

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE TOMKA

*Protection diplomatique — Distinction entre droit de l'Etat et droit de l'individu — Invocation du droit de l'individu devant une juridiction internationale par l'Etat de sa nationalité — Exception de non-épuisement des voies de recours internes.*

*Interprétation de l'obligation d'informer en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36.*

*Obligation de cessation — Caractère continu ou non de l'acte illicite — Non-pertinence que les cas individuels sont pendants devant les juridictions internes et de la réparation appropriée pour l'obligation de cessation.*

1. Ayant voté pour le dispositif du présent arrêt, je voudrais, néanmoins, préciser ma position sur certains points de droit évoqués dans le raisonnement de la Cour.

## I. PROTECTION DIPLOMATIQUE

2. Le Mexique, en soumettant cette affaire à la Cour, prétend faire valoir ses propres droits qui auraient été violés par les Etats-Unis ainsi que son droit à la protection diplomatique de ses cinquante-deux ressortissants dont les droits individuels, selon lui, auraient été de même violés par les Etats-Unis.

3. Les Etats-Unis ont, en ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique, soulevé deux exceptions à la recevabilité des réclamations mexicaines. Selon la première exception, qui nous intéresse ici, la demande mexicaine doit être jugée irrecevable par la Cour parce que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées et restent disponibles dans les cinquante-deux cas.

4. Il ressort du paragraphe 40 de l'arrêt que la Cour accepte cette exception des Etats-Unis à la recevabilité de la demande du Mexique fondée sur l'exercice de la protection diplomatique. La Cour y observe

«que les droits individuels que les ressortissants mexicains tirent de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sont des droits dont la réalisation doit, en tout cas en premier lieu, être recherchée dans le cadre du système juridique interne des Etats-Unis».

La Cour en conclut que

«[c]e n'est qu'une fois ce processus mené à son terme et les voies de recours internes épuisées que le Mexique pourrait faire siennes des

demandes individuelles de ses ressortissants par le mécanisme de la protection diplomatique».

En d'autres termes, la demande du Mexique fondée sur la protection diplomatique pourrait être considérée irrecevable et l'exception des Etats-Unis relative au non-épuisement des voies de recours internes pourrait presque atteindre son objectif. L'exception est néanmoins rejetée par la Cour, mais pour une autre raison.

5. La Cour rejette l'exception parce qu'une telle exception ne s'applique pas à la demande présentée par le Mexique en son nom propre (mais je doute que les Etats-Unis aient visé dans leur exception la demande du Mexique présentée en son nom propre).

6. Pour pouvoir statuer sur les violations alléguées des obligations dont les Etats-Unis étaient tenus envers les ressortissants mexicains en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, la Cour se réfère à — ce que j'appellerais — une nouvelle théorie, et n'invoque pour l'étayer aucune jurisprudence antérieure. La Cour explique que, dans des circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'Etat et des droits individuels, l'Etat (dans notre cas le Mexique) peut, en soumettant une demande en son nom propre, inviter la Cour à statuer sur la violation des droits dont il soutient avoir été victime à la fois directement et à travers la violation des droits individuels conférés à ses ressortissants par l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36.

7. Dans la présente affaire, à mon sens, la Cour ne pouvait arriver à la conclusion que les droits individuels des ressortissants mexicains avaient été violés que si elle acceptait la prétention du Mexique selon laquelle cet Etat exerçait son droit à la protection diplomatique. Pour établir la violation des droits individuels (les droits des individus), il faut les invoquer sur la scène internationale. Quand l'Etat invoque les droits de ses nationaux, il prend fait et cause, en son nom propre, pour ces nationaux en raison du préjudice qu'ils ont subi; en d'autres termes, cet Etat exerce la protection diplomatique. La raison principale pour le Mexique de soumettre l'affaire à la Cour était le préjudice allégué qu'auraient subi ses ressortissants. Ce sont ses ressortissants — et leur sort — qui préoccupent principalement le Mexique. Afin de leur donner une dernière chance dans le système judiciaire des Etats-Unis, il était d'importance cruciale d'établir les violations des obligations des Etats-Unis, en vertu de la convention de Vienne, à l'égard de ces ressortissants mexicains et le préjudice qui leur est ainsi causé. J'estime que c'est davantage la violation des droits d'un individu et le préjudice qui lui est causé que la violation du droit appartenant au Mexique et le préjudice causé ainsi à l'Etat qui peuvent jouer un certain rôle dans le cadre des procédures pénales aux Etats-Unis.

8. Si on situe cette affaire dans le cadre de la protection diplomatique, on ne peut négliger l'exception soulevée par les Etats-Unis selon laquelle les ressortissants mexicains n'ont pas épuisé les voies de recours internes.

9. Face à cet argument des Etats-Unis, le Mexique soutient que la

majorité des ressortissants mexicains concernés ont, en vain, formé des recours aux Etats-Unis. Il ajoute que la doctrine de la carence procédurale a, de toute manière, empêché la plupart d'entre eux de faire valoir leurs demandes, les éléments produits n'ayant pas été présentés au stade antérieur de la procédure — précisément parce que les autorités américaines n'avaient pas informé les intéressés de leurs droits comme elles y étaient tenues par le paragraphe 1 de l'article 36.

Quant aux autres ressortissants, le Mexique prétend que les Etats-Unis ont présenté de façon inexacte l'obligation d'épuisement des voies de recours internes en laissant entendre qu'il s'agissait d'une règle absolue. Il invoque l'opinion individuelle du juge Tanaka dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, selon laquelle «la règle n'impose pas, semble-t-il, aux intéressés d'engager une action manifestement illusoire et dépourvue de portée, ni de tenter à nouveau une action qui s'est déjà révélée vaine» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 145*). Selon le Mexique, un ressortissant étranger formant un recours judiciaire pour violation de l'article 36 n'aura jamais gain de cause aux Etats-Unis, car les juridictions des Etats-Unis déclarent soit que l'article 36 ne crée pas de droit individuel, soit qu'un ressortissant étranger qui a été privé des droits qu'il tenait de l'article 36, mais qui a en revanche bénéficié de ceux prévus par la Constitution et les lois des Etats-Unis, ne peut établir l'existence d'un préjudice et donc obtenir réparation. Le Mexique avance d'ailleurs que la règle de l'épuisement des voies de recours internes est limitée aux recours juridictionnels et que la recevabilité d'une requête devant la Cour n'est pas assujettie à la condition préalable de l'épuisement des recours en grâce.

10. La Commission du droit international qui actuellement prépare un projet d'articles sur la protection diplomatique formule quatre exceptions dont souffre la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Seule la première d'entre elles nous intéresse dans la présente affaire. Selon cette exception, point n'est besoin d'épuiser les recours internes lorsqu'ils n'assurent aucune possibilité raisonnable de réparation efficace. C'est au demandeur qu'il revient de prouver

«que, dans les circonstances de l'espèce et eu égard au système juridique de l'Etat défendeur, il n'y a aucune possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace» (Rapport de la Commission du droit international, 2003, Nations Unies, doc. A/58/10, p. 76, par. 3).

11. Le Mexique prétend que pas une seule juridiction aux Etats-Unis n'a fait droit à un recours pour violation de l'article 36 de la convention de Vienne.

12. Si les Etats-Unis soulignent que, des cinquante-deux affaires invoquées devant la Cour par le Mexique, quasiment toutes (à l'exception de trois, c'est-à-dire quarante-neuf) demeurent pendantes, nombre d'entre elles n'ayant pas encore dépassé le stade du premier pourvoi en appel, ils n'ont en revanche pas réfuté l'assertion du Mexique critiquant la pratique

des juridictions des Etats-Unis consistant à refuser uniformément toute forme de réparation pour la violation d'une obligation dictée par l'article 36 de la convention de Vienne.

13. Il aurait ainsi été possible à la Cour de parvenir à la conclusion que le Mexique a démontré que la condition de l'épuisement des voies de recours internes ne s'appliquait pas dans la présente affaire pour ce qui est de la demande présentée dans le cadre de la protection diplomatique.

## II. L'INTERPRÉTATION *RATIONE TEMPORIS* DE L'OBLIGATION D'INFORMER EN VERTU DE L'ALINÉA *b)* DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 36

14. J'ai des doutes quant à l'interprétation par la Cour de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36. Selon cette interprétation, contenue dans le paragraphe 63 de l'arrêt, l'obligation de donner l'information requise par cet alinéa ne s'applique qu'à partir du moment où les autorités qui interviennent dans les procédures d'arrestation prennent conscience que la personne arrêtée est un ressortissant étranger ou lorsqu'il existe des raisons de penser qu'il s'agit probablement d'un ressortissant étranger.

Je trouve que cette interprétation n'est pas bien fondée. Si ce procédé d'interprétation des normes de droit international devait trouver une application plus large, il risquerait d'affaiblir la protection que les mécanismes de sauvegarde des droits de l'homme ou le droit international humanitaire accordent à certains sujets (par exemple aux enfants).

15. L'obligation que l'article 36 de la convention de Vienne impose à l'Etat de résidence n'est pas subordonnée à la connaissance, par les autorités dudit Etat, que la personne arrêtée est un étranger. L'obligation d'informer intervient dès lors qu'un étranger est placé en détention. Cette arrestation constitue un fait objectif suffisant, en soi, pour engager l'obligation de l'Etat de résidence.

16. La connaissance n'entre en jeu ni en ce qui concerne l'existence ou l'applicabilité de l'obligation d'informer prévue à l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36, ni en ce qui concerne la violation de cette obligation. L'ignorance n'est pas une circonstance excluant l'illicéité. *Ignorantia non excusat*. Les autorités étatiques doivent déployer toute la diligence requise dans l'exercice de leurs pouvoirs et rien ne les empêche de s'intéresser, dès le début de l'arrestation, à la nationalité du détenu. S'il prétend être ressortissant du pays où il est arrêté, il ne peut plus invoquer le fait qu'il n'avait pas été informé de ses droits en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. Informer une personne détenue que, si elle est ressortissante d'un autre Etat, la convention de Vienne lui confère certains droits, constitue, sans doute, la meilleure façon d'éviter un manquement quelconque aux obligations découlant, pour les autorités de l'Etat de résidence, de l'article 36 de la convention. Mais ces autorités ne

sauraient justifier leurs omissions en invoquant leurs mépris ou erreurs de jugement.

### III. CESSATION

17. La Cour déclare qu'elle ne saurait accueillir la demande du Mexique tendant à ce que les Etats-Unis d'Amérique cessent leurs violations de l'article 36 de la convention de Vienne à l'égard du Mexique et de ses cinquante-deux ressortissants, parce que le Mexique n'a pas établi que les violations des obligations des Etats-Unis en vertu de l'article 36 auraient eu un caractère continu (arrêt, par. 148).

18. Je partage cette conclusion de la Cour. Mais la Cour y ajoute un autre élément. Elle observe que :

«comme ces cinquante-deux cas individuels se trouvent actuellement à différents stades de la procédure pénale devant les juridictions américaines, ils sont pendants; et la Cour a déjà indiqué, en ce qui les concerne, ce qu'elle considère comme le remède approprié, c'est-à-dire le réexamen et la révision à raison de la violation de la convention de Vienne».

19. J'estime que le fait que les cas individuels soient pendants devant les juridictions des Etats-Unis est sans pertinence pour l'obligation de cessation. C'est le caractère continu ou non de la violation qui est déterminant pour l'existence de l'obligation de cessation. La Cour ne peut ordonner la cessation de l'acte illicite que si cet acte a un caractère continu.

20. La référence au fait que les cas soient pendants devant les juridictions internes pourrait prêter à confusion en créant l'impression que la demande du Mexique relative à la cessation ne saurait être accueillie par la Cour, étant donné que le non-épuisement des voies de recours internes aux Etats-Unis soit rend la demande prématurée et de ce fait irrecevable, soit ne permet pas de constater que l'obligation en cause a déjà été violée. Mais cette seconde hypothèse est clairement à exclure car la Cour, dans le même paragraphe 148, confirme que le réexamen et la révision sont le remède approprié en raison de la violation (qui devait être constatée d'abord) de la convention de Vienne.

21. Le caractère du remède approprié (ou de la réparation appropriée) est de même sans pertinence en ce qui concerne l'obligation de cessation.

(Signé) Peter TOMKA.