui en découle seront pleinement étudiés et pris en considération »⁵⁸, c'est-à-dire « sous l'angle des conséquences juridiques qu'a eues cette violation dans la suite de la procédure pénale »⁵⁹.

De plus, une lecture *a contrario* du dispositif des arrêts *LaGrand*⁶⁰ et *Avena*⁶¹ permet de déduire que la Cour avait introduit un nouvel élément dans la détermination des remèdes à la violation de l'article 36⁶². De la sorte, la possibilité de réexamen et de révision des verdicts de culpabilité et de la peine, en cas de privation des ressortissants étrangers de leurs droits tirés de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, est exclusivement réservée aux seules situations graves dans lesquelles des peines sévères ont été prononcées ou la durée de la détention était prolongée. Le critère ainsi dégagé par la Cour demeure pour le moins peu compréhensible⁶³. Parce que, en tout état de cause rien n'exclut – nous semble-t-il – la thèse de la nullité de la procédure pénale pour défaut d'assistance consulaire, dans d'autres cas où des ressortissants étrangers sont condamnés à des peines moins sévères ou mis en détention pour une courte durée, dès lors où l'absence d'assistance consulaire a effectivement pu affecter le sort de la procédure en cause.

Remarques conclusives :

Dans une société internationale globalisée et caractérisée par une internationalisation des rapports sociaux et dans laquelle les personnes de droit privé occupent de plus en plus une place grandissante, le rôle que les missions consulaires sont appelées à jouer vis-à-vis des ressortissants de l'Etat d'origine est plus que jamais mis à l'épreuve. Dans cet esprit, le droit de la protection consulaire constitue certainement l'une de ces normes énoncées par la Convention de Vienne que, pour reprendre les termes de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Avena*, *tous les Etats parties doivent observer aux fins du déroulement sans entrave des relations consulaires*.

Pourtant, force est de constater que les prescriptions de la Convention de Vienne qui régissent l'institution de la protection consulaire sont encore loin d'offrir des réponses satisfaisantes à l'ensemble des difficultés juridiques et pratiques en particulier que soulève la consécration effective de ce droit.

Les quelques différends relatifs à l'application de l'article 36 de la Convention de Vienne qui ont été portés devant la Cour internationale de justice ont donné à celle-ci l'occasion d'apporter des enseignements et des précisions complémentaires sur la portée et l'étendue du droit de la protection consulaire. A cet égard, la Cour a accordé aux dispositions de l'article 36 en cause plus de prescriptions qu'elles semblent en produire.

En revanche, concernant les questions d'ordre essentiellement pratique, la Cour a observé beaucoup plus de prudence dans l'interprétation des dispositions de l'article 36 de la Convention de Vienne. Dans ses développements en effet, la Cour a laissé entendre que, de par leurs natures propres, ces questions trouvent généralement leurs solutions suivant les faits et les circonstances de chaque cas ainsi que la nature du système juridique interne de l'Etat de résidence. De ce fait, la question de l'articulation entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre juridique international revient en l'espèce avec insistance.

Référence :

- Maître de Conférence 'B', Faculté de droit et des Sciences politiques, U.M.M.T.O., Diplômé postdoctoral de l'Université de Genève.

¹ - Toutefois, cela ne peut être interprété comme interdisant aux représentations diplomatiques l'exercice de fonctions consulaires. Voir, art. 3/2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961.

² - Voir art. 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 (ci-après la convention de Vienne). Lire spécialement les paragraphes a, e, g, h, i...etc.

³ - P.-M Dupuy, La protection consulaire sous les feux de la jurisprudence internationale, in « La protection consulaire », Journée d'études de Lyon, *SFDI*, Paris, A. Pedone, p. 39.

⁴ - Plus précisément, les litiges portés devant la Cour ont trait à l'interprétation et l'application de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, plus précisément la portée et l'étendue de son article 36 instituant la protection consulaire sous le titre : « Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi ».

⁵ - Les affaires *LaGrand* et *Avena* sont incontestablement les deux références phares en l'espèce. Elles présentent l'une comme l'autre un rapport de *filiation* direct comme le souligne à juste titre le Ph. Weckel et ce, au niveau des faits, des bases juridiques et des conséquences juridiques invoquées. Toutefois, autre la différence d'enjeu entre les deux cas, nous serons même tenter d'observer d'ors et déjà une différence substantielle. En effet, contrairement à l'arrêt *LaGrand*, la portée de l'arrêt *Avena* était remarquablement plus large. Voir, Ph. Weckel, *Chronique de jurisprudence internationale*, *RGDIP* 2004, p. 731. Voir également, M. Benlolo-Carabot, L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Avena* et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) du 13 mars 2004, *AFDI* 2004, pp. 260. 261.

⁶ - Tout comme la protection diplomatique, la protection consulaire constitue un moyen de sauvegarde des intérêts et des droits des nationaux à l'étranger. Les deux notions sont toutefois complètement différentes. Comparativement à la protection diplomatique qui permet à l'Etat d'agir en son nom afin d'obtenir réparation pour un dommage résultant de la violation d'une règle de droit international à l'encontre de l'un de ses ressortissants et ce, en intervenant pour réclamer le respect d'un droit propre, la protection consulaire est un mécanisme par lequel l'Etat d'envoi tend à protéger les droits propres de l'un de ses ressortissants arrêtés ou détenus en agissant pour leurs compte. Néanmoins, la Cour internationale de justice souligne une interdépendance entre les droits de l'Etat et les droits individuels en l'espèce. De son avis : «

Toute violation des droits que l'individu tient de l'article 36 risque d'entraîner une violation des droits de l'Etat d'envoi et que toute violation des droits de ce dernier risque de conduire à une violation des droits de l'individu ». Par conséquent, un Etat peut en son nom propre inviter la Cour : « à statuer sur la violation des droits dont il soutient avoir été victime à la fois directement et à travers la violation des droits individuels conférés à ses ressortissants par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 ». *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt du 31 mars 2004, § 40.

⁷ - E. Robert, 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), *RBDI* 1998-2, p. 415.

⁸ - Pour ainsi reprendre l'expression employée par la Cour internationale de justice, *Affaire LaGrand*, Allemagne c. États-Unis D'Amérique, arrêt du 27 Juin 2001, § 74. Aussi, une analyse analogue figure dans le dispositif de l'arrêt de la Cour concernant l'affaire *Avena*. *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, § 61. Toutefois, la Cour tient à préciser que : « Les conclusions à tirer de cette interdépendance dépendent nécessairement des faits de l'espèce ». *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, § 99.

⁹ - P.-M Dupuy, La protection consulaire sous les feux de la jurisprudence internationale, *Op. Cit.*, p. 42.

¹⁰ - Celles-ci (*les autorités compétentes de l'Etat de résidence*) doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa". (Rajout mis par nous même).

¹¹ - *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, 64.

¹² - *Ibid.*

¹³ - *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, 63.

¹⁴ - *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, 64.

¹⁵ - *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, 63.

¹⁶ - Entre d'une part le Mexique qui soutient qu'une véritable et efficace assistance consulaire exige que les ressortissants étrangers doivent être informés de leurs droits dès l'instant de leur arrestation ou détention et avant tout interrogatoire et, de l'autre part les Etats-Unis pour qui l'expression « sans retard » ne signifie nullement « immédiateté », elle implique uniquement le devoir d'information dès que cela est possible tenant compte des circonstances sans pour autant enregistre retard « délibéré ». *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, §§ 77. 82. Il est également important de noter que l'incertitude qui entoure cette expression remonte aux débats au sein de la commission de droit international.

¹⁷ - *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, § 83 et 84. ¹⁸ -

C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains, § 85.

¹⁹ - *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, §§ 87 et 88.

²⁰ - A. Ollivier et P.-O Savoie, La Cour internationale de justice (C.I.J.), *RQDI* 2004, p. 229.

²¹ - *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, § 88. ²² -

C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains, § 87.

²³ - *C.I.J., Affaire Ahmadou Sadio Diallo, République de Guinée c. République Démocratique du Congo*, jugement du 30 novembre 2010, § 95 (Nous soulignons).

²⁴ - *C.I.J., Affaire Ahmadou Sadio Diallo*, § 54. ²⁵ -

Ibid.

²⁶ - *C.I.J., Affaire Ahmadou Sadio Diallo*, § 55. ²⁷ -

Ibid.

²⁸ - Voir, art. 28 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. ²⁹ -

Voir, art. 34 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

³⁰ - Voir, art. 36 1 a) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires : « Les fonctionnaires consulaires doivent avoir la liberté de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux. Les ressortissants de l'Etat d'envoi doivent avoir la même liberté de communiquer avec les fonctionnaires consulaires et de se rendre auprès d'eux ».

³¹ - Notons au passage que la Cour semble avoir raté l'occasion d'émettre un avis sur la question de l'applicabilité de l'obligation de notification consulaire concernant les individus en possession d'une double nationalité à la fois celle de l'Etat d'envoi et celle de l'Etat de résidence. Et pour cause, les Etats-Unis ont failli *prima faci* à leur obligation de fournir des éléments de preuve pertinents que certains ressortissants mexicains objet de la demande étaient aussi des ressortissants américains au moment de leurs arrestation. *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, § 41, 42, 53, 54, 55, 56 et 57.

³² - Il s'agit d'une règle fédérale qui oblige l'accusé traduit devant les tribunaux d'un Etat à soumettre ses moyens à un tribunal de cet Etat avant de pouvoir exercer un recours devant un tribunal fédéral. C'est ainsi que la Cour d'appel des Etats-Unis pour le neuvième circuit a estimé par sa décision du 16 janvier 1988 que la violation du droit de la notification consulaire n'a pas

été soulevée dans aucune des procédures antérieures devant les juridictions de l'Etat d'Arizona et, par conséquent, ce moyen de défense est entaché de « carence procédurale ».

³³ - C.I.J., *Affaire LaGrand*, § 90. Plus loin encore dans le dispositif de son arrêt, la Cour a conclu qu'elle : "n'a pas trouvé de loi américaine, de fond ou de procédure, qui, par nature, soit incompatible avec les obligations de la convention de Vienne imposée aux Etats-Unis. En la présente instance, la violation du paragraphe 2 de l'article 36 a découlé des circonstances dans lesquelles a été appliquée la règle de la carence procédurale, et non de la règle elle-même" (Nous soulignons). C.I.J., *Affaire LaGrand*, § 125 ; C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains*, § 112.

³⁴ - A. Pellet, Remarques sur la jurisprudence récente de la C.I.J. dans le domaine de la responsabilité internationale, in « Perspectives du droit international au 21^e siècle », *Liber Amicorum Christian Dominicé*, Edited by R. Kolb, M. Kohen et D. Ljva Tehindrazanarivelo, Leiden, Boston, Martinus Hijhoff Publishet, 2012, p. 325.

³⁵ - C.I.J., *Affaire LaGrand*, § 91.

³⁶ - C.I.J., *Affaire LaGrand*, § 60.

³⁷ - Dans l'affaire *LaGrand* par exemple, ce fut les concernés eux-mêmes qui procèdent à la notification du poste consulaire allemand, après avoir eu connaissance de leurs droits par d'autres sources et ce, dans une phase très avancée de la procédure criminelle. Dans l'affaire *Avena* également, les services consulaires mexicains ont appris la détention de quelques uns de ses ressortissants par d'autres moyens autre la notification des autorités locales. C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains*, § 104.

³⁸ - Nous soulignons.

³⁹ - C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains*, § 76.

⁴⁰ - *Ann... CDI*, vol. I, 1961, pp. 34-35.

⁴¹ - C'est ainsi par exemple que le Paraguay estime dans sa requête que M. *Breard*, à défaut d'une assistance judiciaire consulaire au moment utile de la procédure, n'avait pas eu droit à une stratégie de défense adéquate, ce qui a manifestement d'incidences préjudicielles sur la suite de la procédure. Ces raisons ont été également soulevées par l'Allemagne dans l'affaire *LaGrand*.

⁴² - C.I.J., *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*.

⁴³ - C.I.J., *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*, § 3.

⁴⁴ - Sur ce point voir, E. Robert, 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), *Op. Cit.*, p. 427 et ss.

⁴⁵ - C.I.J., *Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis)*, mesures conservatoires, § 18, 29.

⁴⁶ - Principes énoncés par la CPJI dans l'affaire de *l'Usine de Chorzów (Allemagne c. Pologne)*, en ces termes : « C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate », arrêt du 26 juillet 1927 (compétence), *Série A*, n° 9, p. 21.

⁴⁷ - Cette primauté est clairement soulignée en commentaire à l'article 35 du *projet d'article sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* : « La restitution est le mode de réparation le plus conforme au principe général selon lequel l'État responsable est tenu d' "effacer" les conséquences juridiques et matérielles de son fait illicite en rétablissant la situation qui aurait existé si ce fait n'avait pas été commis ; à ce titre, elle prime tout autre mode de réparation ». (Nous soulignons), *Ann... CDI*, 2001, vol. II., p. 257.

⁴⁸ - C.P.J.I., *Usine de Chorzów*, arrêt du 13 septembre 1928 (fond), *Série A*, n° 17, p. 47 : « Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite [...] est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis ». ⁴⁹ - Rappelons au passage le libellé de l'article 35 du *Projet d'article de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite* de 2001 : « l'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :

a) N'est pas matériellement impossible ;

b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation ».

Concrètement dans les affaires *Breard* et *LaGrand* la restitution de la situation qui précède l'acte illicite était impossible du fait de l'exécution des ressortissants respectivement paraguayennes et allemands condamnés à la peine de mort en dépit même de la prononciation par la Cour d'ordonnances à titre conservatoire ordonnant sa suspension avant un arrêt dans le fond. Ce qui a amené d'ailleurs le Paraguay à demander la radiation de l'affaire *Breard* du rôle de la Cour le 11 novembre 1988, la jugeant son objet. Cette position ne fut pas suivie par l'Allemagne qui décida de poursuivre son action devant la Cour. Voir, J. Matringe, L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001, *AFDI* 2002, p. 215 et ss.

⁵⁰ - C.I.J., *LaGrand*, § 123, 125.

⁵¹ - C.I.J., *LaGrand*, § 125.

⁵² - E. Robert, 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), *Op. Cit.*, p. 446. Dans le cadre de l'action introduite par l'Allemagne en son nom propre contre les Etats-Unis pour manquement à ses obligations juridiques internationales, la Cour a tenu à préciser qu'il suffit de constater qu'une partie à une convention internationale s'est vu empêchée d'exercer des droits tirés de ladite convention du fait de sa violation par l'autre partie. Selon la Cour : « Peu importe à cet égard de savoir, aux fins de la présente instance, si les *LaGrand* auraient sollicité l'assistance consulaire de l'Allemagne, si l'Allemagne leur aurait apporté une telle assistance et si un verdict

différent aurait alors été prononcé » (Nous soulignons). *C.I.J., Affaire LaGrand*, § 74 ; *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, § 102.

⁵⁵ - *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, § 122. ⁵⁴

C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains, § 127. ⁵⁵ -

C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains, § 131.

⁵⁶ - Expression figurant dans l'arrêt de *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, §§ 122. 138 ; *C.I.J., Affaire LaGrand*, § 125.

⁵⁷ - *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, § 139.

⁵⁸ - Expression figurant dans l'arrêt de *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, § 138. ⁵⁹ -

C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains, § 131.

⁶⁰ - *C.I.J., Affaire LaGrand*, § 123, 125.

⁶¹ - *C.I.J., Avena et autres ressortissants mexicains*, § 140.

⁶² - M. Benlolo-Carabot, L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) du 13 mars 2004, *Op. Cit.*, p. 264.

⁶³ - J. Matringe, L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001, *Op. Cit.*, p. 256.