

CR 2000/27 (traduction)

CR 2000/27 (translation)

Lundi 13 novembre 2000 à 15 heures

Monday 13 November 2000 at 3 p.m.

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is open and I now give the floor to Professor Bruno Simma for the Federal Republic of Germany

M. SIMMA : Merci, Monsieur le président. Monsieur le président, avant la pause du déjeuner, j'ai expliqué que le droit consacré par l'article 36 est un droit individuel et, ce faisant est devenu un droit de l'homme en raison de l'évolution des droits de l'homme qui a entouré la convention sur les relations consulaires; j'aimerais poursuivre ma démonstration en examinant l'incidence de certains droits de l'homme dans l'affaire *LaGrand*.

III. Incidence de certains droits de l'homme dans l'affaire *LaGrand*

15. Les normes relatives aux droits de l'homme qui sont applicables entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Allemagne jettent un éclairage supplémentaire sur les incidences de l'article 36 dans le contexte de condamnations à la peine de mort prononcées alors qu'il a été commis une violation de cet article. Selon l'article 5 de la déclaration adoptée par l'Assemblée générale en 1985, dont j'ai déjà parlé,

«les étrangers jouissent, ... a) ... [du] droit à la vie, à la sûreté de leur personne; nul étranger ne peut être arbitrairement arrêté ou détenu; nul étranger ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévue par la loi».

Le droit à ce que le consulat soit averti qui est reconnu par l'article 36 de la convention de Vienne constitue une «procédure prévue par la loi» au sens de cette disposition. Les garanties de procédure dans les cas où l'accusé est passible de la peine de mort sont donc particulièrement importantes quand on analyse les incidences des violations de l'article 36.

16. En l'espèce, c'est sans aucun doute le Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui est la principale source des droits de l'homme reconnus aux étrangers traduits devant les tribunaux des Etats. Aussi bien l'Allemagne que les Etats-Unis d'Amérique sont parties au Pacte¹. Par conséquent, le Pacte constitue un ensemble de règles «de droit international applicable dans les relations entre les parties» aux fins de l'interprétation de l'article 36 de la convention sur les relations consulaires.

¹ L'Allemagne a ratifié le Pacte le 17 décembre 1973 et les Etats-Unis d'Amérique le 8 juin 1992.

1. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et les droits de l'homme reconnus aux étrangers dans les affaires où ils encourent une peine capitale

17. Permettez-moi de rappeler en les citant les dispositions pertinentes du Pacte. Aux termes de l'article 14 :

«Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil.»

L'article 6 dispose notamment :

«1. 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.

2. Dans les pays où la peine de mort n'a pas été abolie, une sentence de mort ne peut être prononcée que pour les crimes les plus graves, conformément à la législation en vigueur au moment où le crime a été commis...»

Le paragraphe 2 de l'article 2 fait en particulier obligation aux Etats parties «de prendre» ... [les arrangements nécessaires pour] l'adoption de ... mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte».

Les dispositions que je viens de citer sont liées les unes aux autres. L'article 6 exige des garanties spéciales de procédure dans les affaires où l'inculpé encourt la peine de mort et l'article 14 énonce des règles aux fins d'une bonne administration de la justice. Le Comité des droits de l'homme a souligné dans plusieurs cas que la «législation en vigueur» dont il est question au paragraphe 2 de l'article 6 concernant le droit à la vie comprend des garanties non seulement de fond mais aussi de procédure². Le Comité l'a également confirmé dans son observation générale relative à l'article 6³. L'article 2 du Pacte est conçu pour permettre l'exercice effectif des droits qu'il énonce dans le système juridique des Etats parties.

18. Les droits reconnus en vertu de l'article 36 de la convention sur les relations consulaires contribuent à garantir que les étrangers se trouvent sur un pied d'égalité avec les ressortissants du pays de résidence. A ce sujet, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a donné il y a un an une explication importante, que voici : on doit prendre en considération

² Mbenge, communication n° 16/1977 (1983), par. 17, *Reid c. Jamaïque*, n° 250/1987, *Human Rights Law Journal* 11 (1990), n°s 3-4, p. 321, par. 11.5; *Wright c. Jamaïque*, *Human Rights Law Journal* 13 (1992), p. 351, par. 8.7.

³ Observation générale relative à l'article 6 adoptée à la 16^e session en 1982, par. 7.

«la situation concrète dans laquelle se trouvent les étrangers contre lesquels est instituée une procédure pénale. Leurs droits les plus précieux devant les tribunaux, peut-être même leur vie, sont en jeu. Dans ces conditions, manifestement, savoir qu'ils ont le droit de se mettre en rapport avec l'agent consulaire de leur pays améliore considérablement leurs chances de se défendre et la procédure, dans l'affaire qui les concerne, y compris les enquêtes de la police, sera plus vraisemblablement conduite conformément au droit dans le respect de la dignité de la personne humaine.»⁴
[Traduction du Greffe.]

La Cour a donc estimé que :

«le droit de chacun à être informé, qui est reconnu à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, fait ... que le droit à une bonne administration de la justice peut ... avoir des effets pratiques dans des cas concrets...»⁵

19. Dans ces conditions, Monsieur le président, l'évolution du droit relatif aux droits de l'homme renforce l'argumentation de l'Allemagne, qui est que l'article 36 a toujours été, et continue d'être, un droit de l'individu dont la composante «droits de l'homme» est importante parce que cette disposition garantit la régularité de la procédure.

2. Article 36, le droit à la vie et la peine de mort

20. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, j'ai déjà rappelé quelle importance revêt le droit à la vie dans la présente affaire. Ainsi que l'Allemagne l'a souligné d'emblée, la présente affaire ne concerne pas la légalité internationale *vel non* de la peine de mort en tant que telle. Toutefois, cela ne signifie pas que la peine de mort soit ici sans importance au regard des violations de l'article 36 de la convention de Vienne par les autorités des Etats-Unis. Au contraire, l'article 36 de la convention sur les relations consulaires représentant une garantie de procès équitable au sens du pacte international relatif aux droits civils et politiques, cela revient à dire que si elle est suivie d'une exécution, une violation de l'article 36 sera aussi une violation du droit à la vie consacré par l'article 6 du pacte. Dans cette perspective, le comité des droits de l'homme a observé dans l'affaire *Lynden Champagnie c. Jamaïca*, que «prononcer une peine de mort à l'issue d'un procès où les dispositions du pacte n'ont pas été respectées constitue, si aucun autre recours contre ladite peine n'est possible, une violation de l'article 6 du pacte»⁶.

⁴ Avis consultatif OC-16/1999, par. 121.

⁵ *Ibid.*, par. 124.

⁶ *Lynden Champagnie et al v. Jamaica*, communication No 445/1991, *International Human Rights Reports* (1995), vol. 2, p. 106, par. 7.4.

21. Dans les affaires où l'accusé est passible de la peine de mort, l'article 6 demande que les garanties procédurales comme celles que constitue l'article 36 de la convention de Vienne soient respectées plus scrupuleusement encore que dans d'autres situations. La peine de mort est un type de châtement très particulier. Comme la Cour suprême des Etats-Unis l'a indiqué :

«[L]a mort est une catégorie de peine différente de toutes celles qui peuvent être infligées dans ce pays. Du point de vue de l'accusé, elle diffère tant par sa sévérité que par son aspect définitif... Du point de vue de la société, l'acte du souverain qui prend la vie de l'un de ses citoyens diffère aussi radicalement de tout autre acte légitime de l'Etat.»⁷ [Traduction du Greffe.]

La Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme et les organes internationaux chargés de vérifier si les droits de l'homme sont respectés, partagent tous cette opinion. Il n'y a pas seulement une différence d'ampleur de la sanction, mais aussi une différence de nature : alors qu'une certaine forme de *restitutio in integrum* est possible dans toutes les affaires pénales n'entraînant pas d'exécution, «la mort est autre» parce qu'elle est irréversible. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, comme vous n'avez pas manqué de le remarquer dans votre ordonnance du 3 mars 1999, l'exécution de Walter LaGrand a bien porté «un préjudice irréparable aux droits revendiqués par l'Allemagne au cas particulier»⁸.

22. Ainsi, une violation de l'article 36 dans le contexte d'un accident de la circulation ou de questions de visa — si regrettable qu'elle puisse être — est différente d'une violation de l'article 36 dans une action conduisant à l'exécution d'un accusé. Selon la Cour interaméricaine des droits de l'homme,

«Il est évident que l'obligation de respecter le droit à l'information devient ici absolument impérieuse, étant donné le caractère exceptionnellement grave et irréparable de la peine encourue par un condamné à mort. Si le respect de la légalité, avec tous les droits et les garanties y afférents, s'impose quelles que soient les circonstances, il devient en l'occurrence d'autant plus important que le droit suprême que toutes les conventions et les déclarations relatives aux droits de l'homme reconnaissent et protègent est en jeu : la vie humaine.»⁹ [Traduction du Greffe.]

Se conformer à l'article 36 dans les affaires où l'accusé est passible de la peine capitale est une question de vie et de mort. En conséquence, prononcer la peine de mort exige un respect aussi

⁷ *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, p. 357-58 (1997) (références omises) (opinion de plusieurs); *Ohio Adult Parole Authority v. Woodward*, 118 S. Ct. 1244, 1256 (1998) (opinion dissidente de Stevens).

⁸ *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 9, par. 24.

⁹ Avis consultatif OC-16/1999, par. 135.

strict que possible de toutes les garanties procédurales, y compris de l'article 36. Ainsi que la Cour interaméricaine l'a indiqué :

«L'inobservation du droit à l'information d'un détenu de nationalité étrangère, reconnu par l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, est une atteinte aux garanties de procédure régulière ; en pareilles circonstances, infliger la peine de mort est une violation du droit à ne pas être «arbitrairement» privé de sa vie, suivant les dispositions pertinentes des traités relatifs aux droits de l'homme, avec les conséquences juridiques qui s'attachent à une violation de cette nature, à savoir celles ayant trait à la responsabilité internationale de l'Etat et au devoir de réparation.»¹⁰ [*Traduction du Greffe.*]

3. Conséquences

23. Monsieur le président, l'Allemagne soutient donc que l'impact de la composante «droit individuel» et de la composante «droit de l'homme» des droits prévus à l'article 36 de la convention de Vienne est triple : premièrement, puisque la violation de l'article 36 par les Etats-Unis ne porte pas seulement atteinte aux droits de l'Allemagne en tant qu'Etat partie à la convention mais constitue également une violation des droits individuels des frères LaGrand, l'Allemagne est fondée à formuler une réclamation au titre de la protection diplomatique de ses ressortissants. Deuxièmement, le caractère de droit de l'homme que revêt le droit prévu à l'article 36 rend l'effectivité de cette disposition plus impérieuse encore. Par là même et troisièmement, l'application effective de l'article 36 devant les tribunaux nationaux suppose que les Etats-Unis reconnaissent le droit des étrangers à former des recours contre les violations de la convention de Vienne et que leur législation n'oppose pas d'obstacle procédural à l'accusé ou ne la sanctionne pas pour ne pas avoir fait valoir un tel droit avant le moment où les Etats-Unis ont procédé à la notification voulue.

IV. Conclusion

24. En conclusion, Monsieur le président, laissez-moi résumer les réclamations de l'Allemagne concernant les violations par les Etats-Unis de la convention de Vienne sur les relations consulaires :

¹⁰ *Ibid.*, par. 131.

- en n’informant pas sans retard Karl et Walter LaGrand du droit qu’ils avaient d’aviser leur poste consulaire, les Etats-Unis ont violé l’alinéa *b)* du paragraphe 1 de l’article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires;
- en violant ainsi les dispositions de l’alinéa *b)* du paragraphe 1 de l’article 36, les Etats-Unis ont également violé les alinéas *a)* et *c)* du paragraphe 1 de l’article 36 car ils ont rendu impossible l’exercice de la communication consulaire entre l’Allemagne et ses ressortissants;
- en appliquant leurs règles de droit interne, tout particulièrement celle de la carence procédurale et celles de la loi sur l’anti-terrorisme et l’application effective de la peine de mort qui interdisaient aux frères LaGrand de soulever la question de la violation de leurs droits, les Etats-Unis ont aussi violé le paragraphe 2 de l’article 36 de la convention de Vienne;
- en se fondant sur ces violations des droits individuels de ses nationaux, l’Allemagne saisit la Cour, non seulement en son nom propre, mais aussi au titre de son droit à assurer la protection diplomatique de ses ressortissants.

25. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, me voici parvenu au terme de l’exposé de l’Allemagne sur ce point. Je vous remercie vivement de votre courtoisie et de l’attention que vous avez bien voulu me porter et je demanderai maintenant à M. Donovan de présenter notre argumentation sur le lien de causalité et l’effet préjudiciable.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur le professeur, et je donne maintenant la parole à M. Donovan.

M. DONOVAN :

VII. EFFETS PREJUDICABLES ET LIEN DE CAUSALITE

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, certes c’est un privilège que de prendre la parole devant la Cour, toutefois je regrette les circonstances qui amènent les Etats-Unis et l’Allemagne ici. Comme l’a déclaré M. Westdickenberg ce matin, la conduite pour laquelle les LaGrand ont été condamnés ne peut être que profondément, très profondément déplorée et les souffrances qu’elle a causées doivent être profondément, très profondément regrettées. Ni le crime ni le châtement ne sont jamais plaisants et les circonstances qui entourent la présente affaire ne

sauraient nous distraire des importantes questions de droit international qu'ont soulevées la condamnation des frères LaGrand et la peine prononcée contre eux. Je vais répondre à l'argument des Etats-Unis suivant lequel l'Allemagne n'est pas parvenue à démontrer que les violations de la convention de Vienne dont ils se sont reconnus coupables dans les affaires de Karl et de Walter LaGrand aient eu quelque conséquence que ce soit. En particulier, les Etats-Unis prétendent que les affirmations de l'Allemagne sur le rôle qu'aurait tenu l'assistance consulaire sont, suivant leurs termes mêmes, «conjecturales et injustifiées» — qu'elles ne sont, d'après eux encore, que «des suppositions qu'avance l'Allemagne au sujet de ce qui aurait pu se passer si les frères LaGrand avaient été informés comme il se doit» de leur droit de faire avertir leur consulat¹¹. Bref, selon les Etats-Unis, les violations n'ont rien changé à l'affaire.

2. Pour prouver le contraire, je vais procéder en trois étapes. D'abord, je présenterai les circonstances ayant valeur probatoire dans lesquelles l'Allemagne saisit la Cour de cette affaire et lui soumettra des propositions sur la manière dont elle devrait en tenir compte si elle prend toute décision concrète qui pourrait s'imposer.

3. En deuxième lieu, j'examinerai les éléments de preuve présentés par l'Allemagne, qui démontrent de façon convaincante que — exactement comme les rédacteurs de la convention de Vienne, tout comme les Etats signataires de celle-ci, l'ont supposé — il y a tout lieu de penser que la notification consulaire aurait modifié la situation dans les affaires qui nous intéressent.

4. Enfin, j'ajouterai quelques mots sur le contexte particulier dans lequel ont été commises les violations en cause de la convention de Vienne — à savoir une affaire de crime passible de la peine capitale, où la vie de ressortissants de l'Etat d'envoi était en jeu.

5. Cela dit, je voudrais commencer par une remarque préliminaire. Les Etats-Unis prétendent au chapitre IV de leur réfutation des faits que s'ils s'étaient conformés à leurs obligations de notification consulaire, cela n'aurait rien changé au sort des frères LaGrand. Mais les Etats-Unis ne tirent de là aucune conséquence juridique. Il s'ensuit que, les parties ayant défini les questions dont elles saisissaient la Cour, les Etats-Unis n'invoquent nullement l'absence éventuelle de lien de causalité ni l'absence éventuelle d'effets préjudiciables pour réfuter l'une

¹¹ Contre-mémoire, par. 24-25.

quelconque des quatre conclusions de l'Allemagne. Par voie de conséquence, à l'inverse, la Cour n'a pas à se prononcer concrètement sur aucune de ces questions. Nonobstant cette remarque préliminaire, l'Allemagne tient à répondre à l'argument des Etats-Unis suivant lequel les violations n'ont pas eu de conséquences, parce que celles qu'elles ont eues en l'espèce aident à comprendre la teneur et l'importance de ces droits à la notification consulaire auxquels nous nous intéressons présentement.

6. Je passe maintenant à la production des éléments de preuve. Si la Cour juge nécessaire d'établir tel ou tel fait litigieux, l'Allemagne la prie de bien vouloir le faire en tenant compte de deux obstacles concrets à la production de preuves auxquels a été confrontée l'Allemagne du fait de mesures prises par les Etats-Unis.

7. Tout d'abord, au risque d'énoncer des évidences, s'il y a dans la présente affaire une quelconque question de lien causal, elle se pose parce que les Etats-Unis n'ont pas respecté leurs obligations de notification consulaire en application de la convention de Vienne. Lorsque les Etats-Unis essaient de dénigrer la démonstration factuelle de l'Allemagne en la qualifiant «de spéculation» et de «conjecture», ils feignent d'ignorer l'évidente réalité qui est que l'Allemagne doit faire valoir sa position sur ce qui «serait arrivé» au lieu de ce qui «est arrivé» précisément parce que, en raison du manquement des Etats-Unis, l'Allemagne n'a pu avoir accès à une trace historique d'un événement concret. En d'autres termes, c'est le comportement même des Etats-Unis qui oblige l'Allemagne à argumenter sur ce qui aurait été, ou aurait dû être, au lieu de ce qui fut. Sur ce plan, de surcroît, la longue période écoulée depuis les événements pertinents — du fait encore du manquement des Etats-Unis — épaissit les obstacles auxquels se heurte l'Allemagne pour obtenir des preuves de ce qu'elle avance.

8. Que ce point soit traité comme une règle de la preuve ou un principe général d'*estoppel*, on ne saurait laisser les Etats-Unis tirer quelque avantage que ce soit d'une violation qu'ils ont commise. Il s'ensuit qu'au minimum, la démonstration par l'Allemagne des conséquences de la violation des Etats-Unis doit être évaluée à la lumière des difficultés intrinsèques que rencontre une partie pour recomposer une série d'événements supposés, en particulier après qu'il s'est écoulé un temps aussi long. Cela étant, s'il faut démontrer l'existence d'un quelconque lien de causalité, il conviendrait ici, en raison des circonstances, que la Cour, présume en premier lieu que ce lien

existe, et en second lieu, demande aux Etats-Unis d'aller au-delà de la présomption en apportant la preuve que leur manquement n'a pas pu avoir d'incidence sur la condamnation ni la peine.

9. Deuxièmement, et de façon plus radicale encore, les Etats-Unis ont en l'occurrence, et toujours par les mesures qu'ils ont prises eux-mêmes, privé l'Allemagne de sa meilleure source de preuves sur les points concernant ce que les LaGrand auraient fait s'ils avaient été avisés de leur droit de prévenir leur poste consulaire — et cette source, bien entendu, aurait été Karl et Walter LaGrand eux-mêmes. Certes, Karl LaGrand a été exécuté avant que la Cour ne rende son ordonnance en indication de mesures conservatoires, mais il n'en demeure pas moins que l'Allemagne n'a pas accès à son témoignage parce qu'il avait été exécuté. En conséquence, aux fins de la présente action, entre l'Allemagne et les Etats-Unis, ce devrait être aux Etats-Unis de pâtir de son absence, et l'Allemagne devrait bénéficier d'une décision la protégeant des préjudices en matière de production de preuves qu'elle pourrait subir du fait de cette absence.

10. Il va sans dire que le droit de l'Allemagne à une décision conservatoire dans l'affaire de Walter LaGrand est encore renforcé par le fait que, comme le sait la Cour, il a été exécuté au mépris ouvert de l'ordonnance par laquelle celle-ci indiquait des mesures conservatoires.

11. Tant en vertu de son propre Règlement qu'au titre de sa compétence intrinsèque, la Cour a incontestablement le pouvoir de définir les moyens par lesquels elle établira les faits controversés¹². Ce pouvoir s'étend à celui de formuler des conclusions sans appel lorsqu'une partie la prive de preuves pertinentes en refusant de les fournir ou, comme c'est le cas ici, en empêchant la partie adverse de le faire¹³.

12. La Cour doit appliquer ce principe en l'espèce. Soit à titre de sanction pour avoir enfreint les dispositions de l'ordonnance indiquant des mesures conservatoires, soit au titre de sa compétence intrinsèque, la Cour doit protéger l'Allemagne des effets préjudiciables du défaut de

¹² Par exemple, Statut de la Cour internationale de Justice, art. 48 et 49, Règlement de la Cour, art. 62, affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 253, par. 23; Sir Gerald Fitzmaurice, *"The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure"*, 1958 *Brit. Y. B. Int'l L.* 117 & n.1; voir aussi demande conditionnelle de la République du Paraguay tendant à ce que soit rendue une ordonnance établissant certains faits de manière incontestable (9 octobre 1998), affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, par. 5.49-5.50.

¹³ Sir Gerald Fitzmaurice, voir ci-dessus n° 2, p. 51; Gilbert Guillaume, «Preuves et mesures d'instruction», dans *La juridiction internationale permanente*: colloque de Lyon (1987), p. 196. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993*, opinion séparée de M. Shahabuddeen, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 368 (1993) (citation de E. Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies* 161 (1932)).

preuve imputable à l'exécution des LaGrand en considérant toute question controversée pour lesquelles leur témoignage aurait été utile comme tranchée en faveur de l'Allemagne.

13. Il se trouve cependant que, en matière de preuves, l'Allemagne n'a pas besoin d'une telle décision. Je passe donc à mon second point. En l'état présent, il est tout à fait évident que le tort considérable causé tant à l'Allemagne qu'à ses ressortissants l'a été par le non-respect de la notification consulaire dans les affaires de Karl et de Walter LaGrand.

14. L'exemple le plus marquant porte sur la complète inefficacité des arguments concernant les circonstances atténuantes présentées au nom des LaGrand. Ainsi que l'Allemagne l'a expliqué dans son mémoire, une bonne argumentation de la défense sur les circonstances atténuantes est une partie essentielle d'un système de défense contre la peine de mort¹⁴. Comme l'indique la spécialiste en atténuation de peine dont la déclaration figure dans les annexes au mémoire de l'Allemagne, la seule façon d'exploiter dans une affaire les circonstances atténuantes consiste à d'abord rassembler un dossier très complet et fouillé sur les antécédents sociaux de l'accusé auprès de sources fiables et indépendantes¹⁵. La spécialiste déclare en outre, s'agissant plus particulièrement de Walter LaGrand : «il apparaît qu'aucun dossier de ce genre n'a jamais été préparé et qu'aucune enquête sérieuse n'a été menée», nonobstant «des indicateurs évidents de circonstances atténuantes importantes», notamment une «enfance placée sous le signe de la violence et du chaos», un «isolement culturel et racial», et des «négligences attestées dès le plus jeune âge, à un tel point que les enfants LaGrand durent être hospitalisés pour malnutrition à diverses reprises, et que des poursuites pénales ont été intentées contre la personne qui s'occupait d'eux»¹⁶. Cette appréciation de l'expert en ce qui concerne l'affaire de Walter fait écho à l'«affidavit» (déclaration sous serment) de l'avocat de Karl, cité ce matin, qui indique qu'il n'y a eu aucune tentative de ce type non plus pour fonder des circonstances atténuantes en ce qui concerne Karl. Une comparaison entre la description de l'expert dans l'affidavit produit à la Cour de ce que doit être une argumentation professionnelle présentant des circonstances atténuantes et la retranscription de l'audience relative aux circonstances aggravantes et atténuantes dans

¹⁴ Mémoire, par. 4.61-4.67.

¹⁵ Déclaration de Holdman, par. 7-13, mémoire, annexe 49, p. 1104-1106.

¹⁶ Déclaration de Holdman, par. 13, mémoire, annexe 49, p. 1106-1107; voir aussi affidavit de Henry, par. 2-6, mémoire, annexe 52, p. 1215-1216; affidavit de Hirsh, par. 9-13, mémoire, annexe 50, p. 1113-1115.

l'affaire *LaGrand* — qui est aussi à la disposition de la Cour — illustre très clairement les lacunes de la défense dans la phase de détermination de leur peine¹⁷.

15. Ce qui se serait passé si les fonctionnaires consulaires allemands avaient pu prêter leur assistance est parfaitement démontré par ce qui s'est produit après qu'ils aient été consultés. L'Allemagne n'a pas eu l'occasion d'étudier le document qui a été présenté à la Cour aujourd'hui concernant une affaire différente, mais quels qu'aient été les faits de cette autre affaire, ils ne sauraient être aussi convaincants que les événements concrets peuvent l'être dans l'affaire des *LaGrand*. Dans leur cas, les fonctionnaires consulaires allemands ont commencé par fournir l'assistance financière et logistique qui a permis de trouver et de rassembler les preuves d'abandon et de maltraitance très graves subis par les *LaGrand* pendant leur prime enfance et leur enfance en Allemagne¹⁸. L'assistance consulaire prêtée par l'Allemagne après 1992 a également facilité l'accès à des archives d'Etat qui ont aidé à localiser d'autres témoins, notamment le père biologique de Walter *LaGrand* qui a fourni des renseignements importants sur la conduite de la mère de Karl et de Walter pendant leur prime jeunesse¹⁹. Il est légitime de conclure, au demeurant, que les fonctionnaires consulaires allemands auraient été plus utiles encore si l'on avait pris contact avec eux quand Karl et Walter ont été arrêtés en 1982, car tant les témoins que les documents auraient été beaucoup plus faciles à trouver dix ans auparavant.

16. Contrairement à ce que disent les Etats-Unis, les informations données dans le rapport pré-sentenciel mis à la disposition du juge de première instance ne rendent nullement compte du profond abandon moral que les *LaGrand* ont connu dans leur enfance²⁰, et en aucun cas une mention dans un tel rapport ne saurait remplacer un bon exposé de fond présenté à une phase de détermination de la peine et étayé par des témoignages appropriés d'experts. Les preuves de circonstances atténuantes tenant à l'enfance extrêmement perturbée et au cadre familial des *LaGrand* en Allemagne et aux Etats-Unis auraient revêtu une grande importance dans la

¹⁷ Mémoire, annexe 5, p. 309-423.

¹⁸ Troisième requête pour recours post-condamnation (de mars 1999), mémoire, annexe 51, p. 1119-1127; affidavit de Henry, par. 3-4, mémoire, annexe 52, p. 1215.

¹⁹ Affidavit de Henry, par. 4, mémoire, annexe 52, p. 1115; affidavit de Molina Lopez, mémoire, annexe 54, p. 1223-1226.

²⁰ Comparer le contre-mémoire, par. 37-44 avec le contre-mémoire, pièce 6; voir aussi mémoire, annexe 5, p. 309-422.

détermination de la peine. La cour suprême de l'Arizona, par exemple, s'est récemment fondée sur la preuve que l'accusé avait subi de graves violences dans son enfance et était assez jeune à l'époque du crime pour justifier sa décision d'annuler un verdict de peine de mort, bien qu'elle ait aussi relevé dans cette affaire les preuves de facteurs aggravants que constituait concrètement le fait que le crime avait été commis pour de l'argent et de façon particulièrement cruelle²¹. Dans l'affaire des LaGrand, toutefois, du fait de la violation par les Etats-Unis du paragraphe 1 de l'article 36, le tribunal de première instance n'a pas pu prendre connaissance de preuves essentielles de circonstances atténuantes pendant la phase de détermination de la peine; en raison de la violation par les Etats-Unis du paragraphe 2 de l'article 36, aucun tribunal n'a été autorisé une fois l'affaire mise en état à étudier celles-ci.

17. Je passe maintenant à mon troisième et dernier point. L'Allemagne se permet de dire respectueusement que la Cour devrait hésiter longuement et beaucoup mûrir sa réflexion avant de rejoindre les Etats-Unis et de n'accorder qu'une importance minimale aux droits de notification consulaire, alors qu'au contraire les Etats parties eux-mêmes attachaient de façon si évidente beaucoup d'importance à ces droits.

18. Cette prudence doit être particulièrement forte dans la présente affaire parce que, bien sûr, elle met en jeu la peine de mort, situation où l'intérêt qu'a l'Etat d'envoi à protéger ses ressortissants atteint son paroxysme. Certes, cette affaire ne porte nullement sur la légalité de la peine de mort au regard du droit international, mais la Cour doit reconnaître, comme l'a fait la Cour interaméricaine des droits de l'homme, que dans une affaire où les accusés sont passibles de la peine capitale, les garanties procédurales doivent être respectées de la façon la plus stricte et la plus rigoureuse. Au nom du même principe, l'idée, comme celle que présentent ici les Etats-Unis, qu'une violation de la convention de Vienne reconnue comme telle n'a eu aucune conséquence dans une affaire qui s'est terminée par une condamnation à la peine de mort doit être examinée selon des critères tout aussi stricts et rigoureux.

²¹ *State v. Trostle*, 191 Ariz. 4, 19-21, 951 P.2d 869, 884-86 (Ariz. 1997); voir aussi *State v. McMurtrey*, 136 Ariz. 93, 101-02, 664 P.2d 637, 645-46 (Ariz. 1983).

19. L'importance potentielle de la notification consulaire dans une affaire où la peine capitale est en jeu ne peut être pleinement appréciée qu'examinée dans le contexte des difficultés abondamment reconnues de l'administration de la peine de mort aux Etats-Unis.

20. En 1972, la Cour suprême des Etats-Unis a effectivement suspendu la peine capitale aux Etats-Unis lorsqu'elle a déclaré que la législation en vigueur permettait d'infliger de façon arbitraire et aléatoire la peine de mort²². L'un des juges qui s'était rallié à cette position a expliqué son vote en indiquant qu'arrivé à sa conclusion, il ne pouvait donner qu'une conclusion — ce sont les termes mêmes du juge White — fondée sur dix ans d'une confrontation presque quotidienne avec les faits et les circonstances propres à des centaines et des centaines d'affaires pénales à l'échelon fédéral et à celui des Etats, impliquant des crimes pour lesquels la mort est la peine prévue. Et cette conclusion était pour lui la suivante : «La peine de mort est très rarement requise même pour les crimes les plus atroces», et «on ne saurait se fonder sur aucun élément significatif pour distinguer les quelques cas dans lesquels [la peine de mort] est infligée de ceux, fort nombreux, dans lesquels elle ne l'est pas»; un autre juge également favorable à cette position s'est dit préoccupé de ce qu'un des critères possibles de distinction puisse être le «critère de la race inadmissible [constitutionnellement]»²³.

21. Quatre ans plus tard, la Cour suprême a effectivement levé cette suspension de la peine capitale en approuvant une loi prévoyant la peine de mort qui, selon la Cour, palliait les aspects inconstitutionnels des lois de la génération antérieure en donnant aux juges et aux jurys une «liberté d'appréciation encadrée» sous la forme d'une procédure séparée de détermination de la peine²⁴. Vers la même époque, la Cour suprême a également posé un impératif de détermination individualisée de la peine en déclarant inconstitutionnelles les lois qui imposaient la peine de mort pour des crimes déterminés ou restreignaient la latitude qu'avait le juge de tenir compte de circonstances atténuantes²⁵. Ces exemples et d'autres affaires connexes procédaient de l'action menée pour que la peine de mort ne soit infligée que de manière équitable, cohérente et impartiale.

²² *Furman v. Georgia*, 408 US 238 (1972).

²³ *Furman*, 408 US p. 313 (opinion convergente de M. White), p. 310 (opinion convergente de M. Stewart).

²⁴ *Gregg v. Georgia*, 428 US 153 (1976).

²⁵ *Woodson v. North Carolina*, 428 US 280 (1976); *Lockett v. Ohio*, 438 US 586 (1978).

22. Un quart de siècle plus tard, il est clair que la tentative a échoué. Ainsi, l'American Bar Association, qui compte plusieurs centaines de milliers de membres, qui est de loin l'association professionnelle de juristes la plus importante et la plus influente des Etats-Unis, et qui n'est pas opposée systématiquement à la peine de mort en soi, a demandé en 1997 un moratoire sur les exécutions dans les juridictions qui continuent d'appliquer la peine capitale jusqu'au moment où il serait possible d'adopter une série de réformes fondamentales. Dans le rapport qui accompagnait la résolution, l'administration de la peine de mort aux Etats-Unis était qualifiée de «dédale aléatoire de pratiques inéquitables sans cohérence interne»²⁶.

23. On a beaucoup écrit sur l'application de la peine de mort aux Etats-Unis, et l'Allemagne n'a pas l'intention de donner un aperçu de cette littérature. Aux fins que nous poursuivons, il suffit de souligner trois défauts fondamentaux que les spécialistes et autres observateurs, notamment l'American Bar Association, ont relevés. Chacun d'entre eux — la médiocrité généralisée des conseils dans les affaires où la peine capitale est en jeu, les restrictions étroites apportées au réexamen des peines de mort après la condamnation, et la persistance de la discrimination raciale dans la détermination de la peine capitale — éveille une résonance dans l'affaire des LaGrand. Je répète que ce n'est, bien entendu, pas de la question de la peine de mort que la Cour est saisie, mais je rends compte des difficultés, car les droits en jeu ici ne peuvent être effectivement évalués que dans le contexte concret dans lequel ils auraient pu être exercés.

24. La première difficulté, du moins selon l'interprétation de la Cour suprême des Etats-Unis, tient à ce que la garantie constitutionnelle de l'assistance d'un conseil ne garantit pas en fait que le conseil sera à la hauteur de la tâche qui consiste à défendre un accusé passible de la peine capitale; comme le dit sans ambages un juge d'une juridiction de recours fédérale, «cela ne signifie pas que l'accusé, même passible de la peine capitale, doive être représenté par un conseil capable ou efficace»²⁷. Cette observation fait écho aux commentaires de la juridiction de recours de l'Arizona cités ce matin. Une étude parue en 1994 dans le *Yale Law Journal* concluait qu'«une représentation juridique médiocre ... est la norme dans les juridictions qui comptent le plus de

²⁶ *American Bar Association, Death Penalty Moratorium Resolution and Report*, p. 1 (adopté le 3 février 1997) [ci-après rapport de l'American Bar Association 1997].

²⁷ *Rites v. McCotter*, 799 F.2d 947, 955 (5th Cir. 1986) (le juge J. Rubin faisait partie de la majorité).

condamnations à la peine de mort»²⁸. Il n'y a rien d'étonnant à ce que les spécialistes, eux aussi, souscrivent largement à l'idée que les accusés indigents risquent beaucoup plus d'être représentés par des avocats insuffisamment qualifiés et risquent de ce fait plus facilement la peine de mort²⁹. Ils attribuent ce problème à l'insuffisance des rémunérations des avocats dans les affaires de peine de mort, à la relative inexpérience d'un bon nombre d'entre eux et au volume de travail toujours croissant des avocats rémunérés à l'aide de fonds publics qui représentent des accusés indigents passibles de la peine capitale³⁰. Pourtant le rapport de 1997 de l'American Bar Association indiquait que :

«les juridictions qui infligent la peine de mort se sont montrées peu disposées à établir le type de services juridiques nécessaires pour permettre aux accusés inculpés de délits passibles de la peine de mort d'être défendus comme ils le devraient»³¹.

25. La deuxième difficulté, à savoir que la médiocrité fréquente des conseils de la défense dans les affaires de peine capitale est encore plus préoccupante lorsqu'elle est associée aux restrictions couramment imposées au réexamen après condamnation, ce qui rend difficile ou impossible toute tentative pour remédier à une mauvaise prestation lors du procès. Le regretté Thurgood Marshall qualifiait cette association d'«engrenage pernicieux», et c'est bien de cela qu'il s'agit³². Reconnaisant l'existence du même problème, l'American Bar Association demandait notamment dans son rapport de 1997 des modifications à la législation fédérale en matière d'*habeas corpus*, permettant aux juridictions fédérales d'«examiner les demandes qui n'ont pas été formées correctement dans une juridiction étatique si le manquement du détenu a pour cause l'ignorance ou la négligence de son conseil»³³ — une réforme qui aurait permis aux juridictions

²⁸ Stephen J. Bright, conseil pour les personnes démunies : *"The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer"*, 103 *Yale L.J.* 1835, 1840 (1994); voir aussi American Bar Association, *"Toward a More Just and Effective System of Review in State Death Penalty Cases"*, *Am. U. L. Rev.* 1, vol. 40, p. 76-92 (1990).

²⁹ Mémoire, par. 4.70, note 264 (citant les publications des théoriciens américains).

³⁰ Voir Bright, note 19 ci-dessus, *Yale L. J.*, vol. 103, p. 1840 (qui décrit les ressources plus importantes consacrées aux poursuites et la lourde charge de travail des avocats de la défense dans les affaires où la peine de mort est en jeu); Douglas W. Vick, *"Poorhouse Justice : Underfunded Indigent Defense Services and Arbitrary Death Sentence"*, *Buff L. Rev.*, vol. 43, p. 329 (1995) (qui examine l'insuffisance des ressources publiques pour les représentants de la défense dans les affaires où la peine capitale est en jeu).

³¹ Rapport de l'American Bar Association de 1997, p. 6.

³² Thurgood Marshall, *"Remarks at the Second Circuit Judicial Conference"*, 86 *Column L. Rev.* 1, 2 (1986).

³³ Rapport de l'American Bar Association de 1997, p. 2.

fédérales d'entendre les revendications au fond des LaGrand concernant la convention de Vienne, et qui va dans le sens, selon l'Allemagne, des prescriptions du paragraphe 2 de l'article 36.

26. Le problème ne porte pas sur des détails techniques. Une étude récente du taux d'erreurs dans les affaires où l'accusé est passible de la peine de mort réalisée par M. James Liebman, de la faculté de droit de l'Université Columbia, a montré que soixante-huit pour cent des condamnations à la peine capitale prononcées au cours de la période 1973-1995 se sont révélées entachées d'erreurs préjudicielles entraînant l'annulation par une juridiction supérieure³⁴. Quarante-deux pour cent de ces cas d'erreur ont débouché sur le prononcé d'une peine moins lourde que la mort pour l'accusé, tandis que sept pour cent se sont soldés par un acquittement³⁵. Mais comme le montre la promulgation de la loi de 1996 sur l'antiterrorisme et l'application effective de la peine de mort, la tendance s'oriente très nettement vers un surcroît de restrictions et ne favorise guère le réexamen.

27. Enfin, il existe des preuves convaincantes de ce que les condamnations à mort continuent, aux Etats-Unis, à être entachées de discrimination raciale. Des études ont montré que la probabilité qu'un individu convaincu d'un crime pour lequel il encourt la peine capitale soit condamné à mort est beaucoup plus élevée lorsqu'il appartient à une minorité raciale que lorsqu'il s'agit d'un Blanc³⁶. Il ressort d'une étude du département de la justice datant d'à peine deux mois que 65 % des personnes condamnées à mort par les tribunaux fédéraux au cours des douze dernières années étaient membres de minorités³⁷. Des études ont également fait apparaître que les membres de minorités raciales convaincus de crimes contre des Blancs courent un risque beaucoup plus élevé d'être condamnés à mort que les membres de minorités raciales ayant commis des crimes contre des membres d'autres minorités³⁸. Malgré certains efforts de réforme, des études

³⁴ James S. Liebman, "A Broken System : Error Rates in Capital Cases, 1973-1995" (Columbia University School of Law, 12 juin 2000) (disponible à <http://justice.policy.net/studies> (visité le 8 novembre 2000)).

³⁵ *Ibid.*

³⁶ David C. Baldus, George G. Woodworth & Charles A. Pulaski, Jr., *Equal Justice and the Death Penalty : A Legal and Empirical Analysis* (1990); *United States General Accounting Office, Death Penalty Sentencing : Research Indicates Pattern of Racial Disparities* (Rapport aux commissions judiciaires du Sénat et de la chambre des représentants) février 1990 [GAO/GGD-90-57].

³⁷ *Survey of the Federal Death Penalty System (1988-2000)*, United States Department of Justice T306 (12 septembre 2000) (disponible à l'adresse <http://justice.policy.net/studies> (site visité le 8 novembre 2000)).

³⁸ Michael L. Radelet & Gleen L. Pierce, *Choosing Those Who Will Die : Race and the Death Penalty in Florida*, *Florida Law Review.*, vol. 43, p. 1, 22-28 (1991).

récentes concluent que l'administration du système de la peine capitale continue à présenter des caractéristiques de discrimination raciale³⁹. La Cour suprême des Etats-Unis a cependant jugé qu'un accusé ne pouvait pas invoquer la violation de ses droits constitutionnels en démontrant l'existence d'un parti pris dans l'application de la peine de mort au niveau systémique; il fallait qu'il apporte la preuve d'un parti pris effectif dans son propre cas, ce qui était pratiquement impossible⁴⁰.

28. Peut-être est-ce simplement qu'aucune organisation judiciaire n'a les moyens de mettre en place un système qui permette de choisir de façon équitable et impartiale ceux qui doivent mourir pour les crimes qu'ils ont commis. C'est en tout cas la conclusion à laquelle était arrivé le juge Harry A. Blackmun en 1994, peu avant de prendre sa retraite de la Cour suprême des Etats-Unis. Mentionnant le double impératif de cohérence, par l'exercice d'un pouvoir d'appréciation assujéti à certaines directives, et d'équité, par la personnalisation de la peine, il a déclaré :

«Vingt années se sont écoulées depuis que cette Cour a déclaré que la peine capitale devait être infligée de façon équitable et raisonnablement cohérente ou ne pas l'être du tout et, malgré l'effort fait par les Etats et les tribunaux pour mettre au point des formules juridiques et des règles de procédure leur permettant de relever ce redoutable défi, la peine de mort reste entachée d'arbitraire, de discrimination, de caprice et d'erreur... L'expérience nous a appris qu'il n'est pas possible d'atteindre l'objectif constitutionnel d'élimination de l'arbitraire et de la discrimination dans l'administration de la mort sans mettre en péril un élément tout aussi essentiel de l'équité fondamentale : la personnalisation de la peine.»⁴¹

Après avoir longuement passé en revue la jurisprudence de la Cour en matière de peine capitale et ses propres prises de position dans les affaires en cause, M. Blackmun a conclu :

«A partir de ce jour, je ne chercherai plus à bricoler la machine de mort. Pendant plus de vingt ans, j'ai fait des efforts — je me suis même battu — aux côtés d'une majorité des membres de cette Cour pour élaborer des règles de procédure et de fond qui puissent conférer à l'institution de la peine de mort plus qu'une simple apparence d'impartialité.»

Il a ajouté qu'au terme de ces efforts il se sentait :

³⁹ David C. Baldus, George G. Woodworth, David Zuckerman, Neil Alan Weiner, & Barbara Broffitt, "Racial Discrimination and the Death Penalty" in *the Post-Fornum Era : An Empirical and Legal Overview, with Recent Findings from Philadelphia*, *Cornell Law Review*, vol. 83, p. 1638 (1998).

⁴⁰ Voir *McCleskey v. Kemp*, 481 US 279, 314 (1987).

⁴¹ *Callin v. Collins*, 510 US 1141, 127 S. Ct. 1127 (1994) (Blackmun, opinion dissidente jointe à l'ordonnance de refus de *certiorari*) (références omises).

«moralement et intellectuellement obligé de reconnaître simplement que l'expérience de la peine de mort a échoué, qu'aucune combinaison de règles de procédure ou de fond ne pourra jamais remédier aux déficiences intrinsèques de la peine de mort au regard de la constitution. A la question fondamentale : le système détermine-t-il avec exactitude et cohérence quels accusés «méritent» de mourir ?, il ne peut être répondu par l'affirmative.»⁴²

29. Bien entendu, cette Cour n'a pas besoin, ni aucune raison, de se livrer au réexamen critique rigoureux entrepris par M. Blackmun. Mais les caractéristiques de l'administration de la peine de mort qui le troublaient tant n'en sont pas moins pertinentes en l'espèce : elles renforcent l'importance à attacher à l'assistance consulaire dans les affaires où l'accusé est passible de la peine capitale et illustrent les difficultés auxquelles cette assistance aurait pu contribuer à remédier.

30. Compte tenu des circonstances particulières de l'affaire *LaGrand*, et notamment des particularités de l'administration de la peine de mort aux Etats-Unis, la Cour devrait n'avoir aucun mal à conclure que l'Allemagne a établi autant que peuvent l'exiger la convention de Vienne ou d'autres principes du droit international applicables en la matière l'existence d'un lien de causalité et d'un effet préjudiciable.

The PRESIDENT: Thank you Mr. Donovan. I shall now give again the floor to Professor Simma.

Mr. SIMMA:

VIII. MESURES DEMANDEES PAR L'ALLEMAGNE

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, l'Allemagne a établi ce matin les différents points sur lesquels les Etats-Unis ont violé les dispositions de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, violations qui touchent non seulement à tous les éléments du paragraphe 1 de cet article mais aussi à son paragraphe 2.

Nous parlerons à présent de la responsabilité internationale des Etats-Unis à raison de ces violations. Bien évidemment, nous nous appuierons dans notre argumentation sur le droit général de la responsabilité des Etats. Si je souligne ce point c'est parce que, dans l'affaire *Breard*, le conseil des Etats-Unis a paru soutenir, au cours de la procédure orale, que la convention sur les relations consulaires relevait d'un régime distinct autonome qui la soustrayait à l'application du droit général coutumier de la responsabilité des Etats⁴³. Dans la présente affaire, heureusement, le

⁴² *Ibid.*, p. 1130.

⁴³ Affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, demande en indication de mesures conservatoires, plaidoirie du 7 avril 1998, compte rendu non corrigé, CR 98/7, par. 3.20 (M. Crook).

défendeur en la présente affaire semble avoir jugé bon, à la réflexion, de ne pas reprendre cette thèse dans son contre-mémoire.

I. Les orientations offertes par le projet de la Commission du droit international

3. S'agissant du droit de la responsabilité des Etats, vous n'êtes pas sans savoir que la Commission du droit international a atteint récemment un stade décisif dans l'élaboration de son projet d'articles sur le sujet. Elle en est actuellement à l'examen des articles en seconde et dernière lecture et le comité de rédaction de la Commission a présenté cet été à la plénière une série d'articles couvrant la totalité de la matière⁴⁴. Il y a quelques jours à peine, le projet d'articles a été examiné par la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies. La Commission du droit international a en outre demandé aux gouvernements de faire connaître leurs observations sur le projet par écrit d'ici le début de l'année prochaine. S'agissant de la présente affaire, le problème des conséquences juridiques des faits illicites imputables aux Etats-Unis et des mesures demandées par la République fédérale d'Allemagne rejoint les questions qui étaient au cœur même du débat de la Commission il y a quelques mois encore. Par conséquent, l'arrêt que rendra la Cour dans l'affaire qui nous occupe sera de la plus haute importance pour la suite des travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats.

4. J'ai bien entendu conscience que la tâche de la Commission du droit international se limite à la codification du droit de la responsabilité des Etats existant en tant que droit international coutumier ou principes généraux. Mais on est en droit de dire, me semble-t-il, s'agissant de la pertinence du projet d'articles de la Commission du droit international en l'espèce, qu'il peut avoir valeur de nouvel énoncé de la *lex lata* sur la responsabilité des Etats, énoncé d'une autorité considérable sur lequel nous pouvons nous appuyer dans notre débat sur le sujet. Cette Cour a déjà eu l'occasion de se référer au projet d'articles, sur cette base même, particulièrement dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*⁴⁵. S'inspirant ce précédent, la République fédérale d'Allemagne présentera ses moyens concernant la responsabilité des Etats-Unis et les mesures de réparation qu'elle demande en suivant les propositions de la Commission du droit international. J'ajouterai

⁴⁴ Commission du droit international, rapport sur les travaux de sa cinquante-deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, supplément n° 10*, document des Nations Unies A/55/10 (2000), p. 124 et suiv. de la version anglaise.

⁴⁵ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, par. 49 et suiv.

qu'aucune des critiques formulées à l'encontre du projet de la Commission du droit international lors du récent débat de la Sixième Commission n'avait trait aux dispositions que j'ai l'intention d'invoquer.

II. L'Allemagne, Etat lésé

5. Monsieur le président, le premier moyen que nous ferons valoir est que l'Allemagne est fondée à invoquer la responsabilité des Etats-Unis, en sa qualité d'*Etat lésé*. L'Allemagne a en effet subi un double préjudice : premièrement au niveau des relations directes entre Etats, du fait des violations de l'article 36 de la convention de Vienne analysées précédemment. A cet égard, nous nous trouvons en présence d'un cas limpide de violation des dispositions d'un traité, violation qui, je vous le rappelle, n'a été admise par les Etats-Unis que dans une mesure très limitée. L'Allemagne se considère comme lésée du fait non seulement de la violation du paragraphe 1 b) de l'article 36 mais aussi de la violation des paragraphes 1 a) et 1 c), et, ce qui n'est pas moins important, du paragraphe 2 du même article.

6. Deuxièmement, l'Allemagne considère qu'elle est également lésée de façon indirecte par l'atteinte des Etats-Unis aux droits individuels de Karl et Walter LaGrand. Nous avons fait valoir que l'article 36 de la convention consulaire établit non seulement des droits — avec les obligations corrélatives — entre les Etats parties, mais aussi — et je citerai à nouveau ici les plaidoiries prononcées par notre défendeur dans l'affaire des *Otages de Téhéran* il y a vingt ans — des droits au profit, «ce qui compte peut-être encore plus, des ressortissants de l'Etat d'envoi auxquels la convention garantit la liberté d'accès aux fonctionnaires et, par l'intermédiaire de ceux-ci, à d'autres personnes»⁴⁶. Nous ne pouvons que souscrire à ce point de vue. Ce que l'Allemagne exerce en l'espèce, c'est son droit de protection diplomatique, en «prenant fait et cause» — pour reprendre les termes de l'arrêt *Mavrommatis* — «pour [deux] des siens [et] en mettant en mouvement, en [leur] faveur, ... l'action judiciaire internationale»⁴⁷. Ce faisant, l'Allemagne ne porte atteinte ni à la dignité ni à l'intelligibilité de la présente instance, comme les Etats-Unis, dans leur contre-mémoire, nous accusent de le faire⁴⁸. A notre avis, cet exercice de la protection

⁴⁶ C.I.J. *Mémoires, plaidoiries et documents 1980*, p. 174 (version anglaise).

⁴⁷ *Concessions Mavrommatis en Palestine, compétence, arrêt n° 2, 1924, C.P.I.J. série A n° 2*, p. 12.

⁴⁸ Contre-mémoire, par. 74.

diplomatique constitue une application de ce que la Commission du droit international appelle des «règles secondaires» du droit international, et il ne peut faire aucun doute que c'est aussi une «application de la convention» au sens de l'article premier du protocole de signature facultative à la convention de Vienne, qui fonde la compétence de la Cour. Il n'y a rien d'exorbitant ni de présomptueux à soutenir qu'un certain aspect de l'«application de la convention» ayant trait aux droits reconnus à des ressortissants étrangers peut coïncider avec la protection diplomatique de ces ressortissants lorsqu'un Etat partie à la convention consulaire a violé leurs droits conventionnels. Puisque nous sommes dans le domaine de la protection diplomatique, il s'agit là d'un aspect de la demande de l'Allemagne auquel s'applique la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Permettez-moi de souligner à cet égard que Karl et Walter LaGrand ainsi que l'Allemagne n'ont épuisé les recours judiciaires disponibles aux Etats-Unis qu'à la fin de 1998⁴⁹.

7. Monsieur le président, mon collègue et ami le professeur Dupuy traitera en détail du non-respect de l'ordonnance rendue par cette Cour le 3 mars 1999, après notre plaidoirie sur les violations de la convention consulaire. J'indiquerai simplement pour être complet, que l'Allemagne se considère également comme lésée par le fait que les Etats-Unis ont passé outre à cette ordonnance. Le mépris dans lequel ils l'ont tenue constitue en soi une violation, mais aggrave aussi assurément les violations de l'article 36.

III. Le dommage subi

8. Je ne m'étendrai pas davantage sur le préjudice subi par l'Allemagne. Aux termes de l'article 31 sur la réparation proposé cet été par le comité de rédaction de la commission du droit international, «le préjudice comprend tout dommage, matériel ou moral, subi en conséquence du fait internationalement illicite d'un Etat». L'Allemagne a choisi de ne pas soulever la question du dommage matériel. Par conséquent, le dommage subi par l'Allemagne, qui en fait un Etat lésé fondé à invoquer la responsabilité, réside dans le dommage moral que lui a infligé le défendeur, d'abord en manquant aux obligations qui étaient les siennes en vertu de l'article 36 de la convention consulaire, et ensuite en exécutant Walter LaGrand au mépris de l'ordonnance de la

⁴⁹ *LaGrand v. Stewart*, Cour suprême des Etats-Unis, 7 décembre 1998, 119.S.Ct.422 (Mem), mémoire, annexe 11, p. 495.

Cour alors qu'il avait pleinement conscience des faits illicites antérieurs qui lui étaient imputables ainsi que des conséquences irréparables qu'aurait cette méconnaissance de l'ordonnance.

IV. Les mesures demandées par l'Allemagne

9. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, quelles sont les conséquences juridiques découlant de ces violations du droit international ? A mon sens, la réponse à cette question s'impose naturellement et spontanément, en quelque sorte, à tout observateur examinant la situation *sine ira et studio* et avec bon sens : les Etats-Unis doivent reconnaître ces violations et instituer des garanties nécessaires pour éviter leur répétition. Et c'est précisément cela que l'Allemagne demande à la Cour : qu'elle veuille bien rendre une décision confirmant, par un prononcé faisant autorité, la réalité de toutes les violations commises par les Etats-Unis et déclarant en des termes obligatoires que le défendeur doit offrir à l'Allemagne non seulement des excuses mais aussi une assurance satisfaisante que ses actes illicites ne se répéteront pas et qu'il assurera à l'avenir en droit et en pratique l'exercice effectif des droits prévus à l'article 36 de la convention de Vienne, en particulier dans les cas où l'accusé est passible de la peine de mort.

10. Comparons à présent cette réponse, dictée en quelque sorte par le bon sens, avec le système de conséquences juridiques et de mesures de réparation élaboré cette année par la Commission du droit international. Je dois peut-être mentionner qu'en ce qui concerne les assurances et garanties de non-répétition, les propositions faites par le comité de rédaction ont introduit un changement : alors que le projet adopté en première lecture traitait de ces garanties à l'article 40 en tant que forme particulière de réparation, elles sont désormais associées, dans l'article 30 du projet, à l'obligation qu'a l'Etat responsable de cesser ses violations. Le comité de rédaction a suivi en cela l'opinion du rapporteur spécial M. James Crawford, et d'autres auteurs, selon laquelle les assurances et garanties de non-répétition ont une fonction distincte et autonome : elles sont tournées vers l'avenir et ont pour objet la prévention plutôt que la réparation⁵⁰. Ainsi, le projet d'articles proposé par le comité de rédaction de la Commission du droit international énonce

⁵⁰ Commission du droit international, cinquante-deuxième session (deuxième partie), compte rendu analytique provisoire de la 2662^e séance, 17 août 2000, document des Nations Unies A/CN.4/SR.2662 (4 septembre 2000), p. 6 et 7. Voir aussi James Crawford, Troisième rapport sur la responsabilité des Etats, document des Nations Unies A/CN.4/507 (2000), par. 53 à 59.

en premier lieu l'obligation de l'auteur du fait illicite «d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées, si les circonstances l'exigent».

11. Nous suivrons cette distinction. Cependant, par commodité, je traiterai des mesures que j'ai mentionnées dans l'ordre inverse. C'est ainsi que je commencerai par parler de la réparation demandée par l'Allemagne, pour revenir ensuite, et me concentrer, sur l'obligation des Etats-Unis de fournir des garanties appropriées contre la répétition, cette mesure étant pour nous la plus importante dans les circonstances de l'espèce.

1. Réparation

12. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, j'en viens donc à la réparation que demande l'Allemagne. Comme la Cour permanente l'a déclaré dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* :

«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.»⁵¹

La Cour traitait ensuite de la restitution, puis de l'indemnisation. Le projet de la Commission du droit international suit le même ordre, puis cite une troisième forme de réparation, la satisfaction.

13. En ce qui concerne la restitution, vous vous souviendrez que, dans sa demande du 2 mars 1999 en indication de mesures conservatoires, l'Allemagne demandait le rétablissement de la situation qui existait avant les actes de détention, de poursuite, de déclaration de culpabilité et de condamnation de Walter LaGrand. L'Allemagne priait également la Cour d'indiquer que les Etats-Unis devaient, en attendant l'arrêt définitif, prendre toutes les mesures en leur pouvoir pour que Walter LaGrand ne soit pas exécuté. Suivant la demande de l'Allemagne, la Cour a indiqué à l'unanimité que les Etats-Unis devaient prendre toutes les mesures dont ils disposaient pour assurer ce résultat. Mais le défendeur, sans se laisser impressionner par l'ordonnance, a exécuté Walter LaGrand, rendant ainsi impossible le rétablissement du *statu quo ante*.

14. Pour ce qui est de l'indemnisation, l'Allemagne a décidé de ne pas présenter de demande à cet effet, le but de sa requête dans la présente affaire étant de faire en sorte que les

⁵¹ *Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 47* (le texte français faisant foi).

ressortissants allemands bénéficient à l'avenir d'une assistance consulaire appropriée et soient ainsi à l'abri des conséquences fatales entraînées par les violations de l'article 36 dans des circonstances comme celles qui ont conduit à la mort de Karl et Walter LaGrand. L'Allemagne renonce ainsi à son droit à une réparation matérielle. Cette décision relève entièrement d'elle. C'est à l'Etat lésé seul qu'il appartient de décider des mesures à demander. L'Allemagne, ayant fait ce choix, prie maintenant la Cour de se prononcer sur la satisfaction qui lui est due par les Etats-Unis.

2. Satisfaction

15. Il y a plusieurs raisons pour lesquelles l'Allemagne tient à obtenir satisfaction. Premièrement, comme l'a confirmé la Commission du droit international, la satisfaction est une mesure conçue spécialement pour les cas dans lesquels le préjudice ne peut être réparé par la restitution ou l'indemnisation⁵². Tel est le cas en l'espèce.

16. La deuxième raison pour laquelle l'Allemagne prie la Cour d'obliger les Etats-Unis à lui donner satisfaction tient à la gravité particulière du dommage moral qui lui a été infligé. Ainsi que nous l'avons exposé dans notre mémoire⁵³, le Gouvernement fédéral des Etats-Unis pas plus que l'Etat d'Arizona n'a fait le moindre cas des requêtes pressantes et répétées émanant des plus hautes autorités de l'Allemagne. Puis, le *Solicitor General* des Etats-Unis a plaidé devant la Cour suprême en faveur du non-respect pur et simple de l'ordonnance de la Cour internationale de Justice et contre toute immixtion fédérale dans le processus conduisant à la mort de Walter LaGrand. Ainsi il a été causé un dommage moral atteignant à la fois l'autorité de cette Cour et l'Allemagne. L'Allemagne n'a rien pu faire d'autre que de regarder les Etats-Unis bafouer ses droits.

17. Aux termes de l'article 38 du projet de la Commission du droit international, la satisfaction peut consister dans une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée. Or, que nous ont offert les Etats-Unis ? Le 18 février de cette année, le département d'Etat a envoyé à l'ambassade d'Allemagne à Washington une note dans laquelle il disait «regretter profondément» que ni Walter ni Karl LaGrand n'aient été

⁵² Cf. article 38 adopté à titre provisoire par le comité de rédaction en seconde lecture, *supra* note 44, p. 133 (de la version anglaise).

⁵³ Mémoire, par. 6.54.

informés qu'ils pouvaient demander une assistance consulaire. Au nom des Etats-Unis, le département d'Etat a offert au Gouvernement allemand ses «sincères excuses» pour l'inobservation par les autorités des Etats-Unis des obligations établies par l'article 36. Le département d'Etat a en outre informé le Gouvernement allemand qu'il avait procédé à une enquête approfondie sur l'affaire Walter et Karl LaGrand et menait une vaste action pour améliorer la conduite des autorités des Etats-Unis, au niveau fédéral comme au niveau des Etats, en matière de respect des obligations de notification consulaire⁵⁴.

18. Un coup d'œil au contre-mémoire des Etats-Unis montre cependant que les Etats-Unis considèrent n'avoir violé, dans l'article 36 de la convention de Vienne, que l'alinéa *b)* du paragraphe 1. Les affirmations de l'Allemagne selon lesquelles les Etats-Unis ont également violé les alinéas *a)* et *c)* du paragraphe 1 y sont rejetées comme étant de simples prétentions accessoires, que les Etats-Unis jugent déplacées⁵⁵. Et les Etats-Unis nient être responsables d'une quelconque violation du paragraphe 2. En outre, contrairement à ce que le défendeur soutenait lui-même il y a vingt ans dans l'affaire de *Téhéran*⁵⁶, les Etats-Unis nient à présent que l'article 36 donne naissance à des droits individuels. Et, apparemment, les Etats-Unis considèrent qu'ils n'ont rien fait de mal en passant purement et simplement outre à l'ordonnance de cette Cour. Par conséquent, ce que les Etats-Unis ont à offrir en fait de satisfaction, c'est-à-dire en fait de reconnaissance de ses violations et en fait d'excuses, est clairement insuffisant. L'Allemagne prie donc la Cour de spécifier dans un prononcé judiciaire chacun, je répète chacun, des faits internationalement illicites qu'ont commis les Etats-Unis dans la présente affaire.

19. Monsieur le président, nous considérons qu'un tel prononcé judiciaire d'illicéité est la forme de satisfaction la plus importante que nous puissions demander. Nous nous fondons à cet égard sur la jurisprudence constante des cours et tribunaux internationaux, à commencer par l'arrêt rendu par cette Cour dans l'affaire du *Détroit de Corfou*⁵⁷. Tous les auteurs contemporains, parmi

⁵⁴ Contre-mémoire, annexe 2.

⁵⁵ Contre-mémoire, par. 70.

⁵⁶ *C.I.J. Mémoires 1980*, p. 174 (version anglaise).

⁵⁷ *Détroit de Corfou, fond, C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.

lesquels, au premier chef, le rapporteur spécial James Crawford⁵⁸, sont d'accord sur ce point⁵⁹. Outre la réparation du dommage moral qui nous a été causé, et eu égard au point de vue extrêmement étroit défendu par les Etats-Unis quant à l'étendue des obligations découlant de l'article 36, et notamment du paragraphe 2 de cet article, ce que l'Allemagne attend de votre prononcé en la matière c'est la certitude juridique de ce qu'implique l'article 36 comme obligations.

20. Etant donné le mépris flagrant manifesté par les Etats-Unis tant pour les demandes formulées par les plus hautes autorités de la République fédérale d'Allemagne que pour l'ordonnance rendue par cette Cour, l'Allemagne prie la Cour de déclarer que les Etats-Unis sont aussi tenus d'une obligation de lui donner satisfaction par l'instauration de garanties appropriées de non-répétition, c'est-à-dire par des mesures allant bien au-delà des dispositions — insuffisantes — déjà prises par le défendeur. Par conséquent, Monsieur le président, l'Allemagne ne fonde pas seulement sa conclusion n° 4 sur la position juridique, qu'elle partage avec la commission du droit international, selon laquelle l'obligation d'offrir des assurances et garanties appropriées de non-répétition est une conséquence juridique autonome orientée vers l'avenir. L'Allemagne considère également ces garanties comme une «autre modalité appropriée» de satisfaction, pour reprendre l'expression de la Commission du droit international. L'Allemagne demande de telles garanties sur la base de deux fondements juridiques différents. Il est vrai sans doute que la satisfaction n'est pas une forme de réparation habituelle. Mais il est vrai aussi que certaines circonstances entourant des violations du droit international ou certaines conséquences de telles violations appellent une forme de satisfaction appropriée. Dans cette optique, vu la façon cavalière dont les Etats-Unis ont traité les demandes de l'Allemagne et de la présente Cour, un prononcé judiciaire qui ne se contente pas d'exiger de simples promesses mais fasse obligation à un Etat portant la responsabilité de violations systématiques d'offrir une garantie valable de non-répétition paraît hautement approprié. Dans le contexte d'affaires où a été infligée la peine capitale, une telle mesure n'est nullement hors de proportion avec le préjudice — point sur lequel je reviendrai plus

⁵⁸ J. Crawford, Troisième rapport sur la responsabilité des Etats, document des Nations Unies A/CN.4/507/Add.1 (2000), par. 182.

⁵⁹ Pour d'autres références, voir mémoire, par. 6.62, note 580.

tard — et n'est en rien humiliante pour les Etats-Unis —, pour citer deux limitations prévues par la commission du droit international dans son projet.

21. Monsieur le président, l'Allemagne considère qu'un jugement déclaratif sous la forme d'un prononcé de cette Cour constitue dans les circonstances la forme de satisfaction, et partant la modalité de réparation, la plus appropriée, notamment parce que les Etats-Unis n'ont reconnu spontanément qu'une seule des violations qu'ils ont commises. Deuxièmement, eu égard aux violations systématiquement répétées de l'article 36, l'Allemagne peut également prétendre à des garanties appropriées de non-répétition en tant que «procédé spécifique de réparation de l'atteinte à la dignité, à l'honneur [et] au prestige» de l'Allemagne, pour citer le deuxième rapport sur la responsabilité des Etats de M. Arangio-Ruiz (1989)⁶⁰. L'Allemagne ne saurait tolérer que des violations de ses droits conventionnels et des droits de ses ressortissants, aboutissant à faire subir à ces derniers, aux Etats-Unis, la peine de mort, soient traitées avec autant de désinvolture qu'il plaît actuellement au défendeur.

V. En particulier : les assurances et les garanties de non-répétition

22. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, permettez-moi de continuer à examiner les assurances et les garanties de non-répétition que l'Allemagne demande en abordant leur fondement juridique subsidiaire, ou plutôt supplémentaire, que la Commission du droit international a accepté et que j'ai déjà esquissé devant vous. Je vous ai dit en effet que la Commission considère à présent que ces garanties sont le corollaire de l'obligation de mettre fin aux faits internationalement illicites. Toutefois, le revirement que nous opérons ainsi quant aux mesures que nous demandons ne modifie nullement celles-ci quant à leur importance ni quant au fond.

1. Le fondement en droit international des assurances et garanties de non-répétition

23. Sous la forme d'assurances et de garanties de non-répétition ces mesures sont peut-être exceptionnelles, ne sont peut-être pas adaptées à toutes les situations, mais elles sont incontestablement justifiées, elles s'imposent même, quand le risque existe très nettement, très

⁶⁰ G. Arangio-Ruiz, «Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats», *Annuaire de la Commission du droit international*, 1989, vol. II (première partie), p. 33, par. 106.

clairement, de voir la violation se répéter. C'est précisément le sens que revêt le membre de phrase «si les circonstances l'exigent» que la Commission du droit international a ajouté au texte adopté en première lecture. Et c'est précisément en ce sens qu'il faut entendre la demande de l'Allemagne. Cette demande repose très solidement sur le droit international. Il est d'ailleurs étonnant de voir avec quelle rapidité la pratique des Etats a entériné la proposition du rapporteur spécial Arangio-Ruiz, adoptée par la Commission du droit international, qui tendait à ce que soient expressément données des assurances et des garanties de non-répétition parce que c'était une conséquence particulière des violations du droit international⁶¹. Par exemple, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, les deux parties ont demandé à la Cour de se prononcer sur ce type de mesure⁶². Dans son arrêt, la Cour s'est saisie de ces demandes en s'intéressant longuement à la façon dont les deux parties allaient par la suite s'acquitter de leurs obligations internationales. La pratique par laquelle les Etats donnent des assurances et des garanties de non-répétition occupe une place particulièrement importante dans les affaires relatives aux droits de l'homme. J'évoquerai à cette occasion le règlement amiable qui a mis fin, au début de cette année, à l'affaire *Danemark c. Turquie* devant la Cour européenne des droits de l'homme⁶³ ainsi que la jurisprudence constante de la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁶⁴. Il importe aussi de noter que, ni dans leurs observations sur le projet d'articles de la Commission du droit international adopté en première lecture en 1996, ni lors des débats récents à la Sixième Commission, aucun gouvernement n'a envisagé de supprimer le projet d'article prescrivant les assurances et les garanties dont nous parlons⁶⁵. Bien au contraire : dans leur majorité, les gouvernements n'ont rien dit sur ce mode de

⁶¹ Pour le texte du projet d'article 46 (qui portait alors le n° 10bis) soumis en première lecture et le commentaire y relatif, voir le rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-cinquième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1993, vol. II (deuxième partie), p. 84-86; on trouvera la proposition du professeur Arangio-Ruiz dans son deuxième rapport sur la responsabilité des Etats, *Annuaire de la Commission du droit international* 1989, vol. II (première partie), p. 1, à la p. 46, par. 148-163 et p. 60, par. 191, art. 10.

⁶² Affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1997, p. 7, aux p. 12, 16, 17. Voir également l'arrêt de la Cour, *ibid.*, par. 130 et suiv.

⁶³ Cour européenne des droits de l'homme, *Danemark c. Turquie*, requête no 34382/97, arrêt du 5 avril 2000, règlement amiable, par. 21, qu'il est possible de consulter sur le site Internet de la Cour, <http://www.dhcour.coe.fr> (2 novembre 2000).

⁶⁴ Par exemple, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Loayza Tamayo*, arrêt du 27 novembre 1998, série D : décisions et arrêts, n° 42, par. 164; Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Castillo Petruzzi et al.*, arrêt du 30 mai 1999, série C : décisions et arrêts, n° 52, par. 222.

⁶⁵ Commission du droit international, cinquantième session, responsabilité des Etats, commentaires et observations des gouvernements, document des Nations Unies A/CN.4/488 (1998), p. 121, 122.

réparation, le tenant, semble-t-il, pour acquis, mais plusieurs Etats ont ouvertement dit être satisfaits de son incorporation au projet d'articles⁶⁶.

24. Ce mode de réparation est également conforme à un principe de droit qui est commun aux systèmes juridiques des deux Parties. C'est ainsi que le droit allemand offre aux demandeurs le mécanisme de l'injonction préventive ou ordonnance de ne pas faire (*vorbeugende Unterlassungsklage*) qui vise à imposer à l'exécutif l'obligation de s'abstenir de renouveler un certain comportement qui a été déclaré illicite⁶⁷. Dans le droit des Etats-Unis, les actions faisant appel à un jugement déclaratif sont souvent associées à des demandes visant la revision obligatoire du comportement de l'exécutif afin que, une fois prononcée, l'illicéité de ce comportement soit acquise aussi dans la pratique⁶⁸. Par exemple, dans l'affaire *Gore v. Turner*⁶⁹, le tribunal a recouru à ce type d'injonction pour s'assurer que l'obligation juridique sous-jacente était bien mise en application et respectée. Dans l'affaire *Leblanc-Sternberg v. Flecher*⁷⁰, le tribunal a ajouté que l'injonction mettait «les parties dans une situation qui garantissait que leurs droits constitutionnels demeuraient intacts». Les deux systèmes prévoient donc des mesures de réparation consistant à ordonner à la partie coupable de s'abstenir de répéter des actes considérés comme revenant à violer les droits de la partie adverse.

⁶⁶ Voir par exemple, les déclarations à la Sixième Commission de la représentante de la Nouvelle-Zélande, Mme Victoria Hallum, le 25 octobre 2000, qu'il est possible de consulter sur le site Internet de la mission néo-zélandaise auprès des Nations Unies, <http://www.un.int/newzealand/intlaw.htm> (dernière visite en date : le 2 novembre 2000); du représentant de la Croatie, M. l'ambassadeur Ljerka Alajbec, le 25 octobre 2000, que l'on peut consulter sur le site Internet de la mission croate auprès des Nations Unies, <http://www.un.int/croatia/statem.html> (dernière visite en date : le 2 novembre 2000); et du représentant de l'Italie, M. Leanza, le 25 octobre 2000, p. 4 de son texte manuscrit. Pour avoir un aperçu complet des débats de la Sixième Commission sur le projet d'articles, voir les communiqués de presse des Nations Unies GA/L/3154, GA/L/3155, GA/L/3156, GA/L/3158 en date des 23 à 27 octobre 2000, qu'il est possible de consulter sur la page Internet correspondante <http://www.un.org/News/Press> (dernière visite en date : le 2 novembre 2000).

⁶⁷ Décision du Bundesverwaltungsgericht (BverwG, tribunal administratif fédéral) du 16 avril 1971 — IV C 66.67, pub. in DVBl. 71, p. 746; Dieter Lorenz, *Verwaltungsprozessrecht, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Heidelberg 2000, par. 24 n° 19, p. 407; Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 3^e éd., Munich 1998, par. 16 n° 10 (p. 337-338); Hüttenbrink in: Wolfgang Kuhla, Georg Hüttenbrink, *Der Verwaltungsprozeß*, Munich 1998, p. 131, n° 217.

⁶⁸ A. van Alstyne, "*Judicial Protection of the Individual against the Executive in the United States of America*", in: *Gerichtsschutz gegen die Exekutive/Judicial Protection against the Executive* [La protection juridictionnelle contre l'exécutif], vol. II, (pub. de H. Mosler), New York/Cologne 1970, p. 1123.

⁶⁹ *Gore v. Turner*, 563 F.2d à la p. 165; voir aussi l'affaire *Marable v. Walker*, 1983704 F.2d 1219, 1221 (11^e Circ. 1983); l'affaire *United States v. Jamestown Center-in-the-Grove Apartments*, 557 F.2d 1079 (5^e Circ. 1977).

⁷⁰ *Leblanc-Sternberg v. Flecher*, 104 F. 3d 355, 355+, 1996 WL 699648, *5 (2^e Circ. 1996).

2. Les garanties sont indispensables en l'espèce

25. Monsieur le président, avant d'étudier plus en détail la demande d'assurances et de garanties formulée par l'Allemagne, permettez-moi d'apporter quelques précisions. Il est entendu pour l'observateur que ces garanties sont subordonnées à la présence de deux paramètres, en quelque sorte, c'est-à-dire la gravité de la violation et, par ailleurs, le risque et la crainte de voir cette répétition se réaliser. Par rapport aux deux paramètres, l'affaire *LaGrand* se situe très haut. En outre, si les assurances sont normalement données verbalement, les garanties de non-répétition vont un peu plus loin et font appel à certaines mesures préventives à la charge de l'Etat responsable qui soient spécialement conçues pour éviter la répétition. C'est ainsi que le comité de rédaction de la Commission du droit international en parle dans son rapport du mois d'août dernier⁷¹. Et, à notre avis, il s'impose en l'espèce de ne pas se contenter de paroles ou d'actions futiles, et d'exiger des résultats, sur le plan du droit interne des Etats-Unis aussi. Les auteurs du même rapport soulignent que le terme «appropriées» et le membre de phrase «si les circonstances l'exigent» ont pour objet de mettre en vedette la nature exceptionnelle de la mesure demandée⁷². C'est-à-dire que des situations d'urgence de caractère exceptionnel appellent des mesures exceptionnelles et que vous êtes précisément face à ce type de situation aujourd'hui.

26. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, l'Allemagne est fermement convaincue que le différend en l'espèce est par excellence de ceux où il faut, en raison des circonstances, que l'Etat responsable fournisse des assurances et des garanties qui soient véritablement appropriées, pour reprendre les termes du projet d'articles de la Commission du droit international. Si vous considérez cette affaire, on dirait que la Commission envisageait précisément ce type de situation quand elle a rédigé l'article 30 du projet sur la cessation et la non-répétition. Si vous vouliez, parmi les mesures demandées, citer en exemple dans un manuel un cas de figure où il n'est pas possible de rendre vraiment la justice sans exiger des garanties de non-répétition, vous l'auriez dans cette affaire qui associe l'article 36 et l'affaire de peine de mort dont vous êtes aujourd'hui saisis.

⁷¹ Commission du droit international, cinquante-deuxième session (deuxième partie), compte rendu analytique provisoire de la 2662^e séance, 17 août 2000, document des Nations Unies A/CN.4/SR.2662 (4 septembre 2000), p. 7.

⁷² *Ibid.*

27. Voyons à présent les mesures que les Etats-Unis ont prises jusqu'à présent pour «remédier» à la situation. Ces mesures sont décrites assez en détail aux paragraphes 20 et suivants du contre-mémoire et dans la note des Etats-Unis du 18 février 2000 dont j'ai déjà parlé et que vous trouvez dans l'annexe. Ces mesures consistent essentiellement, je l'ai dit, à mener une campagne d'information qui semble avoir démarré avec l'affaire *Breard*. Le fait est toutefois que ces mesures ne vont tout simplement pas assez loin. Comme l'ont dit récemment deux observateurs américains :

«ces démarches sont louables mais les mesures de ce type n'ont pas suffi dans le passé et ne donnent pas vraiment lieu de penser qu'elles vont suffire désormais. Pour dire les choses simplement, les mesures correctives actuelles n'incitent guère les autorités de l'Etat ni les autorités locales au respect des dispositions de la convention de Vienne. Qu'elles soient délibérées ou qu'elles résultent de l'ignorance, les violations de la convention de Vienne sont actuellement insuffisamment combattues et le resteront tant que l'on n'aura pas adopté et mis effectivement en vigueur un mode de réparation qui fasse mal.»⁷³

Nous ne pouvons que souscrire à cette analyse. Les mesures adoptées jusqu'à présent n'ont tout simplement pas suffi à empêcher les violations de l'article 36. C'est ce qu'a reconnu aussi le rapporteur spécial des Nations Unies sur les exécutions extra-judiciaires, sommaires ou arbitraires, M. Bacre Waly Ndiaye, dans son rapport de 1998 sur la situation aux Etats-Unis, dans lequel il dit :

«Même si ... le département d'Etat à plusieurs reprises a informé les responsables de divers Etats, notamment les gouverneurs et les *Attorneys General* [sic], des devoirs qui leur incombent en vertu de l'article 36, il apparaît que les communiqués périodiques émanant du département ne reçoivent aucune attention.»⁷⁴

Comme je le disais ce matin, en septembre encore, l'*Attorney General* de l'Etat de Californie lui-même ne savait pas que les obligations de notification découlant de la convention sur les relations consulaires devaient être mises en œuvre sur le plan interne et ne savait pas non plus comment il fallait procéder.

28. Monsieur le président, ce que nous constatons, avec regret, c'est un comportement quasi systématique de la part des Etats-Unis : les violations de l'article 36 sont extrêmement fréquentes; et on s'en débarrasse «d'un revers de main», en quelque sorte, avec les excuses

⁷³ E. Luna/D. Sylvester, "*Beyond Breard*", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 17 (1999), p. 147, à la p. 188.

⁷⁴ Rapport présenté conformément à la résolution 1997/61 de la Commission en date du 22 janvier 1998, document des Nations Unies E/CN.4/1998/68/Add.3, par. 119.

habituelles et la promesse que l'on fera vraiment tout pour empêcher de nouvelles violations. Mais celles-ci se répètent, se renouvellent et le processus ne paraît pas devoir prendre fin.

3. Les mesures s'imposent avec une urgence toute particulière dans les affaires où l'accusé encourt la peine capitale

29. Compte tenu de ce qui précède, Monsieur le président, ce qu'il faut, c'est donc un mode de réparation «qui fasse mal», pour reprendre la formule des observateurs des Etats-Unis que je cite. Et le besoin de mesures à prendre par le défendeur qui ne fassent pas qu'effleurer la surface mais qui aillent jusqu'au fond du problème est particulièrement urgent dans les affaires où l'accusé encourt la peine de mort. «La mort, c'est autre chose.» Comme le disent les mêmes observateurs américains :

«La peine capitale, une fois qu'elle est prononcée, est irréversible, elle n'est susceptible d'aucune réparation. Une erreur qui aboutit à condamner erronément à la prison est lourde à subir, mais au moins le détenu condamné à tort est vivant. Le système juridique peut lui avoir supprimé des années d'existence, lui avoir enlevé sa liberté et sa dignité, mais, sous une forme ou sous une autre, une réparation est possible. Il en va tout autrement, bien sûr, de la peine de mort; là, c'en est fini, il ne reste que les excuses officielles.»⁷⁵ [Traduction du Greffe.]

C'est pourquoi, quand il s'agit de la peine de mort, les violations de l'article 36 revêtent un caractère différent, beaucoup plus dangereux. Laissez-moi répéter ce que disait dans l'avis qu'elle a rendu en octobre dernier la Cour interaméricaine des droits de l'homme :

«[L']inobservation du droit à l'information d'un ressortissant étranger en détention reconnu par l'article 36 est préjudiciable aux garanties de régularité de la procédure judiciaire; dans de telles conditions, prononcer la peine de mort est une violation du droit à ne pas être «arbitrairement» privé de la vie, selon les termes des dispositions pertinentes des traités relatifs aux droits de l'homme.»⁷⁶ [Traduction du Greffe.]

30. Nous le soulignons à nouveau, face à des situations comme celles qui ont abouti à l'exécution de M. Breard, de M. Faulder et des frères LaGrand — et, bien entendu, nous pourrions allonger cette liste, comme on nous l'a dit ce matin — les excuses officielles présentées *ex post facto*, les campagnes d'information, etc. sont manifestement insuffisantes. Par conséquent, Monsieur le président, je dis que nous nous trouvons très précisément dans la situation envisagée à

⁷⁵ Luna/Sylvester, *supra*, note 31, p. 49.

⁷⁶ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* [Le droit à l'information consulaire dans le cadre des garanties de régularité de la procédure], avis consultatif OC-16/99, 1^{er} octobre 1999, par. 131.

l'article 30 du projet d'articles de la Commission du droit international : nous sommes en présence d'une situation face à laquelle il faut absolument adopter des garanties et des assurances véritablement appropriées.

31. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je me permets de vous rappeler l'argument du lien de causalité que M. Donovan a défendu devant vous. Ce matin, nous avons également montré que nous sommes véritablement ici en présence d'un cercle vicieux, une situation dramatique que notre ami défunt, Keith Highet, qualifiait d'aussi «absurde que celle de l'impasse 22, «Catch-22»»⁷⁷. Il est impossible de ne pas conclure que l'ensemble des éléments de fait et des éléments de droit (de droit interne) qui vous a été décrit en détail rend absolument indispensable l'adoption par les Etats-Unis de mesures correctives plus efficaces.

4. Le droit interne n'offre aucune excuse

32. Monsieur le président, l'Allemagne ne prétend pas que la législation interne pertinente des Etats-Unis et leur jurisprudence violent en tant que telles le droit international. Ce qui se passe plutôt, c'est que l'application par les tribunaux internes des règles de la «carence procédurale» au droit à l'information défini à l'article 36 de la convention de Vienne nous donne la quasi-certitude que le cercle vicieux va constamment se reproduire.

33. Je pense que nous allons entendre dire demain qu'il sera impossible aux Etats-Unis de corriger la situation, de supprimer ce cercle vicieux au moyen de changements apportés au droit interne. On nous dira peut-être que le système fédéral des Etats-Unis limite nécessairement la faculté du gouvernement fédéral d'intervenir dans la justice pénale des Etats, exactement comme le Gouvernement des Etats-Unis l'a plaidé devant la Cour suprême dans l'affaire *Breard*, en s'opposant à l'idée que les Etats-Unis étaient légalement tenus de donner suite à l'ordonnance de la Cour en cette affaire. Mais le droit international coutumier est lumineux à cet égard. Aucune des caractéristiques du droit interne, qu'il s'agisse de fédéralisme ou de quoi que ce soit d'autre, ne peut justifier la violation du droit international ni le refus de réparer un acte internationalement illicite. Comme le souligne l'article 32 du projet de la Commission du droit international, l'Etat

⁷⁷ K. Highet, *The Emperor's New Clothes: Death Row Appeals to the World Court? The Breard Case As a Miscarriage of (International) Justice*, in: *In Memoriam Judge José María Ruda*, manuscript, p. 6, annexe 39 au mémoire de l'Allemagne.

responsable d'actes internationalement illicites ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent à la suite de violations du droit international, notamment le devoir d'empêcher efficacement toute nouvelle violation. Nous ne voulons pas nier les difficultés que le Gouvernement fédéral des Etats-Unis pourrait éprouver à devoir offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées. Mais, je le répète, les Etats-Unis ne peuvent tout simplement pas arguer du *statu quo* de leur droit interne pour justifier le non-respect de l'obligation d'offrir des garanties appropriées alors que les circonstances imposent une démarche en ce sens. J'ai dit que ces garanties font désormais partie intégrante de la pratique des Etats, tout particulièrement dans le domaine des droits de l'homme. Et j'ai dit aussi que le droit individuel consacré par l'article 36 de la convention de Vienne revêt désormais la qualité d'un droit de l'homme, tout particulièrement dans le contexte de la peine de mort.

34. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, l'Allemagne ne demande par conséquent rien d'exorbitant. Elle demande tout simplement à la Cour de confirmer que les Etats-Unis doivent agir comme l'exige le droit international en vigueur. En ce sens, nous vous prions de dire et juger, selon l'énoncé modifié de notre quatrième conclusion concernant les mesures réclamées, que :

«les Etats-Unis devront donner à l'Allemagne l'assurance qu'ils ne répéteront pas de tels actes illicites et que, dans toutes les cas futurs de détention de ressortissants allemands ou d'actions pénales à l'encontre de tels ressortissants, les Etats-Unis veilleront à assurer en droit et en pratique l'exercice effectif des droits visés à l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires».

Et ladite conclusion poursuit :

«En particulier dans les affaires où l'accusé est passible de la peine de mort cela entraîne pour les Etats-Unis l'obligation de prévoir le réexamen effectif des condamnations pénales entachées d'une violation des droits énoncés à l'article 36 de la convention ainsi que des mesures de réparation.»

Voilà ce que l'Allemagne estime approprié et indispensable compte tenu des éléments de fait et de droit propres à la situation. Lorsque des violations de l'article 36 sont suivies par des condamnations à mort et des exécutions, il n'est pas possible, pour toute mesure de réparation, de formuler des excuses ou de distribuer des brochures. Pour que la mesure soit efficace, il faut apporter certains changements au droit et à la pratique des Etats-Unis.

5. Nous ne tentons pas de faire abusivement de la Cour internationale de Justice une cour d'appel en matière pénale

35. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, ce que je vais dire à présent revêt pour nous une extrême importance : en priant la Cour de dire que les Etats-Unis sont tenus d'offrir des garanties efficaces, nous ne cherchons nullement à faire jouer à la Cour, à lui faire jouer abusivement, le rôle d'une cour d'appel en matière pénale. Nous vous prions uniquement de statuer sur les effets de certaines violations du droit international commises par les Etats-Unis et de confirmer que le défendeur doit à l'Allemagne les formes de réparation et les garanties de non-répétition que prévoit le droit international actuellement en vigueur parce que ces mesures sont indispensables dans les circonstances de l'espèce.

6. Le choix des moyens est laissé aux Etats-Unis

36. Monsieur le président, nous avons libellé notre quatrième conclusion pour faire en sorte que les Etats-Unis respectent à l'avenir les droits qui découlent pour les ressortissants allemands de l'article 36 de la convention de Vienne mais aussi de façon à laisser aux Etats-Unis le choix des moyens propres à mettre en œuvre les mesures que nous leur demandons. Nous n'avons pas l'intention, et ce n'est pas non plus le rôle de la Cour, de proposer avec précision les moyens par lesquels les Etats-Unis peuvent veiller à assurer la conformité de leur droit et de leur pratique avec les obligations découlant pour eux du droit international. Mais nous estimons qu'il appartient à la Cour de veiller à ce que les Etats-Unis s'acquittent de l'obligation que l'article 36 met à leur charge. Voilà ce que l'Allemagne demande à la Cour de faire, l'Allemagne ne lui demande rien d'autre, elle ne lui demande nullement d'être une cour d'appel mondiale en matière pénale.

37. Pour en revenir à nouveau au libellé de notre quatrième conclusion, l'expression «en droit et en pratique» qui y figure correspond à la nécessité pour les Etats-Unis de s'acquitter de leurs obligations internationales non pas seulement en paroles mais aussi par des faits concrets. Comme nous l'avons dit quand nous avons analysé l'article 36, l'exercice effectif du droit à la notification consulaire énoncé au paragraphe 2 exige que, dans les cas où il n'est pas exclu que le jugement prononcé soit vicié par la violation du droit à la notification consulaire, la procédure d'appel autorise à revenir sur la décision et à, soit rejuger, soit prononcer une autre peine.

38. Vous noterez que la formule dont nous nous servons dans cette quatrième conclusion n'exclut pas que le droit interne exige de prouver qu'il y a eu sous une forme ou sous une autre «effet préjudiciable», c'est-à-dire que le défaut de notification a exercé une influence sur la peine prononcée. En revanche, notre formule est conçue de manière à exclure le cas qui correspond à la pratique actuelle aux Etats-Unis où le droit interne empêche d'envisager de façon réaliste la possibilité de contester au moyen de l'article 36 un verdict de culpabilité ou bien la peine prononcée. Quand le droit interne exige de prouver qu'il y a eu effet préjudiciable, il faut obéir à la prescription de façon raisonnable, comme la Cour suprême des Etats-Unis elle-même l'a précisé dans un arrêt qu'elle a rendu cette année⁷⁸, c'est-à-dire qu'il ne faut pas rendre vaines les mesures que l'Allemagne demande de façon aussi systématique, quasi totale et automatique que c'est aujourd'hui le cas. C'est d'autant plus important dans les affaires dans lesquelles le défendeur ne connaissait pas le droit qu'il pouvait exercer précisément parce que l'Etat, contrairement à ce que prescrit l'article 36, ne l'avait pas informé. Il ne faut pas permettre à l'Etat de tirer parti d'une omission illicite. Le «réexamen» de condamnations pénales, par conséquent, n'exige pas la «restitution», mais signifie qu'il n'est pas compatible avec le droit international de faire automatiquement échec à une demande postérieure à la condamnation qui est fondée sur une violation de l'article 36. La formule «en particulier dans les affaires où l'accusé est passible de la peine de mort» qui figure dans la seconde phrase de notre conclusion n° 4 souligne que ce cas de figure est distinct des autres. Comme nous l'avons dit, dans les affaires où l'accusé encourt la peine de mort, les garanties de la procédure revêtent une pertinence et une importance particulières et nous nous exprimons là avec beaucoup de modération. Bien évidemment, toutefois, cela ne veut pas dire qu'il ne faut pas respecter l'article 36 dans les autres affaires également.

39. Monsieur le président, comme je l'ai indiqué clairement il y a quelques minutes, le choix des moyens par lesquels il faut, dans les circonstances de l'espèce, adopter les mesures voulues sur le plan interne doit être laissé aux Etats-Unis. Mais je tiens à souligner, comme l'Allemagne l'a exposé en détail dans son mémoire, que le système juridique des Etats-Unis donne

⁷⁸ Affaire *William v. Taylor*, 120 S.Ct. 1495 (2000).

incontestablement aux autorités de ce pays les moyens dont il a besoin pour remédier à la violation de l'article 36 de la convention de Vienne⁷⁹.

40. Pour conclure, Monsieur le président, permettez-moi de dire une fois encore que l'Allemagne n'a nullement l'intention de chercher à attirer la Cour dans les méandres du droit interne des Etats-Unis. Comme je l'ai dit et répété, c'est aux Etats-Unis qu'il appartient de choisir les moyens de concrétiser dans son droit interne les garanties demandées par l'Allemagne.

Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, j'en ai terminé avec la thèse de l'Allemagne sur les violations de la convention sur les relations consulaires commises par les Etats-Unis et les mesures demandées par l'Allemagne. Je crois que nous en sommes à l'heure de la pause mais ensuite, Monsieur le président, je vous prierai de bien vouloir donner la parole au professeur Pierre-Marie Dupuy pour la dernière partie de nos exposés qui est consacrée au non-respect de l'ordonnance du 3 mars 1999.

Thank you, Mr. President.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Simma. The Court will adjourn for a quarter of an hour.

The Court adjourned from 4.30 p.m. to 4.45 p.m.

Mr. DUPUY:

IX. THE FAILURE OF THE UNITED STATES TO COMPLY WITH THE OBLIGATIONS LAID DOWN BY THE ORDER OF 3 MARCH 1999

1. Mr. President, Members of the Court, it is always a very great pleasure — mingled with a sense of personal responsibility — for me to appear before the Court. In this case I am particularly honoured by the trust placed in me by the Federal Republic of Germany, to which I am, moreover, linked by special ties. The date 3 March 1999 will go down in the annals of the leading international court. On that day the Members of the International Court of Justice unanimously took an initiative that neither it nor its predecessor, the Permanent Court of International Justice, had ever taken before. It decided to act of its own motion, *proprio motu*, for the first time since

⁷⁹ Voir le mémoire, au paragraphe 6.87.

1920, pursuant to Article 75 of its Rules of Court. And it did so to order provisional measures requesting from the United States what is in fact the simplest thing it could grant it: time! A little time, for the Court had demonstrated here, as it had the previous year in similar circumstances, that, despite the modest material resources available to it, it can undoubtedly act very rapidly where circumstances require. In that Order of 3 March, the Court asked the United States to give it the time it needed to adopt a final decision on the German Application in the present case.

2. The Court was able to act in such an unaccustomed manner because it considered its jurisdiction in the proceedings instituted by Germany to be *prima facie* beyond dispute. But it also acted because each of its Members was moved by "elementary considerations of humanity". The crew of a ship at sea spontaneously agree to make a detour from its normal course in order to go to the aid of a man in distress. The Court did the same. It unanimously decided to act rapidly, and on its own account, precisely because what was at stake was a man's life. Prompt action was necessary, as the Court already knew from experience, since the case concerning Francisco Breard, whose execution nothing or no one had been able merely to delay. Walter LaGrand's execution was scheduled to take place the same day, 3 March 1999, and none of the efforts made by the Federal Republic of Germany to save Karl's younger brother had succeeded. Nor had any of those efforts been able to change the inexorable course of events for Walter LaGrand himself. Neither the repeated appeals for clemency from the President of the Federal Republic; nor those of the Chancellor; nor those from the German Minister for Foreign Affairs or the German Minister of Justice. Like the appeal for clemency from the European Union, which had rallied around the same conception of human rights, they all fell on deaf ears. At the local level the explanations given by the Ambassador and Consul of Germany to the Board of Executive Clemency had not had any effect either.

3. Thus the hour was late because, up until the day before the execution, Germany had endeavoured to exhaust every diplomatic channel before resorting to judicial proceedings. It was all the later because the State Attorney of Arizona had waited until 23 February 1999, that is until the day before Karl LaGrand's execution, before admitting publicly that he had always been aware of the two brothers' German nationality. Hence, if it wished to claim to be effective, the Court had

to throw its full authority — which had already been flouted once in identical circumstances a year earlier — into the scales of international justice.

4. And yet, for the second time in less than a year, a number of the organs of state of the United States had curtly intimated to the Court what scant regard they had for international law as well as for the Court's own authority. Upon receiving the Order for the Indication of Provisional Measures rendered by the Court in the *Breard* case, the United States Government had at least reacted, via Mrs. Madeleine Albright, by calling upon the Governor of Virginia to take account of this judicial act; it is true that, in the same letter, the Secretary of State had clearly let it be known that she considered such measures to be optional, which, in the circumstances, amounted to destroying any chance of their being implemented. By contrast, in the *LaGrand* case there was no reaction at all from the US federal authorities. They simply communicated the Court's Order to the Governor of Arizona, who, however, had stated the previous day that, "in the interest of justice", she had decided that Walter LaGrand's execution should go ahead on the date on which it had initially been scheduled to take place. As for the United States Supreme Court, to which this matter had been referred by both the condemned man and by Germany, it maintained the same posture of untouchability that it had already adopted in the *Breard* case. How, indeed, could this have been otherwise, since the United States Solicitor-General had himself made the following statement: "an order of the International Court of Justice indicating provisional measures is not binding and does not furnish a basis for judicial relief . . ." ⁸⁰ [quoted in English in the original]. We were therefore witnessing the remake of a tragic film, although there was nothing fictitious about it . . . An execution did indeed take place, at the end of that day, in an Arizona prison; however, it was not that of the Court's Order but of Walter LaGrand, whom no one, finally, had been able to save from the gas chamber.

5. Thus, faced with the Respondent's refusal to recognize provisional measures indicated by the Court, the Federal Republic of Germany has included in its submissions to the Court a request for it to adjudge and declare

"that the United States, by failing to take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand was not executed pending the final decision of the International Court

⁸⁰Memorial, Ann. 28.

of Justice on the matter, violated its international legal obligation to comply with the Order on Provisional Measures issued by the Court on 3 March 1999, and to refrain from any action which might interfere with the subject matter of a dispute while judicial proceedings are pending".

This request therefore presupposes that the obligation contained in the Order of the Court be clearly identified. It raises the wider question of the precise legal effect to be given to provisional measures. The re-examination of this problem — a classic one, albeit somewhat obscured by glosses put on it — thus comes at a particularly appropriate juncture in terms of the history of the International Court. At a time when it is being sought to contrast its powers in these matters with those possessed by other international courts established far more recently, there is sometimes a tendency to jump to a conclusion unfavourable to the Court; there are those who still maintain that the Court cannot order measures that are truly binding. Yet this is in no sense an academic question, since the number of cases where such measures are nonetheless being sought from the Court is currently on the increase.

6. Thus the classic problem of the legal effect of provisional measures, which we are considering here as a question helpful to the settlement of the present dispute, is equally an issue of topical relevance. Examining the issue objectively, as we are bound to do, we are led to the following conclusion: the fact that the effect of provisional measures has long been a matter of doctrinal debate is largely due to a tendency to distort their true meaning. It is therefore essential, at least for the purposes of the present case, to re-examine the terms of a debate echoed in the United States Counter-Memorial, before removing the confusion which fuels that debate and conceals what is really at stake.

7. And, indeed, the stakes are high. What is being called into question is quite simply the effectiveness of the judicial function, not to mention the authority of the Court. At all events, what is at issue in the response that you give to the German Application, is not the existence of responsibility on the part of the United States vis-à-vis Germany, but, in any event and at the very least, the question whether that responsibility has been aggravated.

8. This presentation thus consists of three successive parts: a re-examination of the terms of the debate (I), the true significance of the binding nature of provisional measures (II) and, finally, the responsibility of the United States on account of its disregard of the measures ordered on 3 March 1999 (III).

I. The terms of the debate

9. As in any academic dispute, there are those who support and those who oppose the binding nature of provisional measures.

1. Arguments against recognizing the binding nature of provisional measures

10. Three arguments are generally put forward in this connection. They are based successively on the relevant texts, on the practice of States, and indeed on the jurisprudence of the Court itself. They are to be found in the United States Counter-Memorial. Let us examine them one by one.

11. (a) *The texts*: the argument most commonly used to dispute the binding nature of the Court's Orders is also the one which most directly demonstrates its own flimsiness. It is based on the wording of the English text of Article 41 of the Court's Statute. For want of anything better, it was of course on this argument that the United States focused in its written pleadings, specifically in paragraphs 141 *et seq.*, and as we all know, having been repeatedly told so, Article 41, paragraph 1, reads as follows:

"The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party." [Quoted in English in the original.]

And the United States emphasized the words "indicate" and "ought to be taken", and likewise drew attention to the fact that paragraph 2 of the same Article speaks of measures simply "suggested" and not "ordered" by the Court.

12. Frankly, Mr. President, there is nothing here that could startle a Frenchman — and I would ask you not to take this remark as being in any way chauvinistic! As those who support the binding nature of provisional measures point out, the French version of this same text also reads: "*indiquer des mesures conservatoires*"; however, this, in the language of Molière, can be taken to mean that it "designates" such measures, without carrying any connotation as to whether or not such designation is of a binding nature. Furthermore, the French text of Article 41 states that the measures in question "*doivent*" [must] (and not "*devraient*" [ought to]) "*être prises à titre provisoire*" [be taken on a provisional basis]. Of course, there can be no question of setting Molière against Shakespeare, who, among other things, have humour in common! But it should be borne in mind that, under United Nations law and, more importantly, under the law governing the

Court since 1920, neither of the two versions, English or French, nor those of the other official languages of the United Nations, takes precedence over the others, even on the Internet! Indeed, as the Memorial submitted to the Court by Germany has shown, neither the Chinese, nor the Arabic version, any more than the Russian or Spanish version of the text of Article 41 of the Statute, corroborates the interpretation which the Respondent seeks to give to this provision⁸¹.

13. Moreover, the United States is indeed obliged to admit that Article 41 is "susceptible of different readings"⁸². It was, in fact, a very eminent British author, Sir Gerald Fitzmaurice, who, himself a staunch supporter of the logically binding nature of provisional measures, pointed out the flimsiness of the argument based on "should" and "ought"⁸³.

14. (b) *The practice of States*: the United States Counter-Memorial states that: "the practice of States also shows that the Court's indications of provisional measures have not been understood to impose binding legal obligations"⁸⁴ [quoted in English in the Original].

Let us pause for a moment to consider the practice of States. It is characterized first by the current increase in the number of requests for provisional measures: six under the Permanent Court of International Justice, compared with 35 requests to the present Court, of which ten, admittedly, were filed together by Yugoslavia against the Member States of NATO. The fact remains that the last 25 requests span a period of only some 20 years. An astonishing practice if States really do consider that the Court's Orders have no legal effect! It is true that at times a good number of those States — including the United States on several occasions — have not paid great heed to the measures effectively ordered in 14 out of the 21 cases in which the present Court has been asked to intercede. However, a purely statistical approach takes little account of the differences between States.

15. First, there are those who request the measures, and then there are those who are subject to them, as the measures are often directed essentially at only one of the two parties to the dispute. But, for the States requesting measures, it is precisely to their legal authority that high

⁸¹Memorial, p. 151, para. 4.149.

⁸²Counter-Memorial, p. 123, para. 153.

⁸³Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, Vol. 2, pp. 548-550.

⁸⁴Counter-Memorial, p. 129, para. 161.

importance is attached, as, for instance, when the United States itself requested the Court to indicate such measures because its diplomats had been taken hostage! In this connection one need only look at the extreme embarrassment, to say no more, evident in the Counter-Memorial where it endeavours to refute the observations in Germany's written pleadings concerning the statements made in 1980 by Mr. Owen, the Agent for the United States at the time; he spoke quite explicitly of the "obligations" imposed by the Court upon Iran in that case⁸⁵. Where it felt itself threatened by the imposition of similar measures in the *Military and Paramilitary Activities* case⁸⁶, the United States did its utmost to avoid having them indicated. But why, Gentlemen, be so fearful of such measures, if they are not binding?

16. Then there is a second category, that of States which reject measures because they are convinced of the Court's lack of jurisdiction to make a ruling on their conduct in relation to the merits of the case. This was true in particular of Iceland in the *Icelandic Fisheries* case⁸⁷ or of France in the *Nuclear Tests* case. The latter case was, moreover, remarkable for the fact that, in the final analysis, the respondent State shortly afterwards adopted conduct in full conformity with what was expected of it by the Court, by deciding of its own accord to discontinue atmospheric nuclear tests. Finally, there is a third category of cases, frequently associated with the previous one, where certain States have been particularly reluctant to comply with the measures ordered by the Court because they regarded them as being in fact indistinguishable from settlement of the plaintiffs' substantive claims. If they did not comply with the Court's Order, it was not because they denied the authoritative nature of provisional measures but, on the contrary, because they considered that their implementation would prove excessively effective!

17. Moreover, an argument which seeks to derive from the conduct of litigants a conclusion concerning the authority of the Court is utterly defective, at least in international law, for the simple reason that it is based on a false premise: a failure to distinguish between the

⁸⁵Counter-Memorial, p. 126, paras. 157 *et seq.*

⁸⁶*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I.C.J. Reports 1984, p. 169.*

⁸⁷*Fisheries jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 12; Fisheries jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, I.C.J. Reports 1972, p. 30; Nuclear Tests (Australia v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973, p. 99; Nuclear Tests (New Zealand v. France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973, p. 135.*

binding nature of a judicial decision and the lack of power to enforce that decision on the part of the body by which it is issued! But the United States itself never complied with this Court's Judgment on the merits in its case against Nicaragua! And yet no one would dream of denying that this Court's judgments have the force of *res judicata*. The Court has jurisdiction to order binding measures but it does not have the power to enforce them.

18. (c) *The case-law of the Court*: the United States, in its Counter-Memorial, contends that the Court itself has not, in its case-law, stated that it considered such measures to be binding and that, as a result, it has also never ruled on the legal responsibility of States which have failed to comply with its interim orders. In support of this argument, the United States curiously cites the *Anglo-Iranian Oil Co.* case, where the Court stated that its Order "had ceased to be operative"⁸⁸. It could simply be observed in response that, if the Order had ceased to be "operative", that means that, previously, it had been operative. Similarly, it is strange that the United States finds support in the Court's observation that the French Government, in the *Nuclear Tests* case, had committed a "deliberate breach of the Order"⁸⁹. If the Court refers in that context to a "breach", is it not precisely because it recognizes this legal measure as one imposing obligations? The Counter-Memorial pays little heed to the presence of the term "breach" in the above-mentioned case, but seeks on the other hand to derive support from the absence of that term from the language used by the Court in the *Hostages* case, where the Court noted, and regretted, the failure to comply with the Order it had addressed to the Islamic Republic of Iran.

19. Apart from this somewhat inconsistent use of your case-law, the authors of the Counter-Memorial refrain from considering it in detail, but largely confine themselves to a simple observation. If this Court has never ruled on the international responsibility incurred by a State on account of failure to comply with an Order for provisional measures, it is quite simply because, until the *Breard* case, no State had ever requested such a ruling!⁹⁰ However, the *Breard* case never reached the merits stage, owing to the discontinuance of the Paraguayan proceedings.

⁸⁸Counter-Memorial, p. 130, para. 162.

⁸⁹*Ibid.*, para. 163.

⁹⁰See Luigi Daniele, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte internazionale de giustizia*, 1993, p. 139.

20. A consideration of the case-law shows in reality that the Court traditionally, and logically, has based the wording of its orders on the cautious language of Article 41 of its Statute, more often than not reproducing its terms, either in English or in French. In all cases, the Court begins with a general indication to both parties to "ensure that they avoid any act which might aggravate or extend the dispute" or to "ensure that no measure is taken which might prejudice the rights of the other Party". It then usually goes on to specify the conduct required of one or other party in each particular case.

21. In this latter regard, the Court seems to be increasingly inclined to express itself more firmly, at least if the circumstances so require; however, this tendency continues to be hampered by terminological differences between the French and English versions. Let us take two examples: in the pending case between Bosnia and Yugoslavia, the Court in 1993 issued an Order, the French text of which clearly states that Yugoslavia "doit *immédiatement*" [must forthwith] take all measures within its power⁹¹; it repeats this language in connection with Yugoslavia's duty to "ensure that any military [or] paramilitary armed units do not commit any acts of . . . conspiracy to commit genocide . . . or of complicity in genocide"⁹². Yet the English original, in deference to the English text of Article 41, confines itself in both cases to the use of the word "should".

22. Furthermore, in the case that is almost the twin to that which concerns us today, the Court's Order expressly states in French that «*les Etats-Unis doivent [must] prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Angel Francisco Breard ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente espèce n'aura pas été rendue*»⁹³. Here again, however, the English text states that the United States "should take . . .".

23. It is thus as if, bound by the linguistic ambivalence of its Statute, the International Court of Justice felt itself unable, even though it considered that the circumstances so required, to break away from the language imposed on it by one or the other version of Article 41. But the important thing is to focus on the actual intention of the Court. And here it does appear that — in order to make that intention clearer — the Court has decided quite recently to free itself of the

⁹¹*I.C.J. Reports 1993*, p. 24, p. 52.

⁹²*Ibid.*

⁹³*Order of 9 April 1998, I.C.J. Reports 1998*, p. 248, para. 241.

uncertainties which might be entertained, particularly by the countries to which its orders are addressed, with regard to the precise force attaching to the measures which it "orders".

24. In the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, the Court issued an Order, on 1 July last, addressed to both Parties to the dispute, the original of which is in French. It is true that the Court unanimously "indicates" the measures concerned, while declaring three times that "the two Parties *must*, forthwith, prevent and refrain from . . .". Here we find the same language as is used in the French translation from English, which I have just cited from the *Breard* and *LaGrand* cases.

25. However, as if seeking to put an end to the debate over the capacity of provisional measures to create obligations, the Court was at pains to state, in paragraph 46 of the above-mentioned Order, that a "decision in the present proceedings in no way prejudices the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case". "Decision" — the language is illuminating. For, since the Court has itself no jurisdiction to amend its own Statute, this must mean that if, on 1 July 2000, it describes an order for provisional measures as a "decision", it is because that had already previously been the case. What has changed in the year 2000 is perhaps the boldness of the description, but not the legal nature of the act to which it relates. Moreover, any ambiguity appears to be removed since, in the English version based on the French original, the Court, breaking with linguistic tradition, was at pains to translate the words "*décision*" and "*doivent*" by their exact equivalents in English, "decision" and "must". Consequently, the jurisprudence of the Court fully justifies the conclusion that provisional measures do effectively have binding force.

2. Arguments in favour of the recognition of the binding nature of provisional measures

26. Furthermore — and I now turn to the consideration of arguments in favour — the weight of the evidence confirms the binding nature of provisional measures.

27. First of all, their object, which consists, as the Permanent Court of International Justice put it, in securing compliance with "the principle universally accepted by international tribunals . . . to the effect that the parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a

prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given"⁹⁴. These measures are thus protective in a number of respects. What is to be protected is the very subject of the dispute, so that the judicial proceedings remain meaningful and effective; it is also "the respective rights of the parties pending [the Court's] decision", which "presupposes that irreparable prejudice shall not be caused to rights which are the subject of a dispute in judicial proceedings" — you will recognize the language which you yourselves used in your Order in the *Breard* case⁹⁵. It is this purpose of interim protective action which justifies the urgency and absolute priority accorded to measures of this kind, as is moreover stressed in Article 74 of the Rules of Court. It is understandable, therefore, that Sir Gerald Fitzmaurice should declare: "The whole logic of the jurisdiction to indicate interim measures entails that, when indicated, they are binding"⁹⁶.

28. However, having reached this conclusion, what are we really to understand by it? All too often, because of certain authors' inability to apprehend the true meaning of the binding status of such measures, their contributions have added little or nothing to the doctrinal debate referred to above. It is therefore necessary, at this stage, to determine the true significance of the binding nature of provisional measures.

II. The significance of the binding nature of provisional measures

29. For a proper understanding of such significance, it is necessary to analyse in turn two distinct aspects, which must not be confused. The first concerns the legal nature and the characteristics of the measures themselves. The second consists in considering the scope of the legal obligations which they lay down. Each of these two elements will accordingly be considered in turn.

1. Nature and characteristics of provisional measures

30. To put it simply, distinguished Members of the Court, provisional measures are not judgments but are quite clearly legal decisions.

⁹⁴*Electricity Company of Sofia and Bulgaria, P.C.I.J., Series A/B, No. 79, p. 199.*

⁹⁵*I.C.J. Reports 1998, para. 35.*

⁹⁶Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the ICJ, op. cit.*, p. 548.

31. (a) *They are not judgments.* A judgment by the Court on jurisdiction or merits cannot be treated on exactly the same footing as a provisional measure. It is quite obvious that the former are immediately vested with *res judicata* force in virtue of Article 59 of your Statute. Judgments, whether on jurisdiction or on the merits, bring closure either to a phase of the proceedings or to the case itself. They constitute the terminal point of the proceedings.

32. Provisional measures, by contrast, have a dual character: they are both incidental and provisional. As they are by definition adopted as a matter of urgency, their purpose is to permit the continuation of the proceedings, not their closure. And that, moreover, is why the Court is discriminating in its use of them, and refuses to indicate such measures if they are not required by the circumstances or if they would prejudice the merits of the case. Thus the Court exercises a power of control in regard to the expediency of granting such measures. This difference between judgments and provisional measures explains the reasoning of the Permanent Court in the *Free Zones* case, when it stated that "orders made by the Court . . . have no 'binding' force (Article 59 of the Statute) or 'final' effect (Article 60 of the Statute) in deciding the dispute brought by the Parties before [it]"⁹⁷. In order to clarify Germany's position on this subject, as expressed in its Memorial, let me say that Article 59 and Article 60 do not apply to provisional measures or, to be more exact, apply to them only by implication; that is to say, to the extent that such measures, being both incidental and provisional, contribute to the exercise of a judicial function whose end-result is, by definition, the delivery of a judicial decision. There is here an inherent logic in the judicial procedure, and to disregard it would be tantamount, as far as the Parties are concerned, to deviating from the principle of good faith and from what the German pleadings call "the principle of institutional effectiveness"⁹⁸.

33. Comparable conclusions would appear to apply, *mutatis mutandis*, with regard to Article 94 of the Charter, which does not — it is true — primarily concern the application of provisional measures. This is what is required by a reasonable and, at the same time, realistic interpretation of the terms of your Statute and of those of the Charter. The fact remains that, in order to arrive at the binding and final judgment referred to in the above-mentioned provisions,

⁹⁷*Free Zones* case, *P.C.I.J., Series A, No. 22*, p. 13.

⁹⁸Memorial, pp. 137 *et seq.*

circumstances sometimes require your Court to have recourse to such measures, compliance with which thus contributes to the construction of a binding judgment. An interim measure does not render justice, but it enables justice to be rendered. And the fact that it is of a provisional nature clearly in no way affects its capacity to create a legal obligation, any more than such obligation may be called in question by the fact that you have no power of enforcement at your disposal.

34. (b) *Moreover, as I was saying, while provisional measures are not judgments, they are decisions.* And in many respects, these decisions are very much akin to, if not always totally assimilable to, orders which the Court makes "for the conduct of the case", deciding "the form and time in which each party must conclude its arguments" or arranging for "the taking of evidence", all of which are decisional measures provided for in Article 48 of your Statute. In other words, they are decisions relating to procedure, not to judgment. They are part of the administration of justice, but do not deliver that justice.

35. Hence, as decisions relating to procedure, albeit not to judgment, provisional measures are quite clearly legal decisions, a fact noted by the most assiduous analysts of your Statute, such as Sir Gerald Fitzmaurice or Shabtai Rosenne, the latter in his classic work "The Law and Practice of the International Court of Justice"⁹⁹.

36. At this juncture, we must dispose of a curious notion, which periodically surfaces in a somewhat deluded version of doctrine. This is the thesis, reiterated for want of anything better in the American pleadings, that the obligation laid down by the Court in such an order is purely a "moral obligation". A notion which, if I may say so, is singularly lacking in foundation! Thus it is hard to see by what mysterious alchemy the Court might suddenly take it upon itself to give the parties moral instruction with a view to protecting specifically legal interests. "Come now, wheedles the Court to the disputant States, make an effort, be nice . . . Do as I ask, so that we don't make matters any worse . . ." You've got to be joking! There is only one case and one only, which, moreover, has never occurred in practice, in which your Court is authorized to do anything but state the law. This, which remains the one and only case, would be where the parties asked the Court to rule *ex aequo et bono*, pursuant to Article 38, paragraph 2. Otherwise, the Court does only one

⁹⁹2nd ed., 1985, p. 125.

thing; it lays down the law! Which, moreover, in no way prevents it as an institution from enjoying great moral authority. Indeed, this was the conclusion of Sir Hersch Lauterpacht, when he said: "It cannot be lightly assumed that the Statute of the Court — a legal instrument — contains provisions relating to any merely moral obligations of States"¹⁰⁰ [quoted in English in the original].

37. Furthermore, if the slightest doubt had remained in some people's minds as to the nature of provisional measures as "decisions" entailing legal obligations, any such doubt should now be removed by the very explicit characterization of the "decision" applied by the Court itself to the provisional measures it indicated on 1 July 2000 in the case pending between Congo and Uganda¹⁰¹.

38. On the subject of the legal nature of this legal act, we may therefore conclude by saying that provisional measures must be distinguished from judgments; they are indeed legal decisions, but they are decisions of procedure (even though they may themselves involve a substantive content). Since their decisional nature is, however, implied by the logic of urgency and by the need to safeguard the effectiveness of the proceedings, they accordingly create genuine legal obligations on the part of those to whom they are addressed. Having reached this point in our analysis, we must now consider the precise scope of those obligations.

2. The scope of the obligations created by provisional measures

39. I shall first analyse, in general terms, the scope of all provisional measures, before considering more specifically the provisional measures addressed to the United States in the present case.

40. (a) As already pointed out above, there are, in general, two stages in the process of the indication of provisional measures. First, and I quote, the Court reminds "both Parties of the obligation to prevent and refrain from any action which might prejudice the rights of the other Party". This is an obligation at once mutual and generic, which normally, owing to its virtually standard formulation, may be treated as a general obligation of diligence due by the parties to each other, and by both of them to the Court itself as guardian of the proceedings.

¹⁰⁰Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the Court*, *op. cit.*, p 253.

¹⁰¹Order of 1 July 2000, *op. cit.*, para. 46.

41. As always where diligence is concerned, the means of giving effect to this obligation are left, if not always to the entire discretion of the two States, then at least to the reasoned appreciation which each of them may make of the situation and of the conduct which it calls for, with a view to the same end, which is also general yet clearly defined, namely, not to prejudice the rights of the other party or to undermine the force or effectiveness of the future judgment. But an obligation does not cease to be an obligation because it is formulated in general terms. On the contrary, an inherent part of any obligation of due diligence is an implicit reference to standards of conduct whose precise implications it is for every "well governed State" — to use the expression of the arbitrators in the *Alabama* case — to assess and implement.

42. Apart from thus indicating general measures, the Court, more specifically by means of individual measures, designates a particular conduct or a specific result to be achieved. In this case, the Order may go on to formulate more precisely determined obligations, which does not mean that they will cease to be obligations of diligence.

43. Here are some further examples of this.

"Yugoslavia must . . . take all the measures within its power to prevent commission of the crime of genocide . . ." ¹⁰²;

"the United States should take all measures at its disposal to ensure that Angel Francisco Breard is not executed . . ." ¹⁰³;

"both Parties must, forthwith, take all measures necessary to ensure full respect within the zone of conflict for fundamental human rights and for the applicable provisions of humanitarian law" ¹⁰⁴.

All these cases, however, show that, although becoming more specific in content, the obligation laid down always leaves some discretion to the parties in light of an aim now more precisely defined.

44. This discretion for the States concerned, which nonetheless imposes a specific obligation on them, seems to us to be very precisely reflected in the language used notably by the Court in its 1986 ruling in the case between Nicaragua and the United States, when it stated, and

¹⁰²*I.C.J. Reports 1993*, p. 24, para. 52.

¹⁰³*I.C.J. Reports 1998, Order of 8 April 1998*, para. 41.

¹⁰⁴*Order of 1 July 2000*, para. 47 (3).

here I am going to quote the English text, so that I cannot be accused of playing on the terminological differences between the English and French versions of the Judgment:

"When the Court finds that the situation requires that measures of this kind should be taken, it is incumbent on each party to take the Court's indication seriously into account, and not to direct its conduct solely by reference to what it believes to be its rights."¹⁰⁵

45. Furthermore, the room for manoeuvre left to the State to whom the measures are addressed also applies to the Court as regards the assessment it may have to make of whether that State's conduct complies with the objective required of it. It may itself take into account the balance of interests at stake on either side, as well as the degree of urgency on the one hand, and on the other, the consequences that implementation of the specific measures may have upon the situation of the State to which they are addressed.

46. The Court may thus determine not only the degree of authority attaching to what it orders, but also the flexibility of the criteria it subsequently applies in order to assess how far the State or States concerned have or have not complied with their obligation. It is precisely the flexibility inherent in this type of measure which may be seen as reflected in the prudent language used by the English version of Article 41 of the Statute.

47. (b) Hence it is particularly instructive to turn to the Order made by the Court in the *LaGrand* case, which I quote — for the same reasons as before — in the English original: "The United States of America should take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand is not executed pending the final decision in these proceedings". What, here, is the sense and scope of the conduct required of the United States by the Order? Was the intention to order it to waive a power inherent to its sovereignty, which might admittedly be seen as an encroachment upon a specific legal interest, thus prompting the United States to do only the bare minimum in this regard? It would appear not. By that incidental decision — which is what an Order for provisional measures is — the Court was merely requesting the United States of America not to waive its exercise of a power, but merely to suspend that exercise for a limited period — an obligation of simple abstention, which did not jeopardize any major or fundamental sovereign interest. True, there are cases in which allowing time to elapse may cause harm.

¹⁰⁵*I.C.J. Reports 1986*, p. 144, para. 289.

48. These are cases in the financial or commercial fields, where time is money! Yet here, time would have cost no more than the price of an extended stay on death row with, as counterpart, the possibility of still leaving life a chance. Indeed, the balance of interests here, on the basis of which the Court may assess to what extent the State took "the Court's indication seriously into account, and [did not] direct its conduct solely by reference to what it believes to be its rights", tells us a great deal. On the one hand, there is the United States, whose basic legal interests would not have been prejudiced by the 12 or so additional months required for the international proceedings, after the 17 years the LaGrand brothers had already spent in prison. On the other hand, there is the respect for the rights of another sovereign State, Germany, both in its own right and in that of two of its nationals. On the one hand there is the temporary suspension of the exercise of a judicial power; on the other, the possibility, bearing in mind what was actually at issue in the case, of giving one final chance to the "right to life": a fundamental human right, defined in similar terms in enough international conventions to warrant its being considered a norm of customary international law, indeed even of peremptory law — the view which Professor Théodore Meron¹⁰⁶ appears to favour in his writings.

49. The position of the Federal Republic of Germany, Mr. President, Members of the Court, is thus that, in the particular circumstances of this case, bearing in mind the legal nature of provisional measures in general and of the content of the obligations created by the provisional measures indicated by yourselves on 3 March 1999, the United States had a simple course of action to follow, but only one: to refrain from executing Walter LaGrand and suspending his execution for the duration of the proceedings. By deliberately ignoring your Order, the United States thus incurred international responsibility; by doing no more than simply transmitting the text of the Order to the authorities in Arizona, the United States did not comply with its legal obligation to "take all the measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand [was] not executed pending the final decision in these proceedings". The behaviour of others acting on behalf of the United States was even more deliberately contemptuous of the provisional measures indicated by the Court. First, there was the Solicitor-General, who purely and simply maintained the position he had

¹⁰⁶T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, pp. 193-194.

adopted in the *Breard* case, according to which provisional measures are in no way binding on the United States. Then there is the United States Supreme Court, which, although cognizant of the situation through the still very recent precedent of the *Breard* case, also restated a position clearly signifying that the law of the United States, as interpreted by the Supreme Court itself, takes precedence over public international law. This attitude has been radically criticized by a number of eminent American jurists, including Professor Louis Henkin¹⁰⁷ in the columns of the *American Journal of International Law*, or Mr. Keith Highet¹⁰⁸ in the last article he wrote, the same Mr. Keith Highet, who was my colleague the last time I appeared before this Court. Both stressed the binding nature in international law of the provisional measures indicated by the Court in the *Breard* case, which were essentially identical to those in the present case. They did so both taking account of the provisions of the American Constitution and by reference to the elementary rule of international law that a State incurs responsibility through the acts of its own organs.

50. I would add that, while there may be instances in which a State, bearing in mind the particular circumstances of the case concerned, may consider that the Court leaves it a certain discretion — a matter already referred to — there was no possible doubt here as to the strict nature of the duty placed upon the Respondent. Indeed, one must bear in mind the point I began with, namely, the very special case — radical, unprecedented — of an Order for provisional measures made *proprio motu* which left no possible ambiguity regarding the importance and authority which the Court, acting unanimously, attached to compliance with the simple measure of abstention which it was ordering, bearing in mind the extreme urgency of the situation and the literally vital issue of its implementation. To quote the words of Keith Highet in his commentary on the *Breard* case: "the death row situation is the quintessential instance where an order indicating provisional measures from the I.C.J. could have been applied, but was not" [quoted in English in the original]. Hence, it is indispensable at this stage in the analysis to turn to a consideration of the legal

¹⁰⁷Louis Henkin, "Provisional Measures, U.S. Treaty Obligations and the States", *AJIL* 1998, Vol. 92, pp. 679-683.

¹⁰⁸Keith Highet, "The Emperor's New Clothes: Death Row Appeal to the World Court? The *Breard* case as a Miscarriage of (International) Justice, in *Essays in Memoriam Judge José-Maria Ruda*", Universidad Austral, 2000. *Reproduit dans le Mémoire*, Ann. 39, pp. 765 *et seq.*

consequences, for the United States, of the failure to comply with the provisional measures of 3 March 1999, and that will bring my oral argument to a close.

III. The legal consequences for the United States of failure to comply with the provisional measures of 3 March 1999

51.

"The essential principle contained in the actual notion of an illegal act — a principle which seems to be established by international practice . . . is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and restore the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed."¹⁰⁹

I could have stopped my reading of this quotation as soon as I started, as you obviously all know it by heart, yet the purpose of this reminder of a dictum of the Permanent Court in the *Factory at Chorzów* case is not to repeat a now somewhat time-worn ritual, but to define the terms of the legal situation to be analysed. On 3 March 1999, the Court ordered the United States to adopt a course of conduct which, effectively, left it no option but to apply strictly the decision addressed to it. Moreover, the content of that decision was not particularly constrictive, simply amounting to the provisional suspension of a penal power. The United States ignored it, in so doing tampering with the very subject-matter of the dispute on the merits while the international legal proceedings were ongoing. As a result, having committed a further wrongful act, it incurred further international responsibility — a fresh head of responsibility, founded on actions distinct from those with which it was charged in the Application. Yet that head nonetheless remains closely bound up with the responsibility incurred on the merits, a point which needs to be briefly rehearsed again.

Link between responsibility for disregarding the Order and responsibility on the merits

52. By virtue of its Order, the Court showed that it was in no doubt either as to the prima facie existence of the rights of the Applicant or as to the existence of a danger of irreparable harm. The Applicant's rights were based on the fact that Article 5 of the 1963 Vienna Convention gives every party the right to "protect [. . .] in the receiving State the interests of the sending State and of its nationals, both individuals and bodies corporate . . .". They are also founded on the rights which Germany derives from Article 36, which I shall not analyse again here. On the other hand, I shall

¹⁰⁹Case concerning *Factory at Chorzów*, *P.C.I.J. Reports, Series A, No. 17*, p. 47.

consider your finding of 3 March 1999 that there was a danger of irreparable harm. What exactly does this mean? The harm caused consists in the fact that it is now impossible for Germany to seek *restitutio in integrum*. This harm is irreparable, not because no reparation could ever now be made to Germany, but because no reparation can ever "re-establish the situation which would have existed if the said act had not been committed".

53. In other words, until Walter LaGrand had been executed, and if the Court had been able to consider the issue of whether the United States had or had not violated Article 36 of the Convention, there was still every possibility, should you accept Germany's claims, of the proceedings being resumed in the American courts; but, this time, respecting Germany's rights and the rights of its nationals. Last but not least, it might well have happened that, provided with the best lawyers, and given due notice of his rights, Walter LaGrand's life could have been saved. His execution at the start of the proceedings does not render them moot, but makes them incapable of restoring the status quo prior to the commission of the wrongful acts by the United States.

54. It is clear, therefore, that Germany's rights to secure compliance by the United States with its obligations towards it, and the rights which it exercises on behalf of its nationals through diplomatic protection, constitute evidence of a direct link: between the life of one of its nationals and a legal interest specific to Germany. In no sense therefore is this a matter of seeking to place the Court in the position of an international court of criminal appeal—as has already been sufficiently emphasized.

55. Since the execution of Walter LaGrand, there remains a legal dispute between the two Parties, first on the interpretation and application of Article 36 of the 1963 Vienna Convention and also on the responsibility incurred by the United States by reason of its violation vis-à-vis Germany. But the violation of this provision by the United States eventually resulted in an ultimate prejudice which nothing and nobody can ever make good. Simple reparation by means of the stunted and somewhat disdainful form of satisfaction to which the United States has resorted cannot suffice in these circumstances, particularly in view of the scant commitment to the future shown by it in the past, as has just again been demonstrated by the recent execution of Mr. Flores. Indeed, all will agree that it is totally unacceptable that this State, for the second successive time, should violate Article 36, the rights of a State and the rights of its national, then ignore the

provisional measures ordered by the Court, thus creating irreparable harm — and then regard itself as having satisfied its obligations in terms of international law merely by recognizing that it has committed a violation. I break the law, I ignore the measures ordered by the Court, I carry out the execution — next one please. . .!

II. Conclusion

56. In conclusion, Mr. President, Members of the Court, I shall make two observations, the first of which concerns the scope of provisional measures and, the second, the consequences of their violation, both of them in the particular circumstances of this case.

57. (a) First, the *LaGrand* case demonstrates in a particularly pertinent manner how important it is to remove any remaining ambiguity regarding the scope of provisional measures, at a time when many States are only too inclined to put about the idea that the Court is in this respect less well equipped than other international tribunals. In reality, provisional measures are true procedural decisions, distinct from decisions constituting judgments, yet closely linked to the latter by their purpose, which is to protect the rights of the parties and the subject-matter of the dispute.

58. In this case, the prospect of harm that was truly irreparable, both because it rendered any *restitutio in integrum* impossible and because it violated human life, rendered the Order of 3 March 1999 strictly applicable, all the more so because the balance of interests involved merely imposed on the United States a simple and temporary obligation to abstain.

59. (b) My second observation is that the consequence of the violation of a right is always to incur international responsibility. The responsibility incurred by the United States in ignoring your Order, as distinct from its responsibility for the violations of Article 36, yet bound up with it, can hardly be considered as a totally separate issue. It follows that, for having caused irreparable harm to the Applicant, that responsibility must at the very minimum be treated as what it is, namely a very serious aggravating factor to the initial responsibility of the United States for its violation of Articles 36, paragraphs 1 and 2. The specific result of this must be that the meagre, stunted form of satisfaction proffered by the United States cannot be acceptable as the reparation due by the United States to Germany.

Mr. President, I have now reached the end of the first phase of Germany's oral argument in the *LaGrand* case. I thank the Court for its kind attention during this long day.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Dupuy. The sitting is adjourned. We will resume tomorrow morning at 10 a.m. to hear the oral argument of the United States.

The Court rose at 5.50 p.m.
