

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHI, VICE-PRÉSIDENT

[Traduction]

Le point 3 du dispositif de l'arrêt — Question de savoir si le paragraphe 1 b) de l'article 36 de la convention de Vienne crée des droits individuels — L'interprétation faite par la Cour de cet alinéa — La clarté du texte et les «règles d'interprétation» — Le texte du paragraphe 1 b) de l'article 36, dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de la convention — Les travaux préparatoires relatifs au paragraphe 1 b) de l'article 36 — Comment la Cour interprète le paragraphe 2 de l'article 36 — Explication de mon vote sur le point 7 du dispositif de l'arrêt.

1. C'est avec une certaine réticence que j'ai voté pour les points 3 et 4 du dispositif de l'arrêt de la Cour (arrêt, par. 128). La principale raison de ma réticence est que, selon moi, les conclusions de la Cour dans ces deux points sont fondées sur une interprétation discutable de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires (ci-après «la convention»).

2. Au point 3 du dispositif, la Cour dit

«que, en n'informant pas sans retard Karl et Walter LaGrand, après leur arrestation, des droits qui étaient les leurs en vertu de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention et en privant de ce fait la République fédérale d'Allemagne de la possibilité de fournir aux intéressés, en temps opportun, l'assistance prévue par la convention, les Etats-Unis d'Amérique ont violé les obligations dont ils étaient tenus envers la République fédérale d'Allemagne et envers les frères LaGrand en vertu du paragraphe 1 de l'article 36».

Je partage entièrement l'avis de la Cour lorsqu'elle dit que les Etats-Unis ont violé les obligations qui étaient les leurs envers l'Allemagne en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention. J'éprouve néanmoins des doutes quand la Cour dit que les Etats-Unis ont également violé leurs obligations envers les frères LaGrand. La décision de la Cour découle de son interprétation du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention, et en particulier de l'alinéa *b)*, face aux divergences opposant le demandeur et le défendeur sur la question de savoir si cet alinéa crée des droits individuels en sus des droits dévolus aux Etats parties.

L'Allemagne a soutenu en effet que

«le droit d'être informé au moment de son arrestation de ses droits conférés par l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne ne constitue pas seulement un droit de l'Etat d'envoi (l'Etat d'origine des individus concernés) vis-à-vis de l'Etat de résidence, mais il s'agit aussi d'un droit propre de chaque ressortissant

d'un Etat étranger partie à la convention de Vienne qui pénètre dans le territoire d'un autre Etat partie» (mémoire de l'Allemagne, vol. 1, p. 116, par. 4.91).

Les Etats-Unis ont soutenu de leur côté que

«[l]es droits que reconnaît la convention de Vienne en matière de notification consulaire et de communication entre consulats et ressortissants étrangers appartiennent de toute façon aux Etats et non aux individus. Ces derniers peuvent évidemment en bénéficier puisque la convention autorise — mais n'oblige pas — les Etats à leur offrir une assistance consulaire, mais la convention n'a pas pour fonction d'énoncer ou de conférer des droits reconnus aux individus.» (Contre-mémoire des Etats-Unis, p. 81, par. 97.)

3. Au paragraphe 77 de l'arrêt, la Cour, fondant son interprétation de l'alinéa *b*) sur la clarté du sens de la disposition lue dans son contexte, a retenu la demande de l'Allemagne. J'accepterais volontiers cette décision de la Cour, à condition que son interprétation du paragraphe 1 *b*) de l'article 36 soit justifiée en l'espèce. Sans aucun doute cette interprétation est-elle compatible avec la jurisprudence bien établie de la Cour et de sa devancière: si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là et il n'est pas besoin de recourir à d'autres méthodes d'interprétation (*Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 8). Néanmoins, je suis d'avis que l'application systématique de ce *dictum* dans tous les cas d'espèce n'est pas toujours fiable ni utile quand on cherche à déterminer l'intention véritable des parties à un traité. Il peut arriver que, pour une raison ou une autre — rédaction trop rapide ou négligée, compromis de dernière minute lors des négociations —, le sens manifeste du texte ne correspond pas nécessairement à celui que les parties auraient voulu lui donner. Le recours aux règles coutumières d'interprétation telles qu'elles sont reprises dans l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités peut paraître superflu lorsque le sens ordinaire du texte semble clair, mais il permet de procéder à une double vérification destinée à prévenir tout risque d'interprétation erronée. En effet, dans l'affaire relative à la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, la Cour, tout en réaffirmant la position qu'elle avait adoptée dans l'avis consultatif évoqué plus haut, a déclaré que la règle d'interprétation selon le sens naturel et ordinaire des termes employés n'est pas absolue, et a renvoyé à l'une de ses décisions en l'affaire du *Sud-Ouest africain*:

«Lorsque cette méthode d'interprétation aboutit à un résultat incompatible avec l'esprit, l'objet et le contexte de la clause ou de l'acte où les termes figurent, on ne saurait valablement lui accorder crédit.» (*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 336.)

On peut également citer le passage suivant extrait de *Oppenheim's International Law* (9^e éd., 1992, vol. I, p. 1267):

«L'interprétation d'un traité a pour objet d'établir le sens que les parties doivent être censées avoir voulu donner au texte par rapport aux circonstances imposant de procéder à cette interprétation. Il est fréquent d'affirmer que, si le sens d'un traité est suffisamment clair d'après son énoncé, il n'y a pas lieu de recourir à des «règles d'interprétation» pour le déterminer. Une telle proposition est néanmoins d'une utilité limitée. Dire qu'un traité est clair ou ne l'est pas est, non pas le point de départ, mais le résultat du processus d'interprétation. Ce n'est pas la clarté en soi qui doit être confirmée, c'est la clarté par rapport à certaines circonstances particulières; or, il est peu de dispositions conventionnelles au sujet desquelles il n'est pas possible d'envisager des circonstances de nature à mettre en doute leur clarté.»

4. En l'espèce, le demandeur et le défendeur ne s'opposaient pas du tout sur le sens ordinaire des termes de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36. Les Parties ont toutefois abouti à des conclusions divergentes quant à son interprétation. Dans ces conditions, je me demande si la Cour a vraiment lieu, dans son examen de la question, d'insister autant sur la prétendue clarté des termes de la disposition et d'écarter totalement les règles coutumières d'interprétation. Selon moi, il n'est pas déraisonnable de la part des Etats-Unis de soutenir que, s'agissant de ressortissants de l'Etat d'envoi en détention ou en état d'arrestation, leur droit à la notification de leur consulat et à la communication avec celui-ci en vertu du paragraphe 1 *b*) n'est pas indépendant mais découle du droit de l'Etat partie de protéger et de venir en aide à ses ressortissants au titre de la convention — si l'alinéa est lu, comme les Etats-Unis le font, dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de la convention.

5. Premièrement, l'instrument en question s'intitule purement et simplement «Convention de Vienne sur les relations consulaires». Et l'objet et le but de la conclusion d'une convention internationale sur les relations consulaires, comme l'indique le préambule, sont de «contribu[er] ... à favoriser les relations d'amitié entre les pays». Dans le préambule de la convention, il n'est fait nulle part allusion au fait que cet instrument créerait des droits individuels.

6. Deuxièmement, l'article 36, qui est intitulé «Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi», commence par le membre de phrase: «[a]fin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité», qui introduit tous les paragraphes de l'article, y compris le paragraphe 1 *b*) où sont visés les «droits» des ressortissants concernés de l'Etat d'envoi. Manifestement, le «chapeau» ramène la portée de l'article 36 à celle d'une disposition destinée uniquement à faciliter l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi. Il est regrettable que le paragraphe 77 de

l'arrêt ne fasse pas état du «chapeau» de cet article, comme si celui-ci était dépourvu de toute pertinence contextuelle vis-à-vis du paragraphe 1 *b*).

7. Troisièmement, en vertu de l'article 5 de la convention, les fonctions consulaires consistent notamment à «protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international» (art. 5 *a*) et à «prêter secours et assistance aux ressortissants, personnes physiques et morales, de l'Etat d'envoi» (art. 5 *e*). Le paragraphe 1 de l'article 36, et plus précisément son alinéa *b*), doit être lu dans le contexte de ces fonctions consulaires visées à l'article 5. Il ne peut manifestement pas exister de droit à la notification consulaire et à la communication entre les consulats et leurs ressortissants s'il n'existe pas de relations consulaires entre les pays concernés, ou si l'Etat d'envoi ne jouit pas du droit de protéger ses ressortissants et de leur prêter assistance.

8. Enfin, il est clair, ainsi que les Etats-Unis l'ont soutenu, que les travaux préparatoires de la conférence de Vienne sur les relations consulaires de 1963 ne confirment pas que le paragraphe 1 *b*) de l'article 36 ait pour objet de créer des droits individuels (contre-mémoire des Etats-Unis, p. 82-84, par. 99-100). En effet, au cours des négociations sur l'article 36, la délégation du Venezuela s'est opposée à la première phrase du paragraphe 1 *a*) du projet de la Commission du droit international, qui concerne le droit des ressortissants de l'Etat d'envoi de communiquer avec le consulat compétent et de s'y rendre, en soutenant que cette phrase n'était pas à sa place dans une convention sur les relations consulaires, que «les étrangers qui se trouv[ai]ent dans l'Etat de résidence [devaient] être soumis à la juridiction de cet Etat et qu'il n'y [avait] pas lieu de les viser dans une convention sur les relations consulaires» (conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, 1963, vol. I, p. 358, par. 32). En fin de compte, sur une proposition présentée par le Venezuela, l'Equateur, l'Espagne, le Chili et l'Italie, la deuxième commission de la conférence décide d'inverser l'ordre initial des dispositions du paragraphe 1 *a*) de l'article 36 du projet de la Commission du droit international de façon qu'il énonce en premier le droit des fonctionnaires consulaires de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux, et, en second, le droit des ressortissants de l'Etat d'envoi d'avoir la même liberté de communiquer avec les fonctionnaires consulaires et de se rendre auprès d'eux (*ibid.*, p. 361, par. 2; p. 363, par. 22).

9. Cette inversion de l'ordre des dispositions de l'alinéa *a*) du paragraphe 1 de l'article 36 confirme l'interprétation qu'il faut en faire dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de la convention. Les Etats-Unis sont donc fondés à soutenir dans leur contre-mémoire que:

«Cette inversion met en relief un point fondamental, à savoir que la situation de l'individu au regard de la convention découle du droit reconnu à l'Etat partie à celle-ci, agissant par l'intermédiaire de ses fonctionnaires consulaires, de communiquer avec ses ressortissants.

Le traitement réservé aux individus est indissociablement lié au droit de l'Etat et en découle.» (Contre-mémoire des Etats-Unis, p. 84, par. 100.)

10. En outre, le texte initial du paragraphe 1 *b*) de l'article 36 du projet de la Commission du droit international faisait obligation à l'Etat de résidence d'informer le consulat compétent de l'Etat d'envoi en cas de placement en détention d'un ressortissant de cet Etat :

«*b*) Les autorités compétentes doivent avertir, sans retard injustifié, le consulat compétent de l'Etat d'envoi, lorsque, dans les limites de sa circonscription, un ressortissant de cet Etat est incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Elles doivent transmettre au consulat également sans retard injustifié les communications que la personne incarcérée ou détenue lui adresse.» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1961, vol. II, p. 116.)

11. Au cours des négociations de la conférence de Vienne, plusieurs délégations soulignent l'importance de ce projet d'alinéa. C'est ainsi que la délégation de la Tunisie déclare

«considér[er] que les dispositions de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 sont parmi les plus importantes du projet. Elles sont liées à celles de l'article 5 (Fonctions consulaires)... La détention [le délégué tunisien partageait l'avis du représentant de la France selon lequel l'arrestation devait également être mentionnée] est une atteinte grave à la liberté et à la dignité de l'individu. Il est donc inconcevable que le consul de l'Etat d'envoi ne soit pas averti, et l'obligation de l'Etat de résidence en matière de notification doit être fermement établie, car il est possible que dans certaines circonstances l'étranger ne soit pas en mesure d'informer son consul et de lui demander assistance et protection.» (*Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires*, 1963, vol. I, p. 366, par. 17.)

La délégation du Royaume-Uni déclare également :

«Le droit de communication avec les ressortissants des Etats d'envoi, défini à l'article 36, est particulièrement important pour les personnes mises en état de détention dont il est fait mention à l'alinéa *b*). Il va sans dire que ces personnes ont particulièrement besoin de l'aide du consulat et la notification prévue à l'alinéa *b*) est, dans bien des cas, une condition nécessaire pour que cette aide soit assurée.» (*Ibid.*, p. 367, par. 19.)

12. Cependant, au cours des négociations, la disposition envisagée suscite essentiellement deux réactions différentes. Un bon nombre d'Etats acceptent que le principe figure dans le projet de convention mais s'inquiètent beaucoup de la lourde charge que l'obligation de notification consulaire fera peser sur l'Etat de résidence, en particulier pour les Etats qui accueillent un nombre non négligeable de résidents étrangers, de touristes

ou d'autres visiteurs de courte durée. D'autres délégations, motivées au moins en partie par la mentalité qui régnait à l'époque de la guerre froide, voudraient que, dans le texte de l'alinéa, la personne détenue ou arrêtée ait la liberté de dire si elle souhaite ou non que les fonctionnaires consulaires de son pays entrent en contact avec elle.

13. C'est dans ces conditions que la conférence est saisie d'un amendement à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 présenté par dix-sept Etats. La délégation de la Tunisie au nom des auteurs de l'amendement déclare ceci :

«A l'alinéa *b*), les auteurs avaient commencé par introduire une clause de réserve: «à moins que l'intéressé ne s'y oppose expressément», de sorte que l'Etat de résidence n'était pas automatiquement tenu d'avertir le consul de l'arrestation de la personne intéressée. Cette clause était motivée par la nécessité de tenir compte du libre choix de la personne incarcérée. On a soutenu que, dans certains cas, celle-ci pourrait ne pas souhaiter que le consul sache qu'elle a été en prison. Les auteurs ont d'abord hésité; toutefois, ils ont finalement accepté de prendre en considération la question posée, mais avec les sauvegardes voulues. C'est pourquoi la clause de réserve est rédigée de manière que l'obligation d'avertir existe, à moins que l'intéressé ne dise expressément qu'il ne désire pas que le consul soit averti.» (*Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires*, 1963, vol I, p. 87, par. 56.)

14. Sur cette proposition d'amendement, la délégation de la République arabe unie propose au nom de vingt Etats un amendement tendant à remplacer dans le nouveau texte, à l'alinéa *b*) du paragraphe 1, les mots «à moins que l'intéressé ne s'y oppose expressément» par les mots «si l'intéressé en fait la demande». La délégation de la République arabe unie explique cette proposition comme suit :

«L'objet de cet amendement est d'alléger la charge des autorités de l'Etat de résidence, plus particulièrement celles de pays qui comptent de nombreux résidents étrangers ou qui reçoivent un grand nombre de touristes ou de visiteurs. La formule qui figure dans la proposition commune d'amendement garantirait que les autorités de l'Etat de résidence ne seraient pas considérées comme étant en faute si, en raison d'une surcharge de travail ou pour d'autres motifs, avis n'était pas donné de l'arrestation d'un ressortissant de l'Etat d'envoi.» (*Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires*, 1963, vol. I, p. 88, par. 62.)

15. La discussion aboutit à l'adoption de l'amendement des vingt Etats, lequel est rendu par les termes «si l'intéressé en fait la demande» au début de l'alinéa. La dernière phrase du paragraphe 1 *b*) de l'article 36, à savoir la disposition selon laquelle les autorités compétentes de l'Etat de résidence «doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits» (*Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires*, 1963, vol. I, p. 363-371), est introduite tardivement et représente un compromis entre les

deux positions opposées que j'ai rappelées. Il est par conséquent impossible de déduire de l'historique des débats que les négociateurs entendaient créer des droits individuels par le biais du paragraphe 1 *b*) de l'article 36. Qui plus est, si l'on garde à l'esprit que le ton et l'orientation générale du débat, d'un bout à l'autre de la conférence, visaient les fonctions consulaires et leur applicabilité, on retient plutôt l'idée que la conférence n'a pas envisagé la création de droits individuels indépendants de ceux des Etats.

16. Au point 4 du dispositif de l'arrêt, la Cour énonce une décision qui découle de l'interprétation qu'elle adopte du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention.

Ce dernier paragraphe prévoit que :

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

Pour la Cour, étant donné que le paragraphe 1 de l'article 36 crée pour les personnes détenues des droits individuels en sus des droits accordés à l'Etat d'envoi, quand il est fait mention, au paragraphe 2 de l'article, des droits visés au paragraphe 1, cela couvre «non seulement les droits de l'Etat d'envoi, mais aussi ceux des personnes détenues» (arrêt, par. 89).

Or, comme je l'ai montré plus haut, il est pour le moins discutable d'estimer que le paragraphe 1 de l'article 36, et plus précisément son alinéa *b*), créerait des droits individuels. La conclusion de la Cour faisant état de «droits» au paragraphe 2 est dès lors également discutable.

17. Je tiens pour finir à préciser que ce n'est pas pour des raisons liées aux conséquences juridiques de la violation du paragraphe 1 *b*) de l'article 36 que j'ai voté pour le point 7 du dispositif de l'arrêt. Cette partie du dispositif est particulièrement importante dans les cas où la peine de mort, qui non seulement constitue une sanction sévère, mais revêt en outre un caractère irréversible, est prononcée. Il faut donc absolument s'employer au maximum à prévenir l'injustice ou l'erreur dans la déclaration de culpabilité ou la condamnation. Telle est la raison pour laquelle j'ai voté pour cette conclusion.

(Signé) SHI Jiuyong.