

CR 2000/28 (traduction)

CR 2000/28 (translation)

Mardi 14 novembre 2000 à 10 heures

Tuesday 14 November 2000 at 10 a.m.

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is open. I give the floor to Mr. James Thessin, Acting legal Adviser, United States Department of State.

M. THESSIN :

1.1. Merci, Monsieur le président. Madame et Messieurs de la Cour, éminents amis de République fédérale d'Allemagne, Mesdames, Messieurs :

1.2. C'est un honneur pour moi que de me présenter devant vous en tant qu'agent des Etats-Unis. Mes collègues et moi-même sommes ici pour aider la Cour à saisir les faits et principes juridiques qui sous-tendent un différend surgi entre les Etats-Unis et l'Allemagne.

1.3. Parce que ce différend a été porté devant la Cour dans les circonstances les plus dramatiques, alors qu'un individu faisait face à une exécution imminente pour meurtre, il est aisé de perdre de vue les questions centrales dont il s'agit dans l'affaire qui nous occupe aujourd'hui. Mais en tant qu'internationalistes et juristes, nous devons nous concentrer exclusivement sur les faits et principes juridiques fondamentaux en jeu.

1.4. Permettez-moi de résumer ce sur quoi cette affaire porte et ce sur quoi elle ne porte pas. Mes collègues qui prendront la parole après moi entreront davantage dans le détail. Avec votre permission, Monsieur le président, les conseils ne citeront pas intégralement les références qui étayaient nos arguments, mais elles figurent dans les textes fournis à la Cour et aux conseils de la Partie adverse.

Questions dont la Cour a à connaître

1.5. Cette affaire a trait à l'interprétation et à l'application de la convention de Vienne sur les relations consulaires et à rien d'autre. Bien qu'elle s'intitule affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, elle concerne uniquement le différend qui oppose les Etats-Unis et l'Allemagne au sujet de l'application de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Toute autre question soulevée dans les prétentions et conclusions de l'Allemagne se trouve en dehors de la compétence conférée à la Cour par le protocole facultatif.

1.6. Les Etats-Unis et l'Allemagne sont d'accord sur deux points essentiels de l'affaire. Premièrement, nous convenons que la convention sur les relations consulaires exigeait des autorités

compétentes qu'elles informent sans retard Walter et Karl LaGrand qu'ils avaient l'un et l'autre le droit de demander à ces autorités d'avertir les fonctionnaires consulaires allemands de leur arrestation. Et deuxièmement, nous convenons que les autorités compétentes n'ont informé ni l'un ni l'autre des LaGrand de ce droit.

1.7. En revanche, l'Allemagne et les Etats-Unis sont en désaccord quant à l'obligation pesant sur les Etats-Unis du fait de cette violation. En effet, les Etats-Unis estiment qu'ils ont déjà apporté la réparation voulue de cette violation en offrant une satisfaction appropriée¹.

1.8. Premièrement, les Etats-Unis ont reconnu que leurs autorités n'avaient pas informé Walter et Karl LaGrand de leur droit à notification consulaire comme l'exige le paragraphe 1 *b*) de l'article 36 de la convention sur les relations consulaires. Nous l'avons admis, alors même que ce manquement est intervenu à la suite d'une erreur de bonne foi dans des circonstances complexes et qu'il n'a pas eu, à notre avis, d'effet préjudiciable.

1.9. Deuxièmement, au nom des Etats-Unis, le département d'Etat a fait savoir au Gouvernement de l'Allemagne que les Etats-Unis regrettaient profondément et s'excusaient sincèrement d'avoir manqué, envers Karl et Walter LaGrand, à l'obligation que l'article 36, paragraphe 1 *b*), mettait à leur charge. Je n'ai d'ailleurs aucune hésitation, Monsieur le président, à renouveler nos excuses devant cette Cour.

1.10. Troisièmement, le département d'Etat a assuré l'Allemagne que les Etats-Unis étaient conscients qu'il y avait lieu d'améliorer le respect des exigences relatives à la notification consulaire et qu'ils avaient engagé une démarche globale à cette fin.

1.11. L'amélioration du respect de la convention sur les relations consulaires revêt pour nous le plus grand intérêt. Des ressortissants des Etats-Unis se rendent dans toutes les parties du monde. Sans un bon fonctionnement du système international de notification consulaire, nos fonctionnaires consulaires à l'étranger ne peuvent s'acquitter pleinement de leurs fonctions. En conséquence, notre détermination à apporter des améliorations dans ce domaine est sincère et durable.

1.12. Pour renforcer cette démarche, les Etats-Unis ont invité l'Allemagne, dans une note du 18 février 2000, à leur faire connaître sans tarder les éventuelles affaires dans lesquelles elle

¹ 1.8. Les mesures prises à cet effet sont exposées en détail dans les deux premières annexes au contre-mémoire des Etats-Unis : la note du 18 février 2000 adressée à l'ambassade de la République fédérale d'Allemagne par le département d'Etat des Etats-Unis (annexe 2) et le rapport d'enquête du 17 février 2000 joint à cette note (annexe 1).

estimait qu'un manquement à la notification consulaire avait pu se produire. L'Allemagne n'a pas répondu à cette note mais elle a, le 26 octobre, déposé auprès de cette Cour une liste de cas dans lesquels elle estime apparemment qu'il y a eu manquement à l'obligation de notification consulaire. Il serait peu équitable de conclure de ces allégations de dernière minute, faites sans que les Etats-Unis aient eu l'occasion de les étudier, que les Etats-Unis violent de façon flagrante l'article 36. Compte tenu de la date tardive à laquelle la Cour a accepté la production de ces nouveaux documents, elle ne devrait pas leur reconnaître de force probante.

1.13. Monsieur le président, une fois ces différentes mesures prises par les Etats-Unis, le différend avec l'Allemagne aurait dû se trouver réglé. Comme la Cour l'entendra aujourd'hui, un tel règlement est en conformité avec la convention sur les relations consulaires. Il l'est également avec la pratique des Etats ; et il l'est enfin avec le droit de la responsabilité des Etats. Aucune autre réparation de la part des Etats-Unis n'est nécessaire ou appropriée dans les circonstances de l'espèce.

1.14. L'Allemagne n'en a pas fait davantage dans les cas où elle-même a manqué à son obligation d'informer en temps voulu des ressortissants des Etats-Unis de leurs droits consulaires, et les Etats-Unis ne lui en ont pas demandé davantage.

1.15. L'Allemagne, cependant, se fait une idée beaucoup plus large de la réparation que doivent les Etats-Unis pour n'avoir pas informé les frères LaGrand. L'Allemagne prie la Cour de dire que les exécutions ont été illicites, alors même qu'elle n'a pas démontré que le défaut de notification ait porté atteinte, en l'espèce, à l'équité des deux procès ou à l'appréciation approfondie des circonstances atténuantes. L'Allemagne demande aussi des garanties de non-répétition, alors qu'elle-même est loin d'avoir toujours respecté ses obligations en la matière. L'Allemagne demande enfin l'application de règles spéciales quand la peine de mort est en jeu, alors même que la convention de Vienne n'établit aucune distinction de ce genre.

1.16. En fait, l'Allemagne prie cette Cour de créer des obligations supplémentaires auxquelles les Parties n'ont pas donné leur assentiment. La Cour ne servirait ni les intérêts de l'Allemagne, ni ceux des Etats-Unis, ni ceux de la communauté internationale dans son ensemble en acceptant, comme l'y invite l'Allemagne, de dénaturer les prescriptions de la convention sur les relations consulaires et d'amplifier les mesures de réparation dues en cas de violation.

1.17. Nous estimons qu'il existe une issue pour la Cour : dire que le véritable différend entre les Parties — relatif à la violation de l'obligation dont étaient tenus les Etats-Unis envers l'Allemagne d'informer les LaGrand de leur droit à la notification consulaire — se trouve résolu dès lors que les Etats-Unis ont présenté leurs excuses et donné des assurances de non-répétition, privant ainsi cette affaire de son objet. Les autres revendications de l'Allemagne sont de nature spéculative et dérivée et n'ont pas d'existence autonome.

Questions dont la Cour n'a pas à connaître

1.18. La Cour n'a pas à se pencher, dans la présente instance, sur certaines autres questions auxquelles l'Allemagne a consacré hier un temps considérable.

1.19. *Les systèmes pénaux des Etats.* Comme la Cour l'a elle-même déclaré avec sagesse, sa fonction est de résoudre les différends juridiques internationaux entre Etats et «non pas d'agir en tant que cour d'appel en matière criminelle»². Le rôle de la Cour est en effet centré sur l'interprétation et l'application des conventions internationales. Ainsi, nous ne devons pas nous laisser entraîner par l'Allemagne à examiner à nouveau si les avocats se sont montrés compétents, à analyser de nouvelles allégations de discrimination raciale, et à réorganiser le système pénal américain.

1.20. Aucune lecture convenable de la convention de Vienne sur les relations consulaires n'autorise à penser qu'elle dicte à un Etat la façon dont il doit organiser son système judiciaire interne. L'Allemagne, en fait, a invité cette Cour à créer une nouvelle obligation juridique internationale, qui se traduirait nécessairement, chaque fois qu'il y aurait violation de la règle de notification consulaire, par une profonde intrusion dans le système de justice pénale interne de tout Etat réprimant une infraction, quelle qu'elle soit. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, la position de l'Allemagne tend à conduire la Cour à légiférer, et non à interpréter, en outrepassant largement les limites de la fonction judiciaire qui est la sienne.

1.21. Si nous nous élevons contre les tentatives de l'Allemagne d'élargir le champ de cette affaire, ce n'est pas que nous craignons de telles investigations. En effet, à la seule exception du manquement à l'obligation d'informer les LaGrand, les Etats-Unis ont agi dans le respect total du

² Ordonnance du 3 mars 1999, affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, par. 25.

droit étatique, fédéral et international à toutes les étapes de la procédure, devant les tribunaux de l'Arizona, devant les tribunaux fédéraux et devant cette Cour. Lors de l'audience au cours de laquelle les peines ont été prononcées, les avocats des LaGrand ont plaidé les circonstances atténuantes en invoquant des faits remontant à la petite enfance des deux frères en Allemagne. Les LaGrand ont été traités à tous égards comme s'ils étaient des citoyens américains, ce que de nombreux fonctionnaires et au moins l'un des deux frères pensaient être le cas. L'intervention de l'Allemagne n'eût au mieux qu'un effet d'accumulation, en venant se surajouter à ce processus exhaustif. Comme l'a déclaré M. Oda,

«si les autorités consulaires avaient pu entrer en communication avec M. Walter LaGrand à l'époque de son arrestation ou de sa détention, la procédure judiciaire dans cette affaire devant les tribunaux internes des Etats-Unis n'aurait pas été différente»³.

1.22. Malgré la sévère condamnation du système juridique américain prononcée par l'Allemagne dans son mémoire et dans ses plaidoiries, et avant que les thèses contestables qu'elle défend devant cette Cour n'aient eu besoin d'appui, les plus hautes autorités de l'Allemagne, le président Herzog et le ministre de la justice, qui ont assurément toute autorité pour parler au nom de l'Allemagne, ont salué le caractère équitable de la procédure suivie dans l'affaire *LaGrand*. Le président Herzog a écrit : «Je ne doute nullement de la légitimité de leur condamnation ni de l'équité de la procédure suivie devant les juridictions de l'Etat de l'Arizona et devant les juridictions fédérales.» Le ministre de la justice a écrit dans le même sens :

«pas plus que je n'ai de doute quant à la régularité de la procédure intentée à leur encontre devant les juridictions de l'Etat de l'Arizona et devant les tribunaux fédéraux, et qui s'est soldée par l'imposition aux condamnés — avec effet définitif et obligatoire — de la peine de mort».

Les LaGrand — pour citer le ministre de la justice — ont commis «un crime abominable, empreint d'une brutalité toute particulière».

1.23. *La bonne foi*. La bonne foi des Etats-Unis n'est pas vraiment en cause non plus. Le rapport d'enquête (reproduit à l'annexe 1) expose avec force détails les circonstances qui ont entouré l'arrestation des frères LaGrand, y compris la confusion qui existait à propos de leur nationalité, et explique la façon dont la violation de l'obligation d'information a eu lieu. Dans un

³ Affaire *LaGrand* (*Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique*), ordonnance du 3 mars 1999, déclaration de M. Oda, par. 4.

pays d'immigration où la plupart des résidents ont leurs racines dans d'autres pays, dans un pays où il n'existe pas de carte d'identité nationale, les Etats-Unis font beaucoup d'efforts pour éviter les divisions entre citoyens et non-citoyens. Distinguer un citoyen américain d'un individu qui ne l'est pas est donc souvent difficile. La délégation des Etats-Unis, par exemple, comprend des avocats nés en Allemagne, en Pologne et en Suisse ainsi qu'un autre dont les ancêtres ont émigré d'Allemagne; un seul d'entre nous n'est pas citoyen américain. L'insinuation selon laquelle les autorités de l'Arizona auraient violé par négligence ou délibérément l'obligation d'informer les frères LaGrand est intolérable.

1.24. Les efforts des Etats-Unis pour remédier à la violation en question du mieux qu'ils pouvaient ont néanmoins été sérieusement compromis par la date tardive à laquelle l'Allemagne a soulevé le problème. M. Fischer, le ministre allemand des affaires étrangères, a évoqué pour la première fois la possibilité d'un défaut de notification consulaire auprès de Mme Albright, la secrétaire d'Etat, le 22 février 1999, deux jours seulement avant la date prévue pour l'exécution de Karl LaGrand, ce qui ne laissait pas assez de temps pour procéder à une enquête avant l'exécution. De la même manière, la requête et la demande en indication de mesures conservatoires ont été déposées devant cette Cour le soir précédant la date prévue pour l'exécution de Walter LaGrand. Je prie la Cour de bien vouloir considérer que, si la communication diplomatique relative au défaut de notification consulaire et le dépôt de la requête devant cette Cour ont tous deux eu lieu tardivement, cela est imputable au Gouvernement de l'Allemagne.

1.25. *La peine capitale.* Même si de nombreuses personnes ici ont de graves réserves à l'égard de la peine capitale, cette affaire n'est pas, comme la Cour⁴ et le mémoire de l'Allemagne⁵ s'accordent à le reconnaître, une affaire sur la peine capitale. Le droit international autorise la peine capitale lorsqu'elle est dûment prescrite pour la commission des crimes les plus graves et appliquée par un Etat dans le respect des droits de la défense et en étant assortie de garanties procédurales rigoureuses, comme c'est le cas aux Etats-Unis. Le pacte international relatif aux droits civils et politiques le reconnaît expressément. Environ soixante-dix Etats, actuellement, prévoient et appliquent la peine de mort pour les crimes les plus graves. Les Etats fédérés des

⁴ Ordonnance du 3 mars 1999, affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, par. 25.

⁵ Mémoire, par. 1.08-1.09.

Etats-Unis qui ont choisi de maintenir la possibilité de prononcer la peine de mort pour les crimes les plus graves l'ont fait par des moyens transparents et démocratiques.

1.26. Plus important encore, la convention de Vienne sur les relations consulaires ne fait pas mention de la peine de mort. Il n'en est pas non plus question dans ses travaux préparatoires, pourtant volumineux. La doctrine non plus, dans les écrits ayant trait à la convention, ne s'est pas penchée sur la peine capitale avant l'affaire introduite par le Paraguay devant cette Cour en 1998. Les dispositions de la convention n'établissent pas non plus de distinction entre les affaires pénales où la peine de mort est encourue et celles où d'autres peines sont en jeu. Toute interprétation que fera la Cour de cette convention en l'espèce devra donc être également applicable aux infractions qui ne sont pas punissables de la peine de mort. Je ne doute pas que la Cour gardera à l'esprit que sa compétence se limite à l'interprétation et à l'application de la convention de Vienne sur les relations consulaires et ne s'étend pas à des initiatives de grande portée qui, sous couvert d'une violation de cette convention, tendent à faire le procès de la peine de mort.

1.27. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, permettez-moi de vous présenter les conseils des Etats-Unis et de résumer brièvement les exposés restant à faire aujourd'hui.

Ordre des exposés

1.28. Monsieur le président, je vous prierai d'abord d'appeler à la barre l'honorable Janet Napolitano, *Attorney General* de l'Etat d'Arizona; *l'Attorney General* est le plus haut magistrat du parquet de cet Etat, élu par le peuple de l'Arizona. Mme Napolitano exposera les faits importants de cette affaire et montrera le caractère hypothétique et peu plausible du préjudice allégué par l'Allemagne.

1.29. Nous prions ensuite la Cour d'entendre M. Theodor Meron, professeur titulaire de la chaire Charles L. Denison à la *New York University*, actuellement conseiller chargé des questions de droit international au département d'Etat des Etats-Unis. M. Meron parlera de la question de la compétence de la Cour en l'espèce.

1.30. Après M. Meron, nous prions la Cour d'entendre Mme Catherine Brown, conseiller juridique adjoint chargé des affaires consulaires au département d'Etat et agent adjoint en

l'instance. Mme Brown parlera des efforts considérables déployés par les Etats-Unis pour prévenir de nouveaux manquements et analysera les dispositions de la convention de Vienne relatives à la notification consulaire.

1.31. Nous prions ensuite la Cour d'entendre M. Stephen Mathias, conseiller juridique adjoint chargé des questions concernant les Nations Unies au département d'Etat et agent adjoint en l'instance, qui parlera des mesures demandées par l'Allemagne.

1.32. Après M. Mathias, nous prions la Cour d'entendre M. Stefan Trechsel, professeur à l'Université de Zurich, longtemps membre et ancien président de la commission européenne des droits de l'homme. M. Trechsel examinera la nature du droit qu'a un ressortissant étranger d'être informé de son droit de faire avertir son consulat. Son exposé sera centré sur trois questions. Premièrement, ce droit peut-il être considéré comme relevant de la catégorie des droits de l'homme ? Deuxièmement, quelle que soit la façon dont on définit ce droit d'information consulaire, constitue-t-il un droit de la défense, participant du droit à un procès équitable ? Troisièmement, en supposant qu'il s'agisse d'un tel droit (ce qui n'est pas le cas, conclura M. Trechsel), quelles conséquences découlent ou ne découlent pas de sa violation ?

1.33. Après M. Trechsel, la Cour entendra M. Michael Matheson, professeur à la *School of Advanced International Studies* de la *Johns Hopkins University*, qui parlera de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour en l'espèce et de la réaction des Etats-Unis à celle-ci.

1.34. Je remercie la Cour de son attention. Monsieur le président, je vous prie d'appeler à la barre Mme Napolitano.

Le PRESIDENT : Thank you Mr. Thessin. I now give the floor to the Attorney General of the State of Arizona, the Honourable Janet Napolitano,.

Mme NAPOLITANO :

2.1. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, c'est un honneur pour moi que de me présenter devant vous aujourd'hui. Je suis sensible au fait que c'est la première fois que les Etats-Unis invitent un fonctionnaire d'un des Etats des Etats-Unis à collaborer à leur représentation devant cette Cour. C'est une chance que j'apprécie à sa juste valeur, et

j'espère que mes observations vous aideront à mieux comprendre les questions que soulève cette affaire.

2.2. Ma présence en ces lieux s'explique en partie par le fait que c'est l'Etat d'Arizona qui a assumé la responsabilité directe de traduire en justice les frères LaGrand pour le crime de meurtre aggravé et d'appliquer la peine prononcée à leur encontre. Je suis également là aujourd'hui parce que, bien que les Etats-Unis soient responsables au regard du droit international de toute violation de l'article 36 de la convention de Vienne, celle dont il s'agit en l'espèce tient au fait que des fonctionnaires de l'Etat d'Arizona n'ont pas informé les frères LaGrand, une fois la nationalité allemande connue, de leur droit de faire avertir leur consulat. Le département d'Etat des Etats-Unis a estimé approprié, et je partage ce point de vue, que j'entreprenne d'expliquer à la Cour les faits essentiels de l'affaire. Ma démarche sera d'expliquer d'abord les faits se rapportant à la violation de l'article 36, puis d'analyser pour la Cour les différents éléments de la procédure pénale, et enfin de montrer l'absence d'effet préjudiciable.

2.3. Je dirai d'abord quelques mots du contexte dans lequel est née l'affaire. La Cour n'ignore pas, bien sûr, que les Etats-Unis sont un Etat fédéral. L'une des caractéristiques fondamentales de notre fédéralisme, qui n'est pas toujours bien comprise, est que notre Etat fédéral a été constitué par des Etats différents qui se sont unis et ont transféré des compétences, mais seulement des compétences précises et limitées, à l'Etat fédéral. Les Etats ont conservé pour eux-mêmes, et pour le peuple, toutes les autres compétences. Il en résulte, entre autres conséquences, qu'un Etat comme l'Arizona a un système de justice pénale autonome dans lequel l'Etat fédéral ne joue pratiquement aucun rôle. Ce sont donc les autorités de l'Arizona qui ont poursuivi les frères LaGrand pour le meurtre qu'ils avaient commis, sans que l'Etat fédéral intervienne en rien. Il s'agissait d'un crime contre le peuple d'Arizona, et c'est en application du droit de l'Arizona que les frères LaGrand ont été inculpés de meurtre. Bien qu'il soit le chef du pouvoir exécutif des Etats-Unis, le président des Etats-Unis n'avait pas le pouvoir de traduire les frères LaGrand en justice pour ce meurtre, et il n'avait aucun pouvoir quant à l'administration de la peine. Seuls les tribunaux fédéraux des Etats-Unis, en tant que garants des droits constitutionnels fédéraux aux Etats-Unis, avaient le pouvoir d'influer sur l'issue de l'affaire *LaGrand*.

2.4. Aux Etats-Unis, chaque Etat dispose de sa propre structure gouvernementale, qui peut varier considérablement d'un Etat à l'autre. L'Arizona se compose de quinze comtés et son système de justice pénale est décentralisé. En plus de l'*Attorney General* de l'Arizona, qui est un fonctionnaire élu à l'échelle de l'Etat, chaque comté a son propre procureur général (*county attorney*), qui est élu par les habitants du comté. Chaque *county attorney* a compétence en première instance pour poursuivre les crimes de meurtre. C'est le *county attorney* qui met en mouvement la procédure de jugement d'un accusé ou d'un prévenu et la procédure de détermination de la peine si ce dernier est déclaré coupable. En principe, c'est seulement quand il y a appel que mes services prennent en charge une affaire de meurtre. Conformément à ce système, les LaGrand ont été poursuivis par le procureur du comté (*county prosecutor*) relevant du bureau du *county attorney* de Pima. Mes services se sont chargés de l'affaire en appel, mais c'est le *county prosecutor* qui a de nouveau représenté l'Etat d'Arizona au cours de l'audience sur le recours en grâce final. Il incombait à la gouverneur de l'Arizona, chef de l'exécutif de l'Etat d'Arizona, de veiller à ce que les peines soient correctement appliquées. Elle pouvait commuer les peines à l'issue du recours en grâce, mais seulement sur avis favorable de la commission des grâces de l'Arizona.

2.5. Peut-être serait-il utile de donner à la Cour quelques indications concernant la géographie et la démographie de l'Arizona. L'Arizona est un peu plus petit que la Pologne, et a à peu près la même population que la Finlande ou le Danemark. Il est contigu sur sa frontière sud avec le Mexique. Les LaGrand ont été arrêtés à Tucson, qui est à environ une heure de voiture de la frontière mexicaine. Le lieu de l'attaque de la banque et le meurtre se situe non loin de là, un peu plus au nord et à l'ouest. La ville de Los Angeles, en Californie, où se trouve le poste consulaire allemand du ressort duquel dépend l'Arizona, est à environ 488 miles de Tucson. La population de l'Arizona est très variée et comprend aussi bien des Hispano-Américains, des Amérindiens, des Afro-Américains et des Amérasiens que des personnes de race blanche. Cette diversité de la population s'explique par notre situation au sud-ouest des Etats-Unis et par la proximité du Mexique, ainsi que par la présence en Arizona de plusieurs bases militaires. De nombreux soldats de l'armée américaine ont fondé une famille dans d'autres pays avant d'être envoyés en Arizona. Leurs femmes, maris ou enfants sont souvent nés à l'étranger mais les

enfants, en particulier, sont généralement citoyens des Etats-Unis. (Le fait que les LaGrand n'avaient pas la nationalité américaine était donc inhabituel, et tient, premièrement, à ce qu'ils étaient nés de pères américains hors mariage et, deuxièmement, à ce qu'ils avaient été adoptés par un citoyen américain qui n'avait pas accompli les formalités nécessaires pour leur naturalisation). En raison de cette diversité en Arizona, notre personnel de police a souvent affaire à des personnes nées à l'étranger qui sont enfants de militaires américains et ont la citoyenneté des Etats-Unis. Il sait, étant donné les préoccupations qui ont cours en matière de discrimination et d'égalité de traitement devant la loi, et instruit par son expérience au contact de cette population variée, qu'il risque d'offenser de tels citoyens américains en mettant en doute leur nationalité.

Les faits pertinents en ce qui concerne la violation de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 et l'intervention de dernière minute de l'Allemagne dans l'affaire ne sont pas tels que l'Allemagne les a présentés

2.6. Après ces remarques préliminaires, je voudrais maintenant en venir aux faits relatifs au défaut de notification dans la présente affaire. Après l'introduction de l'instance par l'Allemagne, mes services ont collaboré avec le département d'Etat des Etats-Unis à une enquête sur le problème de la notification consulaire. Les résultats de cette enquête figurent dans un rapport volumineux que les Etats-Unis ont adressé à la Cour ainsi qu'au gouvernement allemand en février dernier : il s'agit de l'annexe 1 au contre-mémoire. Avant cette enquête, il régnait une grande confusion sur la nationalité des LaGrand et sur ce qu'on en savait entre janvier 1982, date à laquelle les LaGrand ont été arrêtés, et juin 1992, date à laquelle ils ont pris contact avec les fonctionnaires du consulat allemand à Los Angeles.

2.7. Notre enquête a montré que les policiers ayant procédé à l'arrestation pensaient, sur la foi des indications fournies par Karl et Walter LaGrand, que c'étaient des citoyens des Etats-Unis. La procédure d'arrestation du comté de Pima exige que soit rempli un rapport d'arrestation sur lequel doivent figurer des informations relatives à la nationalité de la personne arrêtée. Sur ce rapport, le choix était soit de cocher une case indiquant la citoyenneté américaine, soit — si l'intéressé n'avait pas la citoyenneté américaine — d'inscrire sur la ligne prévue à cet effet le nom du pays dont l'intéressé avait la nationalité. Il s'agit de l'annexe 1 au mémoire de l'Allemagne. Ce rapport contient les informations fournies par la personne arrêtée. Le rapport d'arrestation de Karl

fait apparaître clairement, mais à tort, que l'intéressé est citoyen américain. Sur le rapport d'arrestation de Walter, la case «citoyenneté des Etats-Unis» n'est pas cochée, mais la ligne à remplir quand l'intéressé n'a pas la citoyenneté américaine est également laissée en blanc. A partir de ces informations, les enquêteurs ont conclu qu'aucun des frères ne s'était présenté comme un ressortissant allemand aux fonctionnaires ayant procédé à l'arrestation, et que Karl avait déclaré qu'il était citoyen américain. En outre, au moment du crime, les deux frères étaient coiffés à la mode afro-américaine et parlaient sans la moindre trace d'accent allemand⁶. Ils avaient l'allure d'Américains, ils parlaient comme des Américains et ils se comportaient comme des Américains.

2.8. Nous avons aussi appris que certains des fonctionnaires ayant procédé à l'arrestation savaient que les pères des LaGrand étaient des militaires américains, ce qui n'a fait que les conforter dans leur idée que les LaGrand étaient citoyens des Etats-Unis, même s'ils savaient que les frères étaient nés en Allemagne. Cette idée reposait sans doute en partie sur leur connaissance de la population militaire américaine en Arizona. J'ai appris depuis lors qu'il s'agit d'une méprise très fréquente sur le droit de la nationalité des Etats-Unis, et que même des citoyens américains ayant adopté des enfants nés à l'étranger pensent à tort que leurs enfants adoptifs acquièrent automatiquement la citoyenneté américaine. De fait, Masie LaGrand, après avoir adopté les frères, pensait apparemment que ses fils adoptifs étaient devenus américains car il les a clairement présentés tous deux comme tels auprès des forces armées des Etats-Unis lorsqu'il a organisé leur voyage en Allemagne en 1974. Cela était fortement la thèse selon laquelle les frères eux-mêmes pensaient lors de leur arrestation qu'ils étaient ou pouvaient être des citoyens des Etats-Unis. Ils n'ont en tout cas rien fait qui pût donner à penser aux policiers ayant procédé à leur arrestation qu'il fallait se renseigner plus avant sur leur nationalité.

2.9. Notre enquête a également montré qu'à l'origine les LaGrand étaient détenus à la prison du comté de Pima, et qu'apparemment le personnel de la prison aussi pensait que les LaGrand étaient américains. Cela se comprend, puisqu'il devait disposer des mêmes informations que les fonctionnaires ayant procédé à l'arrestation.

⁶ Annexe 1 au contre-mémoire des Etats-Unis déposé devant la Cour le 27 mars 2000, p. 1.

2.10. Cependant, notre enquête a aussi dévoilé que, après que les LaGrand eurent été transférés de la prison du comté à une prison de l'Etat d'Arizona, les fonctionnaires de la prison d'Etat ont apparemment appris qu'en fait ils n'étaient pas américains. Nous n'avons pas pu déterminer exactement ce qu'ils savaient, ni comment ou à quel moment ils l'ont su, vu le temps qui s'est écoulé depuis. Mais un fonctionnaire de la prison d'Etat a écrit au Service de l'immigration et des naturalisations des Etats-Unis au milieu de l'année 1983 pour l'avertir qu'il se pouvait que les LaGrand fussent des étrangers en situation irrégulière. Vers la fin de l'année 1984, les registres carcéraux indiquaient clairement que les LaGrand étaient allemands. Le rapport d'enquête en a tiré la conclusion que le service de l'immigration avait confirmé à la prison que les LaGrand étaient allemands. Il est clair qu'il aurait fallu, une fois l'information confirmée, demander aux LaGrand s'ils voulaient qu'un fonctionnaire consulaire allemand soit averti de leur détention. L'Arizona regrette que l'information voulue n'ait pas été fournie alors aux LaGrand.

2.11. Je me suis concentrée jusqu'ici sur les autorités responsables de l'arrestation et de la détention parce qu'elles ont été considérées aux Etats-Unis comme les autorités compétentes aux fins de l'article 36. Il importe cependant de savoir que d'autres personnes non considérées comme compétentes en la matière savaient, ou avaient accès à des informations qui leur auraient permis de savoir, que les LaGrand étaient en fait des ressortissants allemands.

2.12. Une fois les LaGrand déclarés coupables, la procédure de détermination de la peine comportait l'établissement de ce que nous appelons un «rapport pré-sentenciel». Le rapport pré-sentenciel est établi par un employé du tribunal après le verdict de culpabilité pour aider le tribunal à fixer la peine. Il expose les antécédents sociaux des intéressés et contient d'autres informations pertinentes pour la fixation de la peine, ainsi que des informations concernant le crime. Je renvoie la Cour à l'annexe 6 au contre-mémoire des Etats-Unis, ainsi qu'à l'annexe 2 au mémoire de l'Allemagne. Les employés du tribunal qui étaient chargés de rédiger le rapport pré-sentenciel savaient que les LaGrand étaient allemands et ont consigné cette information dans le rapport. Ces employés n'avaient toutefois aucune responsabilité dans l'arrestation ou la détention des LaGrand et n'agissaient pas en qualité d'avocats ou de policiers assermentés chargés de la mise en détention des individus arrêtés. Les Etats-Unis ne les ont jamais considérés comme des autorités compétentes auxquelles incombait la notification consulaire prévue par la convention de Vienne.

Et les autorités chargées de l'arrestation et de la détention n'ont pas pu recevoir le rapport pré-sentenciel et ne pouvaient donc pas savoir que ce rapport, à l'inverse du rapport d'arrestation, identifiait les LaGrand comme étant des ressortissants allemands.

2.13. Il est important de souligner, au vu des protestations de l'Allemagne selon lesquelles les rapports pré-sentenciels étaient en quelque sorte inaccessibles, que les rapports pré-sentenciels concernant Karl et Walter ont été communiqués non seulement au juge mais aussi au procureur et aux avocats des LaGrand. Vous pouvez constater, à la lecture de l'annexe 5 du mémoire de l'Allemagne, que les avocats de la défense avaient ce rapport. Cette annexe montre que, au cours de l'audience de détermination de la peine tenue le 12 décembre 1984, le juge a demandé expressément aux avocats s'ils en avaient reçu copie, et les deux avocats ont répondu par l'affirmative⁷. Il est donc clair qu'au moins le procureur et les deux avocats de la défense ont eu accès à l'information relative à la nationalité allemande des LaGrand.

2.14. L'avocat de Walter nous a lui-même confirmé qu'il savait que Walter était allemand. En revanche, l'avocat de Karl supposait, comme les fonctionnaires de l'Arizona qui ont arrêté les LaGrand, que ceux-ci étaient des citoyens américains. L'avocat de Karl savait que Karl était né en Allemagne, mais il savait aussi que les pères des LaGrand étaient des soldats américains et il était lui-même enfant de militaire américain. En tout cas, les deux avocats de la défense savaient que les frères avaient vécu en Allemagne pendant leurs premières années.

2.15. Je crois comprendre que l'Allemagne prétend avoir été abusée sur la date à laquelle les fonctionnaires de l'Arizona ont su que les frères LaGrand étaient allemands. Elle a dit que ce n'était que lors de l'audience tenue le 23 février 1999 par la commission des grâces au sujet de Karl LaGrand qu'elle avait appris que l'Arizona était au courant depuis le début de la nationalité allemande des LaGrand. Les LaGrand eux-mêmes sont en partie responsables de la confusion créée, mais il n'en reste pas moins que l'Etat, les avocats de la défense et le juge étaient au courant de leur nationalité avant le prononcé de la peine. L'Allemagne a confondu la question de la date à laquelle les autorités de l'Arizona ayant arrêté et détenu les LaGrand ont été informées avec celle de la date à laquelle l'ont été les avocats des LaGrand et le procureur.

⁷ Annexe 5, p. 120.

2.16. L'Allemagne s'est attachée à souligner qu'elle n'avait eu connaissance de l'ampleur de la violation alléguée que lors de l'audience tenue par la commission des grâces, quand le procureur du ministère public du comté de Pima — l'organe qui avait à l'origine porté les accusations et intenté les poursuites contre les LaGrand — a déclaré qu'on savait parfaitement avant qu'ils ne passent en jugement qu'ils étaient de nationalité allemande. Si la Cour examine attentivement le contexte des propos du procureur, elle constatera que celui-ci répondait à l'affirmation faite à l'audience que les fonctionnaires consulaires allemands auraient pu, si le consulat avait été averti, réunir en Allemagne des éléments de preuve établissant l'existence de circonstances atténuantes qui auraient pu aboutir à ce que soit prononcée contre les LaGrand une peine de réclusion à perpétuité. Ce que le procureur voulait dire, c'est que les avocats défendant les LaGrand savaient parfaitement que ceux-ci étaient nés en Allemagne et y avaient passé les premières années de leur vie. Les avocats des LaGrand auraient donc pu chercher à réunir en Allemagne des éléments de preuve établissant l'existence de circonstances atténuantes, indépendamment de toute assistance consulaire. Le fait pour l'Arizona de ne pas avoir informé les LaGrand de la faculté qui était la leur de demander l'assistance consulaire n'a donc nullement eu pour effet de les empêcher d'obtenir des éléments de preuve en Allemagne et de les présenter dans le cadre de leur défense, comme ils l'ont d'ailleurs fait.

2.17. La possibilité qu'avaient les avocats de la défense de consulter le rapport pré-sentenciel entraîne aussi que les LaGrand auraient pu invoquer la violation de l'article 36 comme moyen de défense lors des procédures pénales dont ils ont fait l'objet s'ils avaient estimé qu'il s'agissait là d'un point de droit important. Mais surtout, il en découle que rien ne peut justifier le retard mis par l'Allemagne elle-même à soulever la question de la notification consulaire puisqu'elle reconnaît, comme elle y est bien obligée, qu'elle était également au courant de la situation des LaGrand en 1992, sept ans avant d'introduire la présente instance. Si elle avait vraiment voulu savoir quels étaient les éléments dont il avait été tenu compte pour fixer la peine infligée aux LaGrand, l'Allemagne aurait pu se procurer les rapports pré-sentenciels n'importe quand après 1992 en les demandant simplement aux avocats des LaGrand ou bien encore à l'Etat d'Arizona ou au département d'Etat des Etats-Unis. L'indication donnée hier par l'Allemagne que le rapport pré-sentenciel était placé sous scellés est fallacieuse. La Cour constatera à la lecture de la

page 1009 du mémoire de l'Allemagne que les rapports pré-sentenciels étaient devenus publics depuis mars 1993 au moins, date à laquelle Karl LaGrand les a déposés auprès du tribunal fédéral de première instance à l'appui de son recours tendant à faire infirmer la déclaration de culpabilité et la peine prononcée à son encontre⁸. Si l'Allemagne avait fait preuve d'une diligence raisonnable, les propos tenus par le procureur du comté lors de l'audience de la commission des grâces ne l'auraient pas surpris car celui-ci avait absolument raison de dire que le fait de ne pas avoir informé les LaGrand de la faculté qui était la leur de faire avertir leur consulat ne les avait nullement empêchés de présenter des éléments de preuve en provenance d'Allemagne lors de l'audience sur les circonstances atténuantes. Il est tout simplement faux de laisser entendre que l'Allemagne n'a pas pu consulter le rapport pré-sentenciel avant la date de l'audience tenue par la commission des grâces.

2.18. Je tiens aussi à assurer la Cour que l'Arizona a pris d'importantes initiatives depuis 1992 en matière de notification consulaire. Avant même que les projecteurs ne soient braqués sur la présente affaire, le gouverneur de l'Arizona et mon prédécesseur ont pris diverses mesures pour s'assurer que tous les fonctionnaires compétents de l'Arizona comprenaient bien les obligations des Etats-Unis en matière de notification consulaire et les respectaient. Nous avons à cet effet travaillé en étroite collaboration avec le département d'Etat des Etats-Unis, pour nous assurer que les directives que nous donnons sont conformes aux exigences tant de la convention de Vienne que des nombreux traités bilatéraux auxquels les Etats-Unis sont partie.

2.19. Ces exigences ont été rappelées par écrit à tous les procureurs de comté de l'Arizona chargés d'exercer l'action publique et le même rappel a été adressé à tous les responsables des divers services de police en Arizona. Les corps de police locaux qui sont chargés de procéder aux arrestations ont adopté des règles en matière de notification consulaire. L'administration pénitentiaire de l'Arizona qui a pour mission de détenir les personnes condamnées ainsi que certaines personnes placées en détention provisoire dispose maintenant de directives en matière de notification consulaire et a dressé et distribué à tous les centres de détention une liste des postes consulaires aux Etats-Unis qui sont établis en Arizona ou dans un Etat proche. Y figure

⁸ Mémoire de l'Allemagne, annexe 46.

évidemment le consulat de l'Allemagne à Los Angeles, en Californie, qui dessert l'Arizona. L'administration pénitentiaire de l'Arizona a adopté des règles qui prescrivent de déterminer la nationalité de tous les détenus et d'informer tous ceux qui sont nés à l'étranger de l'existence d'une assistance consulaire, même s'ils ont la qualité de citoyens américains. Mon prédécesseur a adressé au président de la cour suprême de l'Arizona une lettre le priant d'apporter au règlement des tribunaux de l'Arizona une modification qui contribuera aussi à assurer un meilleur respect de cette obligation. Nous avons organisé et continuerons d'organiser de nombreuses sessions de formation, complétées par les formations que dispensent des fonctionnaires du département d'Etat des Etats-Unis en divers endroits de l'Arizona et par une large diffusion dans cet Etat des directives écrites du département d'Etat en matière de notification consulaire. Je puis affirmer catégoriquement que l'Etat d'Arizona manifeste à cet égard une grande détermination et le faisait déjà bien avant l'introduction de la présente instance.

Les LaGrand ont bénéficié de toutes les garanties judiciaires nécessaires pour leur assurer un procès équitable

2.20. Je voudrais maintenant aborder les procédures pénales elles-mêmes ainsi que les deux prétentions de l'Allemagne à cet égard. Selon la première, les LaGrand n'ayant pas été informés de la faculté qui était la leur de faire avertir leur consulat, il aurait dû être possible par la suite de modifier l'issue de leur procès. Selon la seconde, si les LaGrand avaient été informés de leur droit de notification consulaire en temps utile, l'issue du procès aurait en fait été différente. Je soutiens qu'aucune de ces propositions n'est exacte.

2.21. Les LaGrand ont été jugés, comme je l'ai dit, par l'Etat d'Arizona en vertu des lois de l'Arizona. Ils ont bénéficié de toute la panoplie des garanties judiciaires s'appliquant en Arizona tant au niveau de la procédure que du fond en matière pénale dans les cas où la peine capitale est requise. Il s'agit notamment des garanties instituées par ce que les Américains appellent la «Déclaration des droits» (*Bill of Rights*), c'est-à-dire les dix premiers amendements à la Constitution des Etats-Unis, déclaration qui définit en matière pénale les droits reconnus à tous les individus aux Etats-Unis, qu'ils soient ou non ressortissants américains. Le temps dont je dispose aujourd'hui ne me permet pas de passer en revue toutes les garanties qui étaient applicables, mais je voudrais analyser les plus pertinentes dans le cas du procès de Walter et de Karl LaGrand.

2.22. En premier lieu, les LaGrand se voyaient garantir par les cinquième et quatorzième amendements à la Constitution des Etats-Unis le droit d'être jugés par un tribunal équitable et impartial⁹. Il n'est pas contesté en l'espèce que le jury et le juge ont tous les deux fait preuve d'équité et d'impartialité.

2.23. En deuxième lieu, les LaGrand bénéficiaient en vertu du droit de l'Arizona et de celui des Etats-Unis de la garantie de ne pas faire l'objet de discrimination à raison de leur race, origine ethnique, sexe ou origine nationale¹⁰. Rien n'indique et il n'a à aucun moment été allégué que les LaGrand aient été victimes de discrimination. Ils ne l'ont assurément pas été à raison de leur nationalité allemande.

2.24. En troisième lieu, le cinquième amendement à la Constitution des Etats-Unis reconnaissait aux LaGrand le droit de garder le silence et de ne faire aucune déclaration à la police ou à d'autres fonctionnaires. Ces droits ont été scrupuleusement respectés¹¹.

2.25. En quatrième lieu, les LaGrand avaient aussi le droit, en vertu du sixième amendement à la Constitution des Etats-Unis, d'être informés des charges retenues contre eux, de bénéficier d'un procès public devant jury et de disposer d'un délai et de moyens suffisants pour préparer leur défense et consulter un avocat¹². Les LaGrand ont, là encore, bénéficié de tous ces droits.

2.26. Le sixième amendement garantit également le droit à l'assistance d'un avocat. Hier, l'Allemagne a insisté sur le fait qu'elle aurait aidé les LaGrand à obtenir une meilleure représentation en justice s'ils avaient été informés de leur droit de faire avertir leur consulat, et que son intervention aurait pu modifier l'issue du procès. Cette affirmation ne résiste pas à l'analyse. Les LaGrand étaient en droit, lorsqu'ils ont interjeté appel des verdicts de culpabilité, de soulever la question de la qualité de la représentation que leur avaient assurée leurs avocats. Walter LaGrand a choisi de ne pas soulever ce moyen lors des premiers recours qu'il a formés, alors que Karl LaGrand l'a fait. Les tribunaux de l'Arizona comme des Etats-Unis ont conclu à la

⁹ *Delaware v. Van Arsdall*, 475 US 673 (1986).

¹⁰ *Craig v. Boren*, 429 US 190 (1976); *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967); *Bolling v. Sharpe*, 347 US 497 (1954); *Korematsu v. United States*, 323 US 214 (1944); *Yick Wo v. Hopkins*, 118 US 356 (1886).

¹¹ *Tague v. Louisiana*, 444 US 469 (1980); *North Carolina v. Butler*, 441 US 369 (1979); *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966); *US v. Garibay*, 143 F.3d 534 (9^e circuit, 1998).

¹² *County of Riverside v. McLaughlin*, 500 US 44 (1991); *Jones v. Barnes*, 463 US 745 (1983); *Duncan v. Louisiana*, 391 US 145 (1968); *Gideon v. Wainwright*, 372 US 335 (1963); *Glasser v. United States*, 315 US 60 (1942).

non-violation du droit des LaGrand à une représentation en justice efficace¹³. L'Allemagne l'a reconnu d'assez mauvaise grâce dans le cas de Walter LaGrand et a apparemment admis aussi qu'on ne pouvait rien reprocher à son avocat. Elle a, en revanche, dénigré le travail de l'avocat de Karl LaGrand. La cour suprême de l'Arizona a examiné de manière approfondie tous les aspects du moyen tiré de l'assistance inefficace de l'avocat de Karl LaGrand et a écarté à bon droit ce moyen. La cour suprême a tenu compte du fait que Karl avait été jugé en même temps que Walter et que l'avocat de ce dernier avait procédé à un contre-interrogatoire exhaustif et vigoureux des témoins. La cour a dit que la décision de ne pas invoquer le moyen de l'aliénation mentale était raisonnable car cela aurait conduit à prendre en considération le casier judiciaire de Karl LaGrand lorsqu'il était mineur. Son avocat a invoqué l'impulsivité, seul autre moyen de défense suggéré dans ses observations finales et au cours de l'audience sur le prononcé de la peine. La cour n'a donc pu déceler aucun préjudice qui aurait causé à Karl LaGrand par les décisions de son avocat¹⁴.

2.27. L'Allemagne se trouve par conséquent en terrain peu solide à cet égard. Elle insiste sur le fait qu'il n'est pas dans son intention de faire de la Cour une cour d'appel criminelle, et pourtant elle voudrait faire croire à la Cour que l'avocat qui a défendu Karl LaGrand était incompetent à un titre ou à un autre et qu'un avocat différent aurait peut-être obtenu un résultat différent. Rien, hormis cette clairvoyance rétrospective et le fait de prendre ses désirs pour des réalités, ne vient étayer l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle c'est l'incompétence de l'avocat qui a entraîné la condamnation à mort de Karl. La preuve la plus éclatante en est naturellement le fait que Walter LaGrand a lui aussi été condamné à mort malgré les efforts de son avocat, à qui l'Allemagne n'a pas adressé les mêmes critiques.

2.28. Pour en revenir aux droits qui leur ont été reconnus en tant qu'accusés, les LaGrand avaient droit à l'assistance d'enquêteurs et d'experts s'ils pouvaient démontrer un besoin précis en ce sens¹⁵. Ils auraient eu en outre droit, s'ils ne comprenaient pas l'anglais, à l'assistance d'un

¹³ Mémoire de l'Allemagne, annexes 4 et 10.

¹⁴ Mémoire de l'Allemagne, annexe 4, p. 306-307.

¹⁵ *Ake v. Oklahoma*, 470 US 68 (1985); *State v. Dickens*, 926 P.2d 468 (1996); Lois révisées de l'Arizona, par. 13-4013 a).

interprète¹⁶. Point n'était besoin toutefois d'interprète. La Cour pourra s'en rendre compte elle-même en écoutant les bandes vidéo : les LaGrand parlaient parfaitement l'anglais.

2.29. Enfin, du fait que le procureur avait requis la peine de mort, les LaGrand bénéficiaient de garanties additionnelles visant à éviter qu'une condamnation à mort puisse être prononcée d'une manière inconséquente ou arbitraire ou dans un cas où cette peine serait disproportionnée. Par exemple, le verdict de culpabilité et la peine prononcée font de plein droit l'objet d'un pourvoi¹⁷. En application de cette garantie, les déclarations de culpabilité et les peines prononcées à l'encontre des LaGrand ont été soumises à l'examen de la cour suprême de l'Arizona, qui n'est que l'une des nombreuses juridictions à avoir contrôlé le caractère équitable du procès.

2.30. Les LaGrand avaient aussi le droit d'introduire un recours en grâce, et notamment de demander la commutation des peines auxquelles ils avaient été condamnés¹⁸. Ils ont exercé ce droit et l'Allemagne a fourni à la Cour copie des enregistrements vidéo officiels réalisés lors de l'examen de ces recours par la commission des grâces. Ces enregistrements montrent qu'il a été procédé à un examen approfondi de tous les éléments pris en considération à l'origine pour fixer la peine : la gravité du crime, l'impact dévastateur de celui-ci sur la victime survivante, l'enfance difficile des LaGrand, ainsi que leurs remords. La commission des grâces a conclu en dernière analyse qu'il n'y avait pas lieu de modifier l'appréciation faite de ces éléments par le juge qui avait prononcé les peines ni de commuer celles-ci.

2.31. S'il y avait eu violation de l'un des droits fondamentaux que j'ai énumérés ou de tout autre droit fondamental garanti aux LaGrand, les recours en justice qui leur étaient ouverts auraient pu déboucher sur un nouveau procès ou un nouveau prononcé de la peine. De nombreux tribunaux ont d'ailleurs réexaminé à leur initiative, sur une période de quinze ans, les verdicts de culpabilité et peines prononcés à leur encontre et ont conclu qu'il n'y avait pas lieu de les modifier. Les LaGrand ont d'abord disposé d'un pourvoi de plein droit devant la cour suprême de l'Arizona, composée de cinq juges venant tous d'horizons différents. Les opinions exprimées à l'issue de ce

¹⁶ *State v. Hansen*, 705 P.2d 466 (cour d'appel, 1985).

¹⁷ *State v. Brewer*, 826 P.2d 783 (1992).

¹⁸ *Gregg v. Georgia*, 428 US 153 (1976); *State v. Richmond*, 560 P.2d 41 (1976).

pourvoi ont été soumises à la Cour et figurent en annexes au mémoire de l'Allemagne¹⁹. Il ressort de ces opinions que les deux frères ont soulevé de nombreux points. La cour suprême de l'Etat a procédé par exemple à un examen indépendant de la recevabilité des déclarations faites par Karl. Elle a examiné les instructions données au jury. Elle s'est demandé s'il était légitime d'écarter du jury une personne opposée à la peine capitale. Elle a examiné si cette peine avait été prononcée dans le respect des règles légales applicables. Elle a également recherché si Karl avait bénéficié d'une représentation en justice satisfaisante. Et elle a aussi examiné un certain nombre d'autres points techniques.

2.32. Saisie directement en appel, la cour suprême de l'Arizona n'a pas examiné si le défaut d'informer les LaGrand de la faculté qu'ils avaient de demander une assistance consulaire avait joué un rôle dans l'issue du procès car aucun des deux frères n'avaient soulevé cette question. La cour suprême a examiné tous les éléments pouvant constituer des circonstances atténuantes qui, d'après l'Allemagne, avaient été négligés, notamment l'éducation difficile des LaGrand. La cour suprême de l'Arizona a d'ailleurs dit expressément dans sa décision que le juge de première instance avait lui aussi tenu compte des circonstances atténuantes et je cite : «Le juge de première instance a conclu à l'existence de trois circonstances atténuantes : l'âge des accusés (Walter avait dix-neuf ans et Karl dix-huit au moment du meurtre), leur vie familiale antérieure et leurs remords»²⁰. La cour suprême a relevé que le juge de première instance n'avait pas jugé ces circonstances atténuantes suffisantes eu égard aux circonstances aggravantes. La cour suprême a ensuite conclu elle aussi, indépendamment, que les circonstances atténuantes n'étaient pas suffisantes pour justifier la clémence. La cour a déclaré : «Nous avons non seulement pris note de l'âge relativement jeune des accusés, mais examiné les rapports concernant leur éducation...»²¹ Ainsi, les éléments même que l'Allemagne, selon ses dires, aurait pu fournir à la cour lui ont en fait été soumis. La cour suprême a néanmoins conclu que «ces circonstances atténuantes ne l'emportent pas sur les circonstances aggravantes existantes et ne justifient par conséquent pas la

¹⁹ Mémoire de l'Allemagne, annexes 3 et 4, toutes deux du 30 janvier 1987.

²⁰ Mémoire de l'Allemagne, annexe 3, p. 293, 299 et 300.

²¹ *Ibid.*, p. 293, 301.

clémence»²². Les circonstances aggravantes relevées par la cour étaient le caractère particulièrement cruel, odieux et pervers du comportement des LaGrand, leur condamnation antérieure pour infraction majeure avec violence et le fait que le meurtre avait été commis dans un esprit de lucre. Rappelez-vous qu'il s'agissait d'un cambriolage de banque au cours duquel les LaGrand avaient poignardé un gérant de la banque âgé de soixante-trois ans à vingt-quatre reprises avec un coupe-papier, jusqu'à ce que mort s'ensuive. Ils avaient également poignardé à de multiples reprises une caissière, qui a survécu et a pu témoigner à charge. Aucun des éléments additionnels que l'Allemagne aurait pu produire n'aurait rien changé à ces faits ni à la nature des circonstances atténuantes dont la cour a tenu compte.

2.33. Les LaGrand ont prié la Cour suprême des Etats-Unis de réexaminer la décision de la cour suprême de l'Arizona. Pareil recours est laissé à la discrétion de la Cour suprême qui, en l'espèce, a décidé de ne pas se saisir de l'affaire²³. Une telle décision de la Cour suprême des Etats-Unis indique en général que celle-ci a conclu, sur la base du recours introduit par les accusés, que l'affaire ne soulève pas de question de droit fédéral importante qui justifierait l'exercice de son contrôle.

2.34. Après avoir ainsi épuisé leurs recours directs, les LaGrand avaient le droit d'introduire ensuite des recours indirects, tant devant les tribunaux d'Etat que devant les tribunaux fédéraux, pour tester la validité des verdicts de culpabilité et des peines prononcés à leur endroit. Ils ont d'abord introduit ces recours devant les tribunaux de l'Etat. En 1989, la juridiction inférieure de l'Arizona les a rejetés et, en 1990, la cour suprême de l'Arizona a confirmé cette décision. En juin 1991, la Cour suprême des Etats-Unis a, de nouveau, refusé d'examiner ces décisions. Lors de cette première procédure de recours indirect devant les tribunaux d'Etat de l'Arizona, les LaGrand ont soulevé un certain nombre de questions mais, là non plus, ils n'ont pas soulevé celle de la notification consulaire.

2.35. Les LaGrand ont ensuite exercé leur droit de demander aux tribunaux fédéraux d'examiner la légalité de leur détention par l'introduction d'un recours en *habeas corpus*. Cette voie de recours permet de soulever directement devant un tribunal fédéral de première instance tous

²² *Ibid.*

²³ Mémoire de l'Allemagne, annexe 7, 5 octobre 1987.

moyens tirés de violations de la constitution des Etats-Unis ou d'autres dispositions du droit fédéral. Ils se sont engagés dans cette voie en mars 1993, en introduisant un recours devant le tribunal fédéral de première instance (*United States District Court*) pour le district de l'Arizona²⁴. C'est devant cette juridiction que les LaGrand ont invoqué pour la première fois le moyen fondé sur le défaut de notification consulaire. Le tribunal fédéral de première instance a rendu deux décisions sur différents aspects des procédures devant les tribunaux d'Etat²⁵; celle du 24 janvier porte sur la question de la notification consulaire. Le tribunal a relevé que ce moyen n'était recevable que si les LaGrand pouvaient justifier le fait de ne pas l'avoir soulevé antérieurement devant les tribunaux de l'Etat et démontrer l'existence d'un effet préjudiciable. A défaut, cette carence procédurale faisait obstacle à l'exercice du recours.

2.36. L'Allemagne a critiqué la règle dite de la «carence procédurale». Il s'agit d'une règle fédérale qui oblige l'accusé traduit devant les tribunaux d'un Etat à soumettre ses moyens au tribunal d'Etat avant de pouvoir exercer un recours devant un tribunal fédéral. Si cet accusé veut soulever une question nouvelle lors d'une procédure d'*habeas corpus* devant un tribunal fédéral, il ne pourra le faire qu'en justifiant sa carence antérieure et en démontrant le préjudice à sa cause. La justification doit être un élément extérieur qui a empêché l'accusé de faire valoir un moyen et le préjudice, lui, doit être a priori manifeste. L'une des fonctions importantes de cette règle est de garantir que les tribunaux d'Etat auront eu l'occasion d'examiner les points intéressant la validité des verdicts de culpabilité prononcés au niveau de l'Etat avant que les tribunaux fédéraux n'interviennent.

2.37. Le tribunal fédéral a conclu que, les LaGrand n'ayant pas satisfait à l'obligation de démontrer l'existence d'une cause extérieure justifiant la carence, il n'était pas nécessaire d'aborder la question du préjudice²⁶. Bien que le tribunal ne se soit pas attardé sur ce point, je ferai néanmoins remarquer qu'on attend généralement des avocats de la défense qu'ils soient au fait des droits de leurs clients qui sont utiles à leur défense. Je tiens aussi à signaler que rien n'empêchait les avocats qui ont défendu les LaGrand d'obtenir l'assistance du Gouvernement allemand, ou

²⁴ Mémoire de l'Allemagne, annexe 46.

²⁵ Mémoire de l'Allemagne, annexes 8 et 9, 24 janvier 1995 et 16 février 1995.

²⁶ Mémoire de l'Allemagne, annexe 8, p. 456 et 458.

d'autres concours en Allemagne, s'ils avaient estimé cette démarche utile, ni d'examiner s'il n'y avait pas obligation d'informer l'Allemagne des arrestations.

2.38. Les décisions du tribunal fédéral de première instance ont été examinées en appel par la cour d'appel des Etats-Unis pour le neuvième circuit. Celle-ci a joint les appels et rendu sa décision le 16 janvier 1998²⁷. Elle a jugé les moyens des LaGrand dépourvus de fondement. Elle a examiné de manière approfondie la question de savoir si les LaGrand devaient être autorisés à soulever la question de la notification consulaire à ce stade très avancé. Elle a relevé que les LaGrand étaient forclos à invoquer ce moyen pour cause de carence procédurale, n'ayant pas justifié celle-ci ni démontré l'effet préjudiciable. La cour d'appel a néanmoins déclaré ce qui suit : «Malgré l'absence de justification de la carence procédurale reprochée au requérant et de démonstration du préjudice qu'il a subi, nous pouvons connaître de demandes irrecevables pour cause de carence procédurale dès lors que s'abstenir de le faire entraînerait la condamnation ou l'exécution d'un innocent»²⁸. J'invite la Cour à lire le passage où la cour d'appel pour le neuvième circuit développe ce point, à la page 483 du volume II du mémoire de l'Allemagne.

2.39. Comme l'indique la décision de la cour d'appel pour le neuvième circuit, la règle dite de la carence procédurale n'est pas d'une application rigoureuse ou absolue au point d'autoriser une erreur judiciaire. Comme c'est souvent le cas, la cour d'appel, pour parvenir à sa conclusion, a regardé quels arguments les LaGrand entendaient faire valoir. On pourrait dire qu'elle a jeté un coup d'œil derrière le rideau et a décidé que ce qu'il dissimulait ne justifiait pas de l'ouvrir tout grand. Il ressort clairement de l'analyse de la cour d'appel pour le neuvième circuit que celle-ci savait que les LaGrand étaient issus d'un mariage mixte et avaient connu une enfance difficile. La cour d'appel a néanmoins conclu que, même en tenant compte de ces éléments plaidant en faveur de la clémence, le crime que les LaGrand avaient commis et la manière dont ils l'avaient commis justifiaient la condamnation à mort. Il n'y avait par conséquent pas eu d'erreur judiciaire. La Cour suprême des Etats-Unis a, de nouveau, refusé en décembre 1998 de réexaminer cette décision²⁹.

²⁷ Mémoire de l'Allemagne, annexe 10.

²⁸ *Ibid.*, p. 483.

²⁹ Mémoire de l'Allemagne, annexe 11.

2.40. La décision ainsi rendue en décembre 1998 par la Cour suprême des Etats-Unis était donc le dernier acte de trois procédures distinctes qui avaient offert aux LaGrand une possibilité équitable de contester pleinement les déclarations de culpabilité et peines prononcées à leur encontre. La première était évidemment le recours direct introduit devant la cour suprême de l'Etat, puis devant la Cour suprême des Etats-Unis, contre la décision du tribunal d'Etat de première instance. La deuxième était le recours indirect formé contre les verdicts de culpabilité devant les tribunaux de l'Etat d'Arizona, et la troisième le recours indirect exercé contre ces mêmes verdicts devant les tribunaux fédéraux. Sur une période de quinze ans, cette affaire a donc fait l'objet de trois séries de recours distincts exhaustifs devant les tribunaux, qui se sont chaque fois prononcés contre les LaGrand.

2.41. Au bout du compte, l'affaire LaGrand a donc, après la procédure du tribunal d'Etat de première instance, été examinée au total par quinze juges indépendants différents, de quatre juridictions différentes. Et même au terme de ce processus, l'Etat d'Arizona ne pouvait toujours pas exécuter la peine prononcée sans l'autorisation expresse de la cour suprême de l'Arizona. Le 15 janvier 1999, celle-ci a délivré les ordres autorisant l'exécution des condamnations à mort initialement prononcées en décembre 1984 à l'encontre de Walter et de Karl LaGrand. Elle a fixé la date d'exécution de Karl LaGrand au 24 février 1999 et celle de Walter LaGrand au 3 mars 1999. L'ordre d'exécution de Walter LaGrand a été soumis à la Cour et figure à l'annexe 13 du mémoire de l'Allemagne. Ces ordres d'exécution autorisent l'Arizona à fixer l'heure à laquelle les exécutions auront lieu. Dans un cas comme dans l'autre, si l'exécution n'avait pas eu lieu dans les vingt-quatre heures de l'heure fixée, les ordres d'exécution auraient cessé d'être valables et il se serait écoulé un temps considérable avant qu'il fût possible d'obtenir une nouvelle date de la cour suprême de l'Arizona.

2.42. La délivrance de l'ordre d'exécution a entraîné un certain nombre de réactions. Au niveau politique, au début de février, des fonctionnaires du Gouvernement allemand ont adressé un appel au président Clinton, à la secrétaire d'Etat Albright et à la gouverneur de l'Arizona, les invitant à commuer pour des motifs humanitaires les condamnations à mort en des peines de réclusion à perpétuité. Le Gouvernement allemand n'a pas demandé, à ce moment-là, la commutation des peines pour cause de défaut de notification consulaire. Les lettres indiquaient

d'ailleurs clairement que l'Allemagne reconnaissait que les LaGrand avaient bénéficié d'un procès équitable. Les LaGrand ont aussi saisi à nouveau les tribunaux d'Etat de l'Arizona le 2 février 1999, ainsi que les tribunaux fédéraux. Devant les tribunaux de l'Etat, ils ont tenté de soulever un certain nombre de questions, dont le moyen tiré du défaut de notification consulaire.

2.43. L'un des aspects de notre système judiciaire, qui est critiqué par certains et loué par d'autres, est que, même après les quinze années de recours multiples dont je viens de parler, les LaGrand pouvaient encore saisir les tribunaux d'Etat et fédéraux d'un recours de dernière minute, et c'est ce qu'ils ont fait. Dans une décision rendue le 23 février 1999, la cour supérieure de l'Arizona a dit que le moyen tiré du défaut de notification consulaire était irrecevable pour cause de carence procédurale dans le cas de Karl LaGrand³⁰. La cour d'appel fédérale a rendu le 24 février une autre décision dans laquelle elle déclarait elle aussi ce moyen irrecevable, au même motif³¹. Divers points ont alors été soulevés devant la Cour suprême des Etats-Unis mais celle-ci a finalement autorisé l'exécution de Karl LaGrand le soir même³².

2.44. Le même scénario s'est répété, à la dernière minute, dans le cas de Walter LaGrand. En outre, le jour même fixé pour son exécution — le 3 mars — l'Allemagne, se fondant sur l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour, a tenté d'introduire une instance contre les Etats-Unis devant la Cour suprême des Etats-Unis pour empêcher l'exécution. Ce genre d'instance relève d'une des catégories très limitée d'actions qui peuvent être introduites directement devant la Cour suprême sans l'avoir été d'abord devant les tribunaux inférieurs. Elles sont extrêmement rares et la Cour suprême ne les accepte pas volontiers, notamment parce qu'elle a pour fonction première d'examiner des questions de droit et non de se prononcer sur les faits, dont l'établissement peut demander beaucoup de temps. Pour les motifs qu'elle a exposés dans sa décision (annexe 32 du mémoire de l'Allemagne), la Cour suprême a refusé d'autoriser l'introduction d'une telle instance à la dernière minute. Aucun des tribunaux d'Etat ou fédéraux qui se sont penchés sur les moyens soulevés par les LaGrand en février et mars 1999 n'ont découvert de motif de droit les autorisant à surseoir aux exécutions.

³⁰ Mémoire de l'Allemagne, annexe 24.

³¹ Mémoire de l'Allemagne, annexe 21.

³² Mémoire de l'Allemagne, annexe 23.

2.45. Abstraction faite de tout empêchement juridique, les LaGrand ont aussi eu l'occasion de demander qu'il soit sursis à leur exécution ou que leur peine soit commuée par le mécanisme de recours en grâce mis en place par l'Etat d'Arizona. Comme je l'ai déjà indiqué, la Cour pourra se faire une idée de ce mécanisme en visionnant les bandes vidéo soumises par l'Allemagne. Le 23 février 1999, la commission des grâces de l'Arizona s'est réunie pour examiner une demande de commutation de peine présentée au nom de Karl LaGrand. Le même jour, à l'issue de l'audience, la commission a décidé à la majorité de ne pas recommander une telle mesure, ce qui ôtait à la gouverneur de l'Arizona toute possibilité d'accorder à Karl LaGrand une mesure de grâce.

2.46. Le 2 mars 1999, la commission des grâces de l'Arizona s'est réunie pour examiner le cas de Walter LaGrand. La commission s'est de nouveau prononcée contre la commutation. Vers la fin de l'audience, la commission a toutefois été mise au courant des requête et demande en indication de mesures conservatoires présentées par l'Allemagne. Dans la précipitation des événements, elle a recommandé à la gouverneur d'accorder un délai de grâce de soixante jours. Celle-ci, malgré cette recommandation, a décidé que l'exécution aurait lieu. La déclaration constatant sa décision vous a été soumise, elle se trouve à l'annexe 33 du mémoire de l'Allemagne. La Cour notera que la déclaration de la gouverneur est datée du 2 mars, alors que l'exécution de Walter LaGrand était fixée et a eu lieu à la date du 3 mars : c'est parce que la commission a rendu son avis le 2 mars, et que la gouverneur, plutôt que d'attendre jusqu'à la dernière minute, a pris sa décision sans tarder dans l'intérêt de la justice et afin que les victimes comme l'accusé sachent avec certitude à quoi s'en tenir.

2.47. La décision d'accorder ou non un délai ou une mesure de grâce revêt un caractère très personnel, et je me bornerai à vous renvoyer à la déclaration de la gouverneur sans tenter d'analyser ce qu'elle pensait. Je noterai toutefois que la décision de la commission de ne pas recommander une mesure de clémence indiquait qu'elle estimait qu'il n'y avait pas lieu de modifier la peine prononcée. De plus, le peuple de l'Arizona avait accordé aux frères LaGrand le bénéfice d'un procès équitable, de trois mécanismes distincts de recours et de toute une panoplie de garanties judiciaires, alors que pendant tout ce temps les victimes du meurtre brutal qu'ils avaient commis attendaient patiemment. La gouverneur savait que les victimes et le procureur restaient favorables à une condamnation à mort et la loi lui faisait obligation de tenir compte de l'opinion

des victimes³³. Rien ne lui permettait de penser que le fait de ne pas avoir informé les frères LaGrand de leur droit de demander une assistance consulaire avait eu une incidence quelconque sur l'issue de ces longues procédures. Elle savait que les LaGrand avaient soumis au juge chargé à l'origine de prononcer la condamnation des éléments de preuve attestant de leur enfance difficile, y compris au cours des quelques années qu'ils avaient vécues en Allemagne. Elle savait qu'ils avaient bénéficié de tous les droits dont aurait joui un ressortissant américain. Et elle était au courant de l'interprétation donnée à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires par le département d'Etat des Etats-Unis, interprétation que M. Matheson développera plus tard. Aussi est-il raisonnable de dire que, sachant qu'il n'y avait aucun obstacle juridique s'opposant à l'exécution et que la commission des grâces s'était prononcée contre la commutation de la peine, elle a conclu que tout bien pesé la balance penchait en faveur de l'exécution.

L'affirmation de l'Allemagne selon laquelle l'issue de l'affaire aurait été différente si les frères LaGrand avaient été informés de leur droit de faire avertir des fonctionnaires consulaires allemands de leur détention est hypothétique et manifestement dénuée de fondement

2.48. Je voudrais maintenant analyser plus en détail l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle, si les frères LaGrand avaient été informés en 1982, 1983 ou 1984 qu'ils pouvaient faire avertir des fonctionnaires consulaires allemands de leur arrestation et de leur détention, l'issue de la procédure qui a abouti à leur condamnation aurait été différente. Je soutiens qu'en fait cette issue aurait été la même, pour plusieurs raisons.

2.49. Tout d'abord, il est clair que pour les LaGrand, l'Arizona n'était pas un pays inconnu, dont la langue ou la culture ou le système judiciaire leur auraient été peu familiers. Ils étaient bien assimilés en Arizona et aux Etats-Unis. Toutes leurs attaches familiales se trouvaient aux Etats-Unis. Leur mère, leur sœur (qui a témoigné en leur faveur), leurs petites amies et leurs amis étaient tous aux Etats-Unis. Ils connaissaient bien le système judiciaire américain. Ils parlaient l'anglais avec l'aisance d'Américains de naissance. Ils avaient l'allure d'Américains. Leur manière de se comporter était américaine. Il est inconcevable qu'ils aient été désavantagés en quoi que ce soit, tout au long de la procédure pénale, par le fait qu'ils étaient des ressortissants

³³ Lois révisées de l'Arizona, art. 13-4401 et suiv.

allemands. Mieux, comme je l'ai déjà relevé, l'un des frères s'est même présenté comme citoyen des Etats-Unis au moment de son arrestation, et ni l'un ni l'autre ne s'est présenté comme allemand, bien qu'ils aient eu l'occasion de le faire. Il semble que les LaGrand eux-mêmes croyaient avoir acquis la citoyenneté des Etats-Unis à la suite de leur adoption par un militaire américain.

2.50. Deuxièmement, il y a toutes raisons de croire que les LaGrand n'auraient pas demandé de notification consulaire s'ils avaient été informés qu'ils pouvaient le faire. En 1982, les LaGrand n'avaient pour ainsi dire eu aucun contact avec les autorités allemandes depuis quinze ans. Ils n'avaient jamais eu de document attestant de leur nationalité allemande après avoir été inscrits sur le passeport allemand de leur mère en 1967. Ils étaient retournés une fois en Allemagne après 1967, pendant environ six mois, mais c'était avec un ordre de mission de l'armée américaine, et ils y avaient été logés dans des cantonnements militaires des Etats-Unis. Tout semble indiquer qu'ils ont séjourné en Allemagne comme Américains et qu'ils ne savaient même plus parler l'allemand. Contrairement à ce que l'on a prétendu hier, que les deux frères LaGrand avaient eu recours à l'assistance consulaire, Walter LaGrand a refusé la visite d'un fonctionnaire consulaire allemand à au moins deux reprises.

2.51. Enfin, même si les LaGrand avaient demandé une assistance consulaire avant l'audience au cours de laquelle la peine a été prononcée, l'Allemagne n'a pas démontré qu'elle leur aurait prêté une assistance déterminante qui aurait eu une incidence sur l'issue de la procédure. Lorsque les fonctionnaires consulaires allemands ont appris en 1992 que les LaGrand étaient emprisonnés en Arizona, ils ne savaient pas eux-mêmes avec certitude si les LaGrand étaient allemands ou américains, et ils se sont abstenus apparemment de leur fournir des services consulaires avant que la nationalité allemande des LaGrand ne fût confirmée. Il est intéressant de constater que, tout comme les fonctionnaires de la prison d'Etat de l'Arizona, les autorités allemandes ont écrit aux services américains de l'immigration et de la naturalisation pour avoir confirmation de la nationalité exacte des LaGrand. Même après que l'avocat de Karl LaGrand se fut mis en rapport avec les autorités allemandes, celles-ci ne voyaient pas la portée juridique que pouvait avoir pour lui la nationalité allemande. Dans une lettre du 17 mars 1993, que nous avons remise à la Cour ce matin parmi nos documents supplémentaires, le Gouvernement allemand

écrivait qu'il «aimera[is]t savoir] ... pourquoi leur nationalité allemande est un élément crucial de [leur] défense». Cette lettre porte le n° 5 des documents supplémentaires. Il a fallu six mois aux fonctionnaires allemands pour confirmer la nationalité des LaGrand. Il est donc hautement probable que la procédure de confirmation de la nationalité des LaGrand n'aurait pas été terminée à temps pour qu'une assistance consulaire puisse leur être apportée avant leur condamnation.

2.52. Pour tenter de montrer le niveau de service consulaire offert à ses ressortissants arrêtés à l'étranger, l'Allemagne a déposé auprès de la Cour le texte de ses instructions consulaires de 1975. Ces instructions ne précisent nulle part que l'Allemagne prendra des mesures tangibles en faveur d'un accusé qui est déjà représenté par un avocat, comme l'étaient les frères LaGrand. Au mieux, les instructions indiquent que l'Allemagne aurait pu prêter de l'argent aux LaGrand pour assurer leur défense, mais même cela n'est pas clair. Qui plus est, une feuille de papier où sont énoncées des instructions ne prouve pas que ces instructions étaient suivies par le consulat général de Los Angeles en 1982, 1983 ou 1984, ni comment elles l'étaient.

2.53. Toujours pour essayer de montrer la qualité de ses services consulaires, l'Allemagne a appelé l'attention de la Cour sur l'affaire de deux autres frères allemands qui se trouvent dans le couloir de la mort en Arizona. Les frères Apelt ont été arrêtés en janvier 1989, et des fonctionnaires allemands se sont mis en rapport avec eux en mars 1989, bien avant leur procès, qui a eu lieu un an plus tard. Les fonctionnaires consulaires allemands ont eu l'occasion d'assister les Apelt avant leur procès. Or hier, l'Allemagne a donné à entendre qu'elle aurait pris de meilleurs avocats pour les LaGrand si elle avait connu leur situation plus tôt. Au rebours de cette réécriture de l'histoire sur des bases hypothétiques, l'Allemagne, lorsqu'elle en a eu l'occasion, n'a rien fait et a laissé les avocats fournis par l'Etat d'Arizona défendre les Apelt. L'un de ces avocats a fourni une déclaration qui est soumise à la Cour sous le n° 6 des documents supplémentaires. Il nous a déclaré que les fonctionnaires consulaires allemands n'avaient pas aidé les avocats à préparer la défense des Apelt. Les fonctionnaires consulaires ont simplement demandé à être informés du déroulement de l'affaire. Ces faits démentent eux aussi les affirmations de l'Allemagne. S'il n'a été assuré que des services minimaux à deux ressortissants allemands passibles de la peine de mort en 1989, il y a encore moins de raisons de croire que l'assistance prêtée entre 1982 et 1984 aurait été de poids. Et la condamnation à mort des frères Apelt bat

encore davantage en brèche la thèse de l'Allemagne selon laquelle une notification consulaire aurait modifié l'issue des affaires *LaGrand*.

2.54. Il est fantaisiste d'imaginer que les éléments de preuve attestant de l'enfance malheureuse des frères LaGrand en Allemagne, dont l'Allemagne a prétendu qu'ils auraient permis leur condamnation à une peine de réclusion à perpétuité, auraient eu le moindre effet. Ces éléments ne portent que sur les trois ou cinq premières années de la vie des LaGrand. Il est vrai qu'ils montrent que ces années ont été perturbées. Il est vrai aussi qu'au regard du droit de l'Arizona, une preuve d'enfance perturbée est un élément acceptable comme circonstance atténuante dans un procès pénal. En l'espèce, cependant, la défense pouvait aussi prouver amplement que les LaGrand avaient eu une vie tout aussi perturbée, sinon plus, aux Etats-Unis. En fait, ils avaient, au moment de leur procès, passé la plus grande partie de leur vie aux Etats-Unis, et il est peu probable qu'aucun avocat de la défense eût jugé nécessaire de remonter jusqu'aux brèves années qu'ils avaient vécues en Allemagne pour réunir encore plus de preuves d'une enfance perturbée que celles dont il disposait déjà.

2.55. Cela est d'autant plus vrai que les éléments de preuve disponibles comprenaient pour l'essentiel le même type de témoignages sur l'enfance des LaGrand en Allemagne que ceux que l'Allemagne elle-même a présentés. Lors de l'audience de condamnation, des psychologues qui ont déposé en faveur des LaGrand ont souligné que leur enfance avait été difficile même en Allemagne, où ils étaient issus d'un mariage interracial et avaient été placés dans un foyer d'accueil. L'un des psychiatres qui ont témoigné lors de l'audience relative aux circonstances aggravantes et atténuantes a déclaré précisément à la cour :

«L'Allemagne n'est pas exactement pareille à la France, l'Italie ou l'Espagne. On y est très sensible aux différences de race — et on n'y apprécie guère les mariages interraciaux, ce qui a une influence sur le mariage et sur les enfants, sur les relations interpersonnelles des enfants avec les enfants allemands en Allemagne, et qui aura une influence négative sur les enfants LaGrand.»³⁴

Le rapport pré-sentenciel précise que les actes de l'accusé «peuvent avoir partiellement résulté d'un environnement familial médiocre, d'un manque de stabilité familiale, d'un foyer désuni, de la pauvreté et/ou d'un manque d'éducation»³⁵. Une autre partie du rapport pré-sentenciel présenté par

³⁴ Mémoire de l'Allemagne, annexe 5, p. 355.

³⁵ Mémoire de l'Allemagne, annexe 2.

les Etats-Unis dit aussi clairement que leur mère avait placé les LaGrand dans un couvent en Allemagne car elle était incapable de s'occuper d'eux³⁶. En condamnant les frères LaGrand, le juge en a tenu compte. Chacune des instances qui ont examiné cette affaire en appel a observé que les informations relatives à l'enfance perturbée des LaGrand, y compris le fait qu'ils avaient été placés en foyer d'accueil en Allemagne et pouvaient avoir fait l'objet de discrimination en Allemagne du fait de leur origine multiraciale, étaient connues au moment de leur procès et de leur condamnation. Aussi les éléments de preuve présentés par l'Allemagne ne font-ils, au mieux, que se surajouter à ceux qui existaient aux Etats-Unis et aux informations dont le juge qui a prononcé la condamnation avait déjà connaissance.

2.56. Qui plus est, ces éléments de preuve auraient simplement, comme je l'ai dit, été mis en balance, en même temps que d'autres circonstances atténuantes, avec les éléments de preuve présentés par le procureur du comté à l'appui de sa réquisition de peine capitale. Je ne voudrais pas infliger de nouveau à la Cour le récit détaillé des circonstances du meurtre commis par les frères LaGrand. Vous les trouverez exposées dans les décisions judiciaires qui vous ont été soumises. Vous pouvez aussi avoir quelque idée des dépositions faites lors du procès en regardant les enregistrements magnétoscopiques de l'audience de la commission des recours en grâce, que l'Allemagne a fait tenir à la Cour. Ces enregistrements montrent qu'un témoin décisif qui a déposé à charge contre les frères LaGrand était une jeune femme qui, à l'âge de vingt ans, avait vu son collègue de soixante-trois ans brutalement assassiné et qui avait été presque assassinée elle-même. En 1999 encore — dix-sept ans plus tard — la terreur et le bouleversement de cette femme étaient palpables. Etant donné les circonstances horribles du crime commis par les frères LaGrand, et le témoignage oculaire de cette jeune femme, des circonstances atténuantes de la nature de celles qu'a présentées l'Allemagne n'auraient rien changé à la décision de prononcer la peine de mort.

2.57. Avant de terminer, je voudrais, en tant que représentante du ministère public, faire quelques observations générales. Certes, je ne suis pas une experte en droit international, mais j'ai pour responsabilité de faire appliquer les lois pénales adoptées par une assemblée législative librement élue dans une démocratie représentative. En examinant les questions qui se posent dans

³⁶ Contre-mémoire des Etats-Unis, annexe 6.

la présente affaire, qui ne porte pas sur la peine de mort mais sur les relations entre la justice pénale d'un pays et l'obligation de notification consulaire, il importe de se souvenir qu'un meurtre horrible a été commis simplement parce que deux hommes ne sont pas parvenus à réaliser leur dessein de dévaliser une banque, et de se rappeler quel est l'enjeu : il s'agit pour la société de se protéger contre la violence criminelle et de veiller à ce que ceux qui perpètrent de tels crimes soient traduits en justice. Le fait que l'on ait dit ou non aux frères LaGrand qu'ils pouvaient contacter des fonctionnaires consulaires allemands n'a aucun lien nécessaire avec les questions fondamentales de savoir s'ils ont été assistés de façon adéquate par un avocat, s'ils ont compris la procédure dont ils faisaient l'objet, et s'ils ont bénéficié d'un procès équitable. A posteriori, il est toujours possible de penser qu'on aurait pu faire quelque chose de plus. Mais en l'espèce, il ne peut y avoir aucun doute que les frères LaGrand ont bénéficié d'un procès équitable et de toutes les garanties appropriées de procédure et de fond, ainsi que de la même protection que celle dont aurait bénéficié un citoyen américain. Il est chimérique d'imaginer que l'issue de la procédure aurait été différente si les frères LaGrand avaient été informés promptement qu'ils pouvaient faire avertir de leur détention des fonctionnaires consulaires allemands. La Cour ne devrait certainement trouver aucun motif de conclure que les Etats-Unis sont fautifs lorsqu'ils appliquent une règle de carence procédurale à un moyen invoqué si longtemps après le jugement et si éloigné de la question de la culpabilité ou de la peine.

2.58. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, cela termine mon exposé. Je vous remercie de m'avoir donné l'occasion de prendre la parole devant vous aujourd'hui. J'espère vous avoir été de quelque utilité pour comprendre les faits relatifs à cette affaire. Je vous invite maintenant à donner la parole au professeur Meron.

Le PRESIDENT : Thank you. Le professeur Meron désire-t-il prendre la parole maintenant, ce qui l'obligerait à couper son exposé, ou préférez-vous commencer tout à l'heure ?

M. MERON : Monsieur le président, je serais très heureux que vous suspendiez l'audience maintenant.

Le PRESIDENT : Comme vous le souhaitez.

L'audience est suspendue de 11 h 30 à 11 h 45.

The PRESIDENT : Please be seated. The sitting is resumed and I now give the floor to Professor Theodor Meron.

M. MERON : Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour,

3.1. C'est pour moi un honneur et un plaisir que de prendre la parole devant vous. Je parlerai de la compétence de la Cour qui, comme l'indique clairement la requête introductive d'instance, repose exclusivement sur le protocole de signature facultative à la convention de Vienne sur les relations consulaires. Cette compétence concerne uniquement les différends nés de l'interprétation ou de l'application de cette convention.

3.2. Permettez-moi de commencer par une indication personnelle. Pour moi, cette affaire concerne un manquement à des obligations entre Etats et n'a rien à voir avec les droits de l'homme ni avec la régularité des procédures judiciaires. C'est pour ces raisons qu'en tant que spécialiste des droits de l'homme, je n'hésite pas, je n'hésite vraiment pas du tout, à défendre ce matin la position de mon gouvernement.

3.3. Laissez-moi vous dire quelle sera ma démarche. Je parlerai de la nature du différend et de l'obligation qui incombe à l'Allemagne de démontrer que ses demandes et ses conclusions font appel à l'interprétation ou à l'application de la convention sur les relations consulaires. Je démontrerai ensuite que c'est à l'Allemagne, et à elle seule, qu'appartient la charge d'établir le bien-fondé de ses demandes en fait et en droit. Je ferai ensuite valoir que le protocole de signature facultative ne donne pas compétence à la Cour sur l'exercice de la protection diplomatique et que même si la Cour peut avoir compétence sur la base de la protection diplomatique ou de droits individuels, les demandes présentées en l'espèce sont irrecevables parce que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées. J'expliquerai ensuite le rôle joué par les avocats des frères LaGrand et soulignerai qu'il n'excuse pas le non-épuisement des voies de recours internes et qu'au regard du droit international, un accusé et son avocat sont une seule et même personne aux fins précisément des recours internes. Je montrerai en dernier lieu que l'Allemagne oppose aux

Etats-Unis d'Amérique des principes qu'elle ne suit pas elle-même dans sa pratique et j'expliquerai pourquoi cela ne devrait guère inciter la Cour à décider d'examiner les demandes de l'Allemagne et à les examiner au fond.

La compétence de la Cour est limitée par les dispositions du protocole de signature facultative et de la convention consulaire

3.4. L'Allemagne reconnaît dans son mémoire «le caractère *prima facie* des conclusions sur la compétence et la recevabilité au cours d'une procédure en indication de mesures conservatoires»³⁷. S'ils ne contestent pas que la Cour ait en vertu du protocole de signature facultative compétence pour statuer sur le manquement à l'obligation de notification, les Etats-Unis se réservent dans leur contre-mémoire le droit de contester la compétence de la Cour en ce qui concerne les autres demandes de l'Allemagne ainsi que la recevabilité de ces dernières³⁸. Ainsi, en ce qui concerne la compétence de la Cour au sujet de ces autres demandes, le débat est largement ouvert. Comme l'écrit le professeur Rosenne, «la Cour peut aborder les questions de compétence quand elle statue sur le fond»³⁹. L'éminent conseil de l'Allemagne, M. Khan, a évoqué hier une déclaration du professeur Rosenne sur les délais dans lesquels il faut soulever les exceptions à la compétence d'une juridiction. Je renvoie la Cour à la page 843 de l'ouvrage du professeur Rosenne où celui-ci indique clairement, dans un passage que M. Khan n'a pas cité, que ces délais concernent exclusivement les affaires dans lesquelles il s'agit d'empêcher la poursuite de l'argumentation sur le fond et de mettre ainsi un terme à la procédure. Tel n'est pas ici le cas. Rosenne ajoute que «L'une ou l'autre Partie peut, au fur et à mesure du déroulement des plaidoiries, soulever d'autres questions relatives à la compétence de la Cour ou à sa capacité de poursuivre la procédure jusqu'à la décision sur le fond.»⁴⁰

3.5. Pour commencer, je tiens à confirmer que nous continuons à défendre les points qui ont déjà été présentés dans notre contre-mémoire.

³⁷ Mémoire de la République fédérale d'Allemagne, par. 3.12 et 3.78.

³⁸ Contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique, par. 48.

³⁹ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, 531 (3^e éd., 1997).

⁴⁰ Rosenne, note 39 ci-dessus, p. 843.

3.6. L'Allemagne prétend que «l'ensemble des demandes» qu'elle présente dans son mémoire relève de la compétence de la Cour au titre du protocole de signature facultative et est recevable⁴¹. Les Etats-Unis d'Amérique ne sont pas d'accord. Monsieur le président, le protocole de signature facultative n'est pas un fourre-tout dans lequel on peut empiler l'une après l'autre n'importe quelle allégation de fait ou de droit, qu'elle ait ou non à voir avec l'interprétation ou l'application de la convention sur les relations consulaires, et même si les éléments de preuve sont indirects, et leurs fondements juridiques indigents.

3.7. Il incombe à notre avis à la Cour de déterminer si chacune des demandes et des conclusions présentées par l'Allemagne relève logiquement et par nature des dispositions du protocole de signature facultative et de la convention consulaire. Comme la Cour l'a déclaré dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, il lui incombe «de définir elle-même, sur une base objective, le différend qui oppose [vraiment] les Parties»⁴². Je renvoie également la Cour à la page 1209 de l'ouvrage du professeur Rosenne.

3.8. Consciente du caractère hypothétique de ses demandes, l'Allemagne a tenté de déplacer la charge de la preuve pour l'imposer aux Etats-Unis d'Amérique. A la suite du mémoire, l'éminent conseil de l'Allemagne, M. Donovan, a prétendu hier que la Cour devait «présumer un lien de causalité». Avec tout le respect que je dois à la Cour, permettez-moi de dire que cette tentative revient à mettre le droit international sans dessus dessous. L'Allemagne veut que les Etats-Unis d'Amérique démontrent que le manquement qui leur est reproché n'a pas causé de préjudice aux frères LaGrand. Le droit international nous enseigne pourtant que c'est au requérant qu'incombe la charge de prouver le préjudice ainsi que tous les autres éléments d'une demande.

3.9. Le principe de *l'actori incumbit probatio* est bien établi dans la jurisprudence de la Cour. Comme elle l'a indiqué dans l'affaire *Nicaragua (compétence et recevabilité)*, «c'est en définitive au plaideur qui cherche à établir un fait qu'incombe la charge de la preuve»⁴³. La Cour

⁴¹ Mémoire de la République fédérale d'Allemagne, par. 1.11.

⁴² Affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, C.I.J. Recueil 1998, par. 30.

⁴³ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1984, p. 437, par. 101.

«ne saurait présumer qu'un élément de preuve qui n'est pas disponible aurait, s'il avait été produit, plaidé en faveur de la cause de l'une des parties»⁴⁴.

Le protocole de signature facultative ne donne pas compétence à la Cour sur l'exercice de la protection diplomatique

3.10. Il est difficile de dire quel sens donne l'Allemagne à l'expression «protection diplomatique» en l'espèce ou quelles sont les conséquences de la présentation de cet argument dans le contexte actuel. Permettez-moi de dire qu'il n'y a rien de commun entre cette affaire et la défense de réclamations d'ordre économique dans l'affaire *Mavrommatis*.

3.11. L'Allemagne prétend que le protocole de signature facultative donne compétence à la Cour pour traiter du droit de l'Allemagne d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice des LaGrand⁴⁵. Les Etats-Unis d'Amérique maintiennent l'opinion déjà exprimée selon laquelle le droit coutumier de la protection diplomatique ne relève pas de la compétence de la Cour aux termes de ce protocole⁴⁶.

3.12. Le conseil de l'Allemagne et ses conclusions, sous leur forme révisée, créent une règle spéciale pour les cas où il y a violation de l'obligation de notification dans des affaires où l'accusé encourt la peine capitale. Pourtant, Monsieur le président, la convention sur les relations consulaires ne contient aucune disposition qui permette d'introduire la notion de peine et encore moins de faire une distinction entre les différents types de peine. Si l'Allemagne souhaite faire amender cette convention pour qu'elle énonce des dispositions spéciales relatives à la peine de mort, elle devrait à cette fin procéder autrement.

3.13. Le devoir de notification n'est bien entendu pas limité aux affaires dans lesquelles l'accusé est passible de la peine capitale et intervient dans toutes les affaires impliquant une mise en arrestation et une détention, y compris les affaires d'immigration. Supposons que dans certains cas de manquement à ce devoir de notification, un Etat soumette à cette Cour, au titre de la protection diplomatique, une demande d'indemnisation en faveur de l'un de ses ressortissants qui aurait perdu une semaine de salaire pour avoir été placé en détention sans être informé du droit

⁴⁴ *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, C.I.J. Recueil 1992, p. 399.

⁴⁵ Mémoire de la République fédérale d'Allemagne, par. 3.22, p. 19.

⁴⁶ Contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique, par. 74.

qu'il avait d'aviser son consulat. Les nouvelles affaires que l'Allemagne a présentées à la Cour concernent quai toutes aussi des situations assez insignifiantes. Si la thèse de l'Allemagne était acceptée, la Cour devrait statuer sur toutes les requêtes de ce type, présentes et à venir.

3.14. Dans le mémoire lui-même, l'Allemagne reconnaît que le droit qu'elle a d'exercer sa protection diplomatique repose sur le droit international, c'est-à-dire sur le droit coutumier⁴⁷. Je renvoie la Cour au premier rapport que le professeur John Dugard a soumis à la Commission du droit international et dans lequel il explique le caractère coutumier du droit de la protection diplomatique⁴⁸.

3.15. Monsieur le président, la protection diplomatique, qui relève du droit coutumier, échappe aux critères de compétence créés par le protocole de signature facultative.

L'arrêt rendu dans l'affaire *Nicaragua* fait clairement la distinction entre la compétence conventionnelle et la compétence coutumière

3.16. J'estime que l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Nicaragua* autorise nettement à opérer une distinction entre la compétence en matière conventionnelle et la compétence relative au droit coutumier. Dès l'arrêt de 1984, la Cour indiquait que le fait que certains principes soient

«codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes de droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties aux dites conventions»⁴⁹.

Même si une norme conventionnelle et une norme coutumière avaient exactement le même contenu, chacune aurait et là, je cite encore la Cour, une «applicabilité distincte»⁵⁰. Dans un prononcé qui, je crois, fait autorité en l'espèce, la Cour a indiqué, dans son arrêt de 1986 sur le fond, que : «deux règles de même contenu sont traitées différemment, pour ce qui est des organes chargés d'en contrôler la mise en œuvre, selon qu'elles sont l'une coutumière et l'autre conventionnelle»⁵¹.

⁴⁷ Mémoire de la République fédérale d'Allemagne, par. 4.87-4.90, p. 72-73 (16 septembre 1999).

⁴⁸ Commission du droit international, cinquante-deuxième session, document des Nations Unies A/CN.4/506, par. 36, p. 9-10 (2000).

⁴⁹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 424, par. 73.

⁵⁰ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1984* p. 94, par. 175.

⁵¹ *Ibid.*, p. 95-96, par. 178.

3.17. S'appuyant sur cette distinction entre droit conventionnel et droit coutumier et invoquant la réserve des Etats-Unis d'Amérique relative aux traités multilatéraux, la Cour, dans l'affaire *Nicaragua*, a refusé d'appliquer certains traités multilatéraux mais a appliqué le droit coutumier en se fondant sur l'acceptation par les parties de la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de la compétence plus générale que la Cour tient de l'article 36, paragraphe 2 de son Statut. Comme nous le savons tous, cette compétence générale n'est pas valide en l'espèce. Dans l'affaire *LaGrand*, qui relève des prévisions de l'article 36, paragraphe 1 de son Statut, la Cour n'est compétente que pour un traité précis, la convention sur les relations consulaires. Elle n'est pas compétente pour connaître du droit coutumier de la protection diplomatique. Le principe régissant l'affaire actuelle est donc exactement le même que celui qui a été pris en considération pour déterminer l'étendue de la compétence de la Cour dans l'affaire *Nicaragua*, sauf que les éléments sont inversés. Les Etats-Unis demandent simplement à la Cour d'appliquer ici le principe qu'elle a appliqué à l'encontre des Etats-Unis dans l'affaire *Nicaragua*.

3.18. L'éminent conseil de l'Allemagne ne manquera pas de faire remarquer que dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis d'Amérique à Téhéran*, les Etats-Unis d'Amérique, invoquant entre autres les protocoles facultatifs aux conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et les relations consulaires, ont présenté eux-mêmes certaines demandes «sur la base de leur droit propre et dans l'exercice de leur droit de protection diplomatique»⁵². La ressemblance éventuelle entre ces deux affaires est toutefois très superficielle et s'y référer serait totalement hors de propos. Dans l'affaire des otages, contrairement à ce qui se passe dans l'affaire actuelle, il y avait un lien inextricable, un nœud gordien si vous préférez, entre les demandes et le rôle des Etats-Unis d'Amérique en tant qu'Etat victime et les violations continuelles des éléments les plus fondamentaux des conventions sur les relations diplomatiques et consulaires, à savoir l'inviolabilité des locaux diplomatiques et consulaires ainsi que la détention illégale de diplomates et de consuls et les mauvais traitements qui leur étaient infligés.

3.19. Seuls deux des otages étaient de simples particuliers. Tous les autres étaient des diplomates et des consuls. Alors que le fait même d'être retenues en otages dans l'ambassade

⁵² Affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis d'Amérique à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, C.I.J. Recueil 1980, p. 6, par. 8 c).

faisait bénéficier ces deux personnes de la protection des conventions sur les relations diplomatiques, la Cour a choisi de citer, à leur sujet, la protection du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires entre les Etats-Unis et l'Iran⁵³, établissant ainsi une distinction entre de simples ressortissants (couverts par le traité d'amitié) et des personnalités officielles (couvertes par les conventions diplomatiques). Par ailleurs, le dispositif — et c'est ce qui compte ici — le dispositif de l'arrêt ne fait pas mention de la protection diplomatique. S'écartant nettement de la lettre des conclusions des Etats-Unis d'Amérique, la Cour a simplement fait état du préjudice direct causé aux Etats-Unis d'Amérique : «décide que l'Iran est tenu envers le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique de l'obligation de réparer le préjudice causé à celui-ci»⁵⁴.

3.20. Il s'ensuit que la compétence conférée à la Cour par le protocole de signature facultative à la convention sur les relations consulaires ne s'étend pas aux questions de protection diplomatique, je dis bien diplomatique.

Les LaGrand n'ont pas épuisé les voies de recours interne

3.21. Si la Cour décidait néanmoins qu'elle a compétence au sujet de la protection diplomatique des frères LaGrand ou sur la base d'une violation de droits individuels, l'obligation d'épuiser les voies de recours interne empêcherait d'aller plus loin dans l'examen de ces demandes. Comme le fait observer le professeur Rosenne, la Cour peut traiter les exceptions d'irrecevabilité de toute manière qu'elle juge appropriée.⁵⁵

3.22. Le distingué coagent de l'Allemagne, le professeur Simma, a admis hier que des demandes qui ont trait à la protection diplomatique, ou à des droits individuels, sont subordonnées à la règle de l'épuisement des voies de recours interne et l'affirmation se trouve également dans le mémoire⁵⁶. Cela dit, l'Allemagne prétend que les LaGrand avaient épuisé toutes les voies de recours qui leur avaient été ouvertes par le système judiciaire des Etats-Unis⁵⁷. Nous montrerons que cette affirmation est inexacte.

⁵³ *Ibid.*, p. 26, par. 50.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 45, par. 95, point 5.

⁵⁵ Voir *supra*, note 3, p. 840 (1997)

⁵⁶ Mémoire de la République fédérale d'Allemagne, p. 116, par. 5.16.

⁵⁷ *Ibid.*, par. 5.17 et 3.23.

3.23. L'Allemagne donne de l'obligation d'épuiser les voies de recours interne une lecture nouvelle, qui s'écarte radicalement de la pratique et de la jurisprudence très riches du droit international en la matière. Elle se plaint de ce que «le droit des Etats-Unis ne prévoit pas de recours effectif contre la violation de l'obligation de notification ... dans l'hypothèse où l'omission de la notification consulaire est découverte après la condamnation d'un accusé ou d'un prévenu au terme d'un procès avec jury»⁵⁸.

3.24. Par ces affirmations, l'Allemagne reconnaît qu'*il existe bien* des recours avant une condamnation par un jury et au niveau de l'Etat. Le manquement dont se plaint l'Allemagne est un manquement à l'obligation d'informer. Monsieur le président, ce manquement aurait pu facilement être réparé au stade du procès si la question avait été soulevée en temps opportun. Le juge aurait permis la notification du consulat et les accusés auraient bénéficié d'une aide consulaire tout au long de la procédure.

3.25. Mais, je regrette de le dire, l'Allemagne voudrait que la Cour réécrive le droit américain, ainsi que le droit international, en demandant que certains recours, s'ils n'ont pas été épuisés au niveau indiqué par la législation nationale, soient encore disponibles à un niveau différent, devant des juridictions différentes. Mais c'est certainement là une question qu'il appartient à l'Etat souverain de régler.

3.26. L'Allemagne prétend que les Etats-Unis d'Amérique violent le droit international en ne fournissant pas de recours supplémentaire — j'insiste sur le terme supplémentaire — à l'échelon fédéral. Le droit international ne donne bien entendu pas la faculté de procéder à un nouvel examen, de type *habeas*, des demandes qui n'ont pas été formulées devant les juridictions de l'Etat. Les règles relatives à la carence procédurale ne violent aucune des obligations internationales des Etats-Unis d'Amérique. Elles sont une émanation du système fédéral américain qui décourage toute intervention inutile des autorités fédérales dans des affaires qui relèvent de la compétence des Etats. Et, comme l'expliqueront mes collègues, le paragraphe 2 de l'article 36 traite de questions tout à fait différentes, telles les visites dans les prisons, etc.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 47, par. 4.25.

3.27. Même s'il existait une obligation de réparer le manquement dans le cadre du système judiciaire, ce serait tout à fait conforme à la tradition du droit international que d'accepter qu'un Etat exige que soient épuisées les voies de recours internes devant un type ou un niveau de juridiction donné et dans un cadre procédural donné. Tout le sens de la question de l'épuisement des recours internes est que l'Etat défendeur ait la possibilité de remédier à un manquement dans le cadre de son propre système juridique en autorisant le recours à des tribunaux, à des institutions ou à toute autre autorité selon les modalités déterminées par la législation nationale et conformément à des limites telles que des délais et des procédures à respecter, afin d'empêcher une infraction au droit international. Monsieur le président, ces propositions vont de soi.

3.28. L'obligation d'épuiser les recours internes en droit international englobe la carence procédurale et l'obligation de soumettre sa requête en temps utile. Par exemple, si une personne n'intente pas d'action devant les tribunaux nationaux avant qu'il n'y ait prescription, sa demande ne pourra plus être examinée à l'échelon national et sera irrecevable à l'échelon international pour non-épuisement des recours internes.

3.29. Dans l'arbitrage *Ambatielos*⁵⁹, que je porte à l'attention de la Cour, la personne dont la cause a été défendue et soumise à arbitrage par la Grèce n'avait pas cité à comparaître un témoin essentiel pour le succès de son action. Ce témoignage n'a pu être produit devant la cour d'appel. La commission d'arbitrage a décidé que la non-présentation de ce témoignage équivalait au «non-épuisement des voies de recours interne disponibles ... [devant le tribunal de première instance]» et que l'affaire était donc irrecevable.

3.30. Il me semble que l'affaire *Ambatielos* est instructive pour la présente espèce, où le manquement aurait pu être mis en cause en temps opportun — mais il ne l'a pas été — au niveau de l'Etat. Le fait que, dans ces conditions, il n'ait pas été possible de le mettre en cause à l'échelon fédéral ne viole aucune règle du droit international. Mais cela n'apporte pas non plus de remède au non-épuisement des voies de recours interne, lequel porte un coup fatal à la recevabilité de la requête dont la Cour est saisie.

⁵⁹ *Ambatielos claim (Greece v. UK) (1956)*, *Recueil des sentences arbitrales de l'Organisation des Nations Unies*, vol. 12, p. 120.

3.31. Au cas où le Gouvernement allemand trouverait dure la démarche adoptée dans l'affaire *Ambatielos*, nous rappelons qu'elle a été confirmée et suivie, avec citation nominale, par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Cardot c. France*. En déclarant la requête de Cardot irrecevable au motif du non-épuisement des recours internes, la Cour a précisé que l'épuisement des recours internes exige

«que soient soulevés devant ces mêmes juridictions [internes], au moins en substance et dans les formes et délais prescrits par le droit interne, les griefs que l'on entendait formuler par la suite à Strasbourg»⁶⁰.

3.32. L'affaire Cardot n'est pas le seul exemple de l'approche qu'adopte ainsi la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Barbera, Messegué et Jabardo c. Espagne*, par exemple, les accusés ont fait valoir que le fait qu'un juge ait été remplacé à la dernière minute par un autre juge qu'ils considéraient comme partial constituait une violation de leur droit à un procès équitable. Toutefois, ils n'avaient pas émis de protestation contre ce changement lors du procès et la Cour a jugé irrecevable leur requête sur ce point particulier⁶¹.

3.33. Le fait est qu'il existe dans la plupart des pays — je dis bien dans la plupart des pays — des règles qui, à certains égards, font écho aux règles de la carence procédurale en vigueur aux Etats-Unis d'Amérique. Certaines juridictions internationales ont fait droit à ces règles et jugé des affaires irrecevables au motif du non-épuisement des voies de recours interne.

Le fait que les avocats n'aient pas invoqué le manquement au stade et au moment appropriés de la procédure n'excuse pas le non-épuisement des voies de recours interne

3.34. En tentant d'expliquer pourquoi les LaGrand n'ont pas soulevé le manquement selon les modalités requises par la législation des Etats-Unis d'Amérique et d'excuser ainsi le non-épuisement des recours internes, l'Allemagne fait valoir que les LaGrand ne connaissaient pas les dispositions de la convention⁶².

⁶⁰ *Cardot c. France*, Cour européenne des droits de l'homme, n° 200, par. 34 (1991).

⁶¹ *Barbera, Messegué et Jabardo c. Espagne*, Cour européenne des droits de l'homme, série A n° 146, par. 59 (1988).

⁶² Mémoire de la République fédérale d'Allemagne, p. 6, par. 2.07, 4.05 et 4.81.

3.35. Dans la plupart des affaires toutefois, le droit est compliqué et c'est aux avocats qu'il appartient d'invoquer d'éventuels manquements, comme l'Allemagne le reconnaît elle-même⁶³. La règle de l'épuisement des voies de recours internes, l'une des règles cardinales du droit international, perdrait toute viabilité si les accusés n'étaient pas liés par les actions de leurs avocats. Il a toujours été estimé en droit qu'un accusé et son avocat sont une seule et même entité du point de vue de la position juridique qu'ils adoptent.

3.36. L'Allemagne reconnaît elle-même que c'était aux avocats de découvrir et d'invoquer le manquement⁶⁴. Elle critique l'avocat de Karl LaGrand, qui aurait pu et dû invoquer le manquement et estime qu'il n'a pas bien rempli son rôle. En revanche, elle n'a pas mis en question la compétence de l'avocat de Walter LaGrand alors que c'est Walter LaGrand qui a fait l'objet des mesures conservatoires indiquées par la Cour dans son ordonnance du 3 mars 1999.

3.37. Même si, exceptionnellement, la notification consulaire concernait l'administration de la justice, il incomberait aux avocats d'invoquer la question au stade et au moment appropriés. Dans l'affaire LaGrand, les avocats ont toujours été libres de demander l'assistance de l'Allemagne.

3.38. Monsieur le président, nous ne disons pas que les avocats commis d'office sont toujours les meilleurs, mais les conclusions des tribunaux américains, selon lesquelles l'avocat de Karl LaGrand a assuré une représentation correcte du point de vue des règles de la Constitution, ne sont pas à écarter.

3.39. Etant donné l'indépendance du barreau aux Etats-Unis d'Amérique comme dans beaucoup d'autres pays et le fait qu'aux Etats-Unis, les avocats de la défense et les procureurs sont plus adversaires que partenaires, l'Etat d'Arizona ne pouvait pas demander à être partie prenante à la stratégie de défense des avocats des LaGrand. Il ne pouvait leur dire quels moyens invoquer ni même demander pourquoi certains arguments étaient présentés ou non.

3.40. L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Kamasinski c. Autriche* va tout à fait dans le sens de cette position des Etats-Unis. Un citoyen américain qui avait été condamné en Autriche pour des actes délictueux s'est pourvu en cassation

⁶³ *Ibid.*, par. 4.41 et 4.42.

⁶⁴ *Ibid.*

pour n'avoir pas été représenté de manière adéquate par son avocat⁶⁵. La Cour suprême d'Autriche a rejeté le pourvoi au motif qu'il incombait au tribunal régional de désigner un défenseur mais non de contrôler ses activités⁶⁶. Soulignant le principe de l'indépendance du barreau, la Cour européenne a estimé qu'on «ne saurait pour autant imputer à un Etat la responsabilité de toute défaillance d'un avocat d'office»⁶⁷.

3.41. La Cour a refusé de faire une distinction entre les activités de l'accusé et celles de son avocat, soulignant qu'il fallait «identifier M. Kamasinski au conseil qui agissait en son nom» et qu'il «ne saurait donc imputer à l'Etat défendeur la moindre responsabilité pour les décisions (de l'avocat) en la matière»⁶⁸. La Cour est parvenue à cette conclusion bien qu'elle ait reconnu que Kamasinski, qui n'avait pas vécu longtemps en Autriche, n'était pas familiarisé avec le système judiciaire autrichien. Contrairement à Kamasinski, les LaGrand ne pouvaient pas prétendre ne pas connaître le système américain.

3.42. La Commission européenne des droits de l'homme a elle aussi conclu que le fait que les avocats indiquent qu'un nouveau recours serait inutile ne constitue pas une «circonstance particulière» qui puisse «dispenser le requérant d'épuiser ce recours»⁶⁹. La Commission a estimé que la même considération s'appliquait dans le cas où un avis analogue avait été donné tant par l'avocat du requérant que par le juge⁷⁰. Dans une autre affaire, la Commission a conclu que le conseil donné par les avocats ne dispensait pas de la nécessité d'épuiser les voies de recours interne ni ne modifiait les règles applicables en la matière⁷¹. Je renvoie la Cour au résumé que fait Amerasinghe du droit à ce sujet et que j'aimerais voir figurer dans le compte rendu⁷².

⁶⁵ *Kamasinski c. Autriche*, Cour européenne des droits de l'homme, série A n° 168, par. 35 (1989).

⁶⁶ *Id.*, par. 37.

⁶⁷ *Id.*, par. 65.

⁶⁸ *Id.*, par. 91.

⁶⁹ *Simon Herold c. Autriche*, requête n° 4340/69 (1971), *Recueil de décisions*, vol. 38, p.33.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *X c. Belgique*, requête n° 1488/62 (1963), *Recueil de décisions*, vol. 13, p. 96.

⁷² C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, p. 213 (1990) :

«De simples doutes quant à l'existence ou à l'efficacité d'un recours ne dispensent pas d'exercer un recours, pas plus que les mauvais conseils ou l'opinion de l'avocat ou l'opinion de la personne quant aux chances de succès ou à l'opportunité d'un recours ou à la tactique à suivre.» [Traduction du Greffe.]

L'Allemagne invoque contre les Etats-Unis d'Amérique des principes qu'elle n'applique pas dans sa pratique

3.43. La recevabilité d'une plainte n'est pas simplement un problème technique de droit international. Dans certaines circonstances, elle pose des questions fondamentales d'équité et d'égalité et exige beaucoup de prudence de la part du juge. J'estime que l'affaire qui nous occupe entre dans cette catégorie.

3.44. Bien qu'elle condamne durement la règle américaine de la carence procédurale, l'Allemagne demande, quand elle est l'Etat défendeur, à bénéficier de règles analogues. Dans la requête *I. H. c. République fédérale d'Allemagne* relative à la condamnation, confirmée en appel par un tribunal fédéral, d'un requérant par un tribunal régional allemand, la Cour constitutionnelle fédérale a jugé irrecevable la réclamation du requérant parce qu'elle n'avait pas été déposée dans les délais prévus par la loi portant création de la Cour constitutionnelle fédérale⁷³. Il n'y a là pratiquement pas de différence entre l'approche des tribunaux des Etats-Unis d'Amérique et celle de la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne.

3.45. Même lorsqu'un avocat commis d'office a été refusé — catégoriquement refusé — à un accusé sans ressources — en l'occurrence, un ressortissant turc — pour un procès en appel fort complexe, l'Allemagne s'est opposée à l'annulation de la condamnation, faisant valoir, en adoptant là une position radicalement opposée à celle qui est la sienne dans l'affaire *LaGrand*, que l'accusé n'avait pas subi de préjudice⁷⁴. Naturellement, la Cour européenne des droits de l'homme, invoquant «les intérêts de la justice»⁷⁵, a conclu que l'Allemagne avait commis une violation de l'article 6 3) c) de la convention européenne, lequel est comparable à l'article 14 3) d) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, auquel l'Allemagne est également partie. Il est intéressant de noter que la Cour européenne a reconnu que la convention ne lui attribuait pas compétence pour annuler l'arrêt de la Cour fédérale allemande⁷⁶.

3.46. Ainsi, Monsieur le président, dans la procédure actuelle, l'Allemagne cherche à appliquer aux Etats-Unis d'Amérique d'autres critères que ceux qu'elle suit dans sa pratique.

⁷³ *I. H. c. République fédérale d'Allemagne* (non publié), (12 février 1990).

⁷⁴ *Pakelli c. Allemagne*, Cour européenne des droits de l'homme, n° 64, par. 40 (1983).

⁷⁵ *Ibid.*.

⁷⁶ *Ibid.*, par. 45.

L'Allemagne n'a pas montré que son système judiciaire exigeait l'annulation de condamnations pénales en cas de manquement à l'obligation de notification consulaire. Même hier, elle n'a pas fait valoir que dans sa pratique, elle réexamine ou annule des condamnations au seul motif d'un tel manquement. Les affaires citées dans le contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique montrent que lorsque des citoyens américains ont été condamnés à des peines de prison en Allemagne sans avoir eu la possibilité de notifier leur poste consulaire, l'Allemagne, tout en présentant ses excuses aux Etats-Unis d'Amérique, n'a même pas évoqué la possibilité d'annuler les condamnations⁷⁷. D'autres ressortissants américains ont été placés en détention en Allemagne sans avoir été avertis de leur droit d'informer leur consul. J'attire l'attention de la Cour sur la déclaration complémentaire d'Elizabeth Swop que nous avons déposée hier. Dans toutes ces affaires, les Etats-Unis d'Amérique n'ont pas eu autre chose que des excuses. Je conclus que dans sa pratique, l'Allemagne ne respecte pas ce qu'elle affirme être, dans l'affaire *LaGrand*, l'interprétation correcte de la convention sur les relations consulaires, à savoir que la violation de l'obligation de notification a des conséquences sur le déroulement de la procédure au niveau national et exige que soient remises en cause les condamnations et les peines formulées en l'absence de notification.

3.47. Monsieur le président, ne faut-il pas se demander si la Cour doit se déclarer prête à examiner les demandes de l'Allemagne alors que celle-ci n'accepte pas comme obligatoires pour elle-même des normes qu'elle n'hésite pas à opposer aux Etats-Unis d'Amérique ? Les Etats-Unis demandent à cette Cour de considérer si l'Allemagne ne devrait pas être empêchée de soulever, contre les Etats-Unis d'Amérique, de prétendues règles qu'elle ne respecte pas elle-même. Mais il ne s'agit pas ici uniquement d'une question de forclusion. On constate que l'interprétation de la convention que revendique l'Allemagne n'est pas devenue une partie du droit international qui lie les Etats-Unis.

3.48. Les Etats-Unis ne demandent pas ici la réciprocité mais souhaitent plutôt soulever deux autres points. Premièrement, les principes fondamentaux de l'administration de la justice et de l'égalité exigent que les deux parties en présence soient soumises aux mêmes principes du droit

⁷⁷ Contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique, p. 38, par. 93-94, annexes 8-11.

international. Il serait contraire à ces principes d'appliquer contre les Etats-Unis d'Amérique des règles que l'Allemagne ne semble pas suivre.

3.49. Le deuxième point concerne le statut de ces règles au regard du droit international. Les règles invoquées par l'Allemagne sont au mieux incertaines. En cas d'incertitude du droit, le fait que la partie adverse recourt elle-même à une pratique contestée a pour effet de rendre encore plus floue l'autorité de ces prétendues règles de droit international⁷⁸.

3.50. La pratique suivie par l'Allemagne sur son territoire a pour effet d'ôter toute justification à la requête qu'elle présente à la Cour pour que celle-ci adopte son interprétation de la convention consulaire. Ainsi, les affirmations de l'Allemagne non seulement posent une question d'équité envers l'Etat défendeur mais sont également contraires aux principes de l'administration de la justice que la Cour a toujours défendus.

3.51. De plus, dans la mesure où la pratique de l'Allemagne tout comme celle des Etats-Unis d'Amérique expriment, ainsi que nous le démontrerons, la pratique générale des Etats parties à la convention, il y a un rejet général par les Etats de l'interprétation de la convention que défend actuellement l'Allemagne contre les Etats-Unis d'Amérique.

3.52. S'il fallait accepter l'interprétation donnée par l'Allemagne de la convention, tous les Etats qui y sont parties se trouveraient actuellement en train de violer ce texte, ce qui ne faciliterait pas l'adoption de mesures visant à mieux le faire appliquer.

3.53. En sa qualité d'Etat demandeur, il appartenait à l'Allemagne d'établir que son interprétation de la convention sur les relations consulaires était bonne. L'Allemagne n'a manifestement pas rempli cette obligation.

Conclusions

3.54. Pour conclure, je rappelle à la Cour ce qu'elle a dit dans l'affaire du *Cameroun septentrional* :

«même si, une fois saisie, [elle] estime avoir compétence, la Cour n'est pas toujours contrainte d'exercer cette compétence. Il y a des limitations inhérentes à l'exercice de la fonction judiciaire dont la Cour, en tant que tribunal, doit toujours tenir compte...

⁷⁸ Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* 40 (1989).

Cette fonction est soumise à des limitations inhérentes qui, pour n'être ni faciles à classer, ni fréquentes en pratique, n'en sont pas moins impérieuses en tant qu'obstacles décisifs au règlement judiciaire.»⁷⁹.

Monsieur le président, permettez-moi de suggérer qu'en la présente affaire, qui repose sur une interprétation de la convention consulaire que ni l'Allemagne ni aucune autre partie à cette convention n'accepte et n'applique dans sa pratique, peut-être conviendrait-il que la Cour, en tant que tribunal, exerce sa compétence discrétionnaire en matière judiciaire pour décider si elle doit ou non connaître de cette affaire.

3.55. Monsieur le président, ceci met fin à mon intervention. Madame et Messieurs les Membres de la Cour, je vous remercie de votre patience et, Monsieur le président, je vous demande de bien vouloir donner la parole à Mme Catherine Brown.

The PRESIDENT : Thank you Professor. Je donne maintenant la parole à Mme Catherine Brown.

Mme BROWN :

4.1. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, c'est un honneur pour moi de me présenter devant vous aujourd'hui. Ce dont je vais parler, c'est de la réaction des Etats-Unis à la violation dans la présente instance et de la question de savoir si la convention de Vienne sur les relations consulaires appelait une réaction différente. En particulier, j'examinerai si cette convention oblige les Etats parties à offrir dans leur système de justice pénale des recours aux accusés étrangers qui n'ont pas été informés, comme l'article 36 de la convention le prévoit, de la possibilité qui leur est offerte d'avertir leur consulat. L'Allemagne a élaboré une théorie fantaisiste pour persuader la Cour qu'elle devait conclure à une réponse affirmative. Les Etats-Unis soutiennent que la réponse est en fait incontestablement «non» et que la Cour déformerait sérieusement le cadre des relations consulaires en concluant autrement. Je me propose aujourd'hui d'abord d'examiner brièvement ce qu'ont fait les Etats-Unis à la suite de la violation de l'article 36 dans la présente instance ainsi que la question d'ensemble, c'est-à-dire la façon dont les Etats-Unis respectent cet article 36. Ensuite, je parlerai de ce qu'exige la convention de Vienne et montrerai

⁷⁹ Affaire du *Cameroun septentrional* (*Cameroun c. Royaume-Uni*), *C.I.J. Recueil 1963, exceptions préliminaires*, p. 29.

qu'elle ne contient aucun élément qui oblige les pays à offrir le recours de droit interne que l'Allemagne voudrait imposer aux Etats-Unis.

Les Etats-Unis ont enquêté au sujet de la prétendue violation, ont présenté des excuses à l'Allemagne et ont mené une vaste action pour améliorer la façon dont ils appliquent les dispositions de l'article 36

4.2. Monsieur le président, nul n'ignore qu'aux yeux des Etats-Unis, la convention de Vienne est une convention qui crée des droits et des obligations entre les Etats et non pas des droits individuels inhérents à chacun dont le non-respect relève nécessairement du système de justice pénale. Cette conception de la convention nous conduit à considérer que les violations de son article 36 ne nécessitent pas de recours dans le cadre de la justice pénale. Nous pensons que l'Allemagne partageait cette façon de voir jusqu'à ce qu'elle décide, récemment, qu'elle avait intérêt à réinterpréter la convention aux fins des affaires où l'accusé encourt la peine capitale. En conséquence, tant les Etats-Unis que l'Allemagne ont toujours eu pour pratique, quant il était signalé un manquement à l'article 36, d'enquêter, de présenter des excuses le cas échéant et de prendre des mesures pour améliorer le respect de ses dispositions. Ni l'un ni l'autre pays n'a prévu de recours dans son système de justice pénale à la suite de violations de ce type, qui sont courantes dans les deux pays. Dans des affaires récentes où des étrangers ont été condamnés à la peine capitale aux Etats-Unis, nous avons en outre demandé aux autorités compétentes de considérer la violation comme un facteur qui, sans être déterminant, pouvait faire éventuellement pencher la balance vers la clémence. Notre position est en effet que les recours sont politiques et non pas judiciaires.

4.3. A la suite de la violation de l'article 36 dans la présente instance nous avons procédé autant que possible de cette façon-là étant donné que l'Allemagne a soulevé auprès des Etats-Unis la question de la notification au consulat deux jours seulement avant la date fixée pour l'exécution de Karl LaGrand, dans la lettre que M. Fischer, ministre des affaires étrangères, a adressée à Mme Albright, secrétaire d'Etat, et qui est soumise à la Cour en annexe au mémoire de l'Allemagne (annexe 18). Dans ses communications précédentes, l'Allemagne avait demandé la clémence uniquement parce qu'elle est opposée à la peine de mort⁸⁰.

⁸⁰ Mémoire de l'Allemagne, annexes 14, 15 et 16.

4.4. Conformément à la pratique établie des Etats-Unis et de l'Allemagne, une fois confirmée l'existence effective d'une violation — et cela seulement plusieurs mois après —, nous avons exprimé nos regrets et présenté les excuses officielles des Etats-Unis à l'Allemagne à laquelle nous avons indiqué en détail les mesures qui étaient prises aux Etats-Unis pour empêcher que cela ne se reproduise. Nous avons aussi remis à l'Allemagne un rapport sur notre enquête et proposé de répondre à toute question qu'elle voudrait nous poser à ce sujet. C'est l'objet de la note diplomatique qui est jointe au contre-mémoire (pièce n° 2).

4.5. Dans notre note diplomatique, nous avons assuré l'Allemagne du sérieux avec lequel les Etats-Unis considéraient la notification aux autorités consulaires et avons parfaitement reconnu qu'il était nécessaire d'améliorer l'application des prescriptions de l'article 36. Les mesures que les Etats-Unis prennent actuellement à cette fin sont décrites tant dans la note (pièce n° 2) que dans la pièce n° 3 jointes au contre-mémoire mais l'action engagée a été poursuivie depuis l'établissement de ces deux pièces. La secrétaire d'Etat, Mme Albright, appuie totalement et personnellement cette action depuis le début, de même que Mme Janet Reno, *Attorney General* des Etats-Unis. Notre action principale a consisté, en 1998, à publier une brochure et à distribuer une petite carte dont un modèle a été mis à la disposition de la Cour. Actuellement, nous estimons avoir distribué dans l'ensemble du pays plus de soixante mille exemplaires de la brochure et quatre cent mille cartes aux services chargés du maintien de l'ordre public et aux services judiciaires fédéraux, étatiques et locaux.

4.6. Nous organisons aussi une formation sur tout le territoire, parfois en coopération avec les fonctionnaires consulaires de pays tiers comme le Mexique, qui sont vraiment désireux de nous aider à mieux appliquer l'article 36. Notre action vise tous les niveaux administratifs. De plus, comme vous l'a dit Mme l'*Attorney General* Napolitano, alors que nous avons toujours considéré que c'étaient les fonctionnaires chargés de l'arrestation et de la détention qui étaient compétents aux fins de l'application de l'article 36, nous faisons désormais aussi appel à des membres des services judiciaires à qui nous demandons de s'assurer que l'obligation d'informer les services consulaires a bien été respectée quand des étrangers comparaissent devant eux. Nous avons tout spécialement signalé ce changement de pratique à l'Allemagne parce qu'il vise à dissiper la confusion qui a régné dans le cas de Karl et Walter LaGrand. Dernièrement, la secrétaire d'Etat,

Mme Albright, a personnellement décidé de créer au département d'Etat un service permanent chargé de veiller au respect, par les Etats-Unis et les pays tiers, des dispositions qui prévoient la communication d'informations aux services consulaires et la liberté d'accès à ces services.

4.7. Nous avons été franchement déçus hier de constater que l'Allemagne minimisait ces efforts, comme s'ils n'étaient pas authentiques ou n'avaient pas d'effet. L'Allemagne a été jusqu'à trouver ces mesures inefficaces au point que la Cour devrait prendre la décision extraordinaire d'ordonner aux Etats-Unis de créer dans leur système de justice pénale, des recours au profit des détenus qui encourent la peine de mort. Sans même qu'il soit besoin de dire que la convention de Vienne ne contient aucun élément en faveur d'un tel recours — nous reviendrons sur cela plus tard — la description de l'Allemagne déforme la réalité. D'abord, il importe que la Cour sache que les Etats-Unis se sont toujours attachés à respecter les dispositions de l'article 36 depuis le jour où ils sont devenus parties à la convention de Vienne. De plus, il n'y a guère de raison de penser que les gouvernements étrangers n'ont pas été satisfaits de ce que nous avons entrepris jusqu'aux années quatre-vingt-dix. L'Allemagne n'a certainement rien fait pour nous signaler qu'elle avait le moindre souci à ce sujet — tout comme elle s'est abstenue de nous signaler l'affaire *LaGrand* entre 1992 et 1999. Donc, l'action que nous menons actuellement n'a commencé que relativement récemment.

4.8. Ensuite, l'ensemble de mesures que nous avons prises a donné des résultats bien supérieurs à ce que l'Allemagne admet. De fait, l'Allemagne a positivement déformé ce qui se passe aux Etats-Unis actuellement. C'est ainsi que, parmi les pièces supplémentaires qu'elle a tardivement soumises à la Cour, figure une lettre de la Californie que l'Allemagne cite pour prouver que cet Etat ne pense pas être tenu de se conformer aux dispositions de l'article 36. A notre tour, nous avons soumis une lettre de la Californie dans laquelle celle-ci déclare expressément accepter pleinement les obligations découlant de l'article 36. Ce qui manque dans ce que dit l'Allemagne, c'est que c'est précisément pour mieux appliquer cet article que la Californie a décidé récemment d'incorporer ses dispositions au droit californien. Comme je l'expliquerai plus tard, nous ne pensons pas que la convention exige cette incorporation et, de fait, les Etats parties à la convention qui ont choisi de procéder ainsi sont relativement peu nombreux. On penserait que l'Allemagne saluerait un tel effort au lieu de le critiquer. Nous ne voyons certainement rien qui

justifie qu'elle dénature la déclaration anodine et manifestement exacte d'un fonctionnaire californien selon laquelle la législation californienne n'est en vigueur que depuis peu et il n'a donc pas été possible de l'enfreindre jusqu'à une date récente. Je pourrais citer des initiatives positives analogues qui ont été prises un peu partout aux Etats-Unis et, ce matin, Mme l'*Attorney General* Napolitano, a exposé celles qu'a prises notamment l'Etat d'Arizona pour faire participer les membres de ses services judiciaires à l'action menée, là encore à la suite de la confusion qui a régné dans l'affaire Karl et Walter LaGrand. Mon cabinet reçoit tous les jours de la part des services de police de tous les coins des Etats-Unis des demandes visant notre brochure et nos cartes pour suivre les instructions. De plus, les postes consulaires étrangers nous ont dit expressément qu'ils étaient avisés plus souvent grâce à l'action que nous menons.

4.9. La liste des cas de prétendues violations dont M. Simma a parlé hier ne nous fait d'ailleurs pas douter des résultats de notre action. La liste diffère un peu de celle que les Etats-Unis pourraient établir au sujet de l'Allemagne ou d'un certain nombre d'autres pays, comme le montre la déclaration supplémentaire que nous avons présentée et qu'a établie Mme Elizabeth Swope, qui dirige la coordination des notifications consulaires au secrétariat d'Etat. L'Allemagne oublie de reconnaître que la notification aux consulats ne fonctionne jamais parfaitement, ni en Allemagne, ni aux Etats-Unis, ni ailleurs et, qu'habituellement, les agents consulaires sont informés de la détention de leurs ressortissants par divers moyens et à divers stades de la procédure pénale. Dans la mesure où la liste montre que les agents consulaires allemands tiennent leurs informations de parents, ou les ont obtenues par des contacts directs avec leurs ressortissants ou bien d'autre façon, elle illustre simplement les réalités de la pratique consulaire. On voit comment les méthodes de notification varient aussi dans au moins l'un des cas où l'Allemagne n'a pas respecté l'article 36, que la déclaration de Mme Swope met en évidence, et on trouvera des renseignements abondants sur cette diversité dans notre examen de la pratique des Etats, qui fait l'objet de l'annexe 8 à notre contre-mémoire.

4.10. Ce qui est plus important, c'est que l'Allemagne méconnaît totalement ce qu'il faut faire pour garantir l'application de la disposition, les Etats-Unis ont un territoire d'environ 9,2 millions de kilomètres carrés, alors que celui de l'Allemagne s'étend sur quelques 350 000 kilomètres carrés seulement. Nous avons 270 millions d'habitants alors que

l'Allemagne en a moins de 83 millions. Comme on vous l'a dit, notre structure fédérale est tout à fait particulière. En fait, le pouvoir d'arrestation et de mise en détention aux Etats-Unis est décentralisé et est partagé non pas seulement entre l'administration fédérale et celle des Etats mais aussi à l'intérieur de l'administration fédérale et à l'intérieur de celle des Etats. Selon nos estimations, il y a aux Etats-Unis plus de 700 000 fonctionnaires chargés du maintien de l'ordre public qui sont répartis dans plus de 18 000 subdivisions administratives.

4.11. Ce n'est pas là une excuse c'est une explication. Les Etats-Unis se sont lancés dans ce que nous considérons comme une action systématique, de longue haleine, pour régler cette question de l'application de l'article 36. Nous n'avons pas besoin de règles supplémentaires pour assurer cette application parce que nous comprenons parfaitement, et nos Etats comprennent parfaitement, que l'article 36 a force de loi aux Etats-Unis et peut être appliqué directement. Le problème qui se pose, c'est de joindre les agents qui en sont chargés et sont multiples et fort nombreux dans de fort nombreuses subdivisions administratives, grâce à des programmes de formation à long terme, constamment renouvelés. En critiquant notre action, l'Allemagne laisse tous ces éléments de côté et témoigne franchement, à l'égard des Etats-Unis d'une naïveté surprenante de la part d'un pays qui a entrepris de formuler des critiques décisives au sujet du système judiciaire des Etats-Unis, et d'un pays qui a lui-même des difficultés à appliquer les dispositions en cause à une échelle plus petite pourtant et dans un environnement beaucoup moins complexe.

4.12. Quoi qu'il en soit, l'Allemagne a tort de faire si piètre cas de la position défendue par les Etats-Unis qui est que, dans les cas où l'article 36 n'est pas respecté, ils agissent comme ils le doivent en faisant une enquête, en présentant des excuses et en s'engageant véritablement de bonne foi à mieux faire à l'avenir. Dans des observations qui font autorité sur la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Eileen Denza a fait remarquer que l'application et le respect de cette convention avaient remarquablement progressé. L'une des raisons à cela, selon elle, c'est

«que la réciprocité sanctionne de manière constante et effective le respect de presque toutes les dispositions de la convention. Chaque Etat est à la fois un Etat d'envoi et un Etat de résidence. Ses propres représentants à l'étranger, dans un certain sens, sont toujours des otages.»⁸¹ [*Traduction du Greffe.*]

⁸¹ E. Denza, *Diplomatic Law*, 2^e ed., 1998, p. 2.

On peut en dire autant de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Les Etats parties savent que les règles de conduite qu'ils veulent voir les pays tiers respecter sont des règles qu'ils doivent eux-mêmes être prêts à suivre. A l'inverse, ils savent que la façon dont ils traitent les Etats parties à la convention par les modalités d'application qu'ils adoptent peut avoir des effets sur la façon dont ils sont eux-mêmes traités. Dans ce contexte, la réaction des Etats-Unis est loin d'être inutile. Elle constitue un message clair, réfléchi et concerté adressé publiquement par le département d'Etat et le ministère de la justice des Etats-Unis, au plus haut niveau, aux Etats parties à la convention pour les assurer que nous prenons l'article 36 au sérieux et que nous savons parfaitement qu'ils comptent de notre part, chez nous, sur des règles de comportement analogues à celles que nous comptons les voir adopter à l'égard de nos ressortissants à l'étranger. Nous poursuivrons nos efforts quel que soit le résultat dans la présente instance et que des pays comme l'Allemagne cessent ou non de s'y intéresser parce que leur véritable souci, c'est la peine capitale et non pas la notification consulaire. D'ailleurs, nous pouvons légitimement considérer avec méfiance la tentative tardive, de la part de l'Allemagne, pour définir une règle spéciale de notification au consulat dans les affaires où l'accusé encourt la peine capitale puisqu'une telle règle n'aurait pas d'effet de réciprocité sur le système allemand de justice pénale.

La convention de Vienne n'appelle aucune autre réaction

4.13. J'aborderai maintenant la question de savoir si l'attitude des Etats-Unis à la suite de la violation de l'article 36 qui a été commise a été insuffisante au regard de la convention de Vienne. Contrairement à ce que donne à entendre l'Allemagne, ce n'est pas en décidant ou non si la convention de Vienne est conçue dans l'intérêt de l'individu que l'on répondra à cette question. L'accomplissement des fonctions consulaires, par définition, est utile à des individus. En outre, il est clair que l'article 36, en reconnaissant aux agents consulaires le droit d'entrer en rapport avec les ressortissants de leur pays et à leur apporter leur assistance, sert l'intérêt de ceux-ci. Ce que l'on cherche à déterminer, ce n'est pas non plus si l'article 36 reconnaît les droits d'individus — il est clair qu'il le fait expressément. Mais cela ne nous dit pas grand-chose sur la nature de ces droits ni sur les recours prescrits par la convention en cas d'infraction à l'article 36. Ce à quoi l'on doit répondre c'est la question de savoir si l'obligation de dire à un étranger qu'il peut demander que

son consulat soit averti doit être incorporée aux procédures pénales de l'Etat de résidence et considérée comme fondamentale aux fins desdites procédures au point qu'il faut prévoir la possibilité d'annuler la procédure si l'obligation n'est pas respectée. Là encore, manifestement, la réponse à cette question est négative. Cela ne veut pas dire qu'informer l'individu ne peut pas, dans certains cas, susciter une assistance consulaire qui peut être utile à la défense dans une affaire pénale. Mais cette éventualité ne constitue pas un argument permettant de conclure que la convention fait de la notification consulaire une partie intégrante de la procédure pénale ou oblige les Etats parties à prévoir des recours dans le cadre de leur système de justice pénale pour les cas où des étrangers ne seraient pas informés de la possibilité qu'ils ont de demander à faire aviser leur consulat.

Le texte de la convention ne conforte pas la position de l'Allemagne

4.14. D'une certaine façon, notre examen pourrait commencer et s'achever avec le texte de la convention. Permettez-moi de signaler un certain nombre d'omissions importantes qui ont un rapport direct avec ce que prétend l'Allemagne. Le titre de la convention, évidemment, nous dit très simplement que son objet, ce sont les relations consulaires entre Etats. Cet intitulé ne parle pas d'affaires pénales, d'individus, et en aucune façon ne donne l'impression que la convention vise le système interne de justice pénale des Etats parties ou des questions touchant des droits de l'individu dans une procédure pénale.

4.15. On peut faire la même constatation en lisant le préambule de la convention qui dit expressément que celle-ci traite des relations consulaires et cherche à favoriser les relations d'amitié entre les pays. Le seul passage du préambule qui parle de droits qui pourraient être entendus comme servant l'intérêt de l'individu dans un contexte judiciaire — les privilèges et immunités — est immédiatement nuancé par une précision : ces privilèges et immunités servent l'intérêt non des individus mais des Etats. L'Allemagne a prétendu que cette restriction ne concernait que les privilèges et immunités reconnus aux agents consulaires par la convention et ne concerne pas nécessairement l'article 36. Cependant, même si nous admettons que c'est exact, cela ne change rien au fait que le préambule nous dit que la convention a fondamentalement pour objet

de réglementer les relations consulaires entre Etats et de servir l'intérêt des Etats et non celui des individus.

4.16. Une fois de plus, nous ne voulons pas dire que l'article 36 ne sert pas l'intérêt des individus : il le fait, bien évidemment. Mais il a pour titre «Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi». Il fait partie d'une section intitulée «Facilités, privilèges et immunités concernant le poste» à l'intérieur du chapitre concernant les «Facilités, privilèges et immunités concernant les postes consulaires, les fonctionnaires consulaires de carrière et les autres membres d'un poste consulaire». Ces intitulés, eux aussi, concordent avec l'objet fondamental de la convention qui est le droit des Etats et non pas le droit des individus. Rien non plus dans ces intitulés ne donne à entendre que nous ayons affaire à une disposition qui, d'une façon quelconque, concerne le droit pénal ou la procédure pénale des Etats membres.

4.17. Hier, nos amis allemands ont longuement promené la Cour à travers le texte lui-même et la structure de l'article 36. Pour ma part, je pratique le droit consulaire tous les jours et je dois admettre avoir trouvé beaucoup d'intérêt à l'interprétation donnée à cet article par trois théoriciens. Nos perspectives sont assez éloignées et franchement je n'hésite pas à dire à la Cour que les théoriciens ont mis cet article 36 sens dessus dessous. Une disposition ajoutée après coup a pris une importance exagérée et l'essence de l'article 36 a été plutôt obscurcie.

4.18. L'Allemagne a glissé rapidement sur les mots importants qui figurent au début du paragraphe 1 de l'article 36 : «Afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité». Ces mots servent d'introduction aux trois alinéas qui suivent et, évidemment, ne confortent absolument pas l'idée que les droits et obligations énumérés au paragraphe 1 le sont pour garantir que les ressortissants de l'Etat d'envoi bénéficient de droits particuliers ou d'un traitement particulier dans le cadre d'une procédure pénale.

4.19. Les théoriciens n'ont pas non plus su mesurer l'importance du premier alinéa du paragraphe 1 de l'article 36 qui énonce un principe général : «Les fonctionnaires consulaires doivent avoir la liberté de communiquer avec des ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux» — et son principe réciproque. C'est cette liberté de communication qui constitue le droit le plus important exposé dans l'article 36 parce que la communication est indispensable pour que l'Etat d'envoi puisse accomplir ses fonctions consulaires. L'alinéa *a)* du paragraphe 1 énonce

un principe général qui est entièrement suffisant chaque fois que la liberté de mouvement du fonctionnaire consulaire et de l'étranger est sans entrave. Reconnaît-il un droit de communication individuel ? Oui. Mais donne-t-il à penser que ce droit est indépendant du droit de l'Etat d'envoi ? Non. En fait, c'est précisément parce que le droit de l'individu découle du droit de l'Etat d'envoi que les négociateurs ont donné aux deux phrases l'ordre qu'elles ont, en renversant l'ordre initial proposé par la Commission du droit international. L'alinéa *a*) du paragraphe 1 de l'article 36 concerne-t-il le droit de l'individu à une procédure pénale ? Là encore, la réponse est non. Cette omission est importante parce que, comme le professeur Trechsel le démontrera, il existe de nombreux cas où la procédure pénale peut se dérouler tandis que le ressortissant étranger demeure libre.

4.20. Enfin, nous arrivons à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36, qui concerne la situation particulière où l'on se trouve quand l'étranger est détenu. Il traite des problèmes particuliers de communication avec le consulat qui se posent quand l'étranger est en détention. Parce que l'étranger est détenu, ni lui ni le fonctionnaire consulaire ne peut exercer les droits fondamentaux énoncés à l'alinéa *a*) du paragraphe 1 à moins d'y être aidé. C'est la raison pour laquelle nous avons à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 des dispositions spéciales pour que les agents consulaires soient informés des détentions et pour que les communications soient transmises.

4.21. Evidemment, la notification de la détention aux termes de la convention de Vienne ne doit être faite que si l'étranger le demande et, comme le déroulement des négociations nous le montre, c'est parce que cette restriction a été introduite, qui modifiait le projet de la CDI, que nous trouvons aussi, à la dernière phrase de l'alinéa *b*) du paragraphe 1, la prescription imposant aux autorités de l'Etat de résidence d'informer le détenu étranger qu'il a le droit de faire aviser son représentant consulaire et de lui faire transmettre ses communications. Hier, l'Allemagne a plaidé que cette dernière phrase — celle que les Etats-Unis n'ont pas respectée — était la disposition la plus importante de l'article 36. A partir de là, elle a essayé de prétendre que, donc, nécessairement, toutes les autres dispositions de l'article 36 avaient été violées. En fait, cette dernière phrase n'a été ajoutée au texte qu'à la dernière minute pour le cas où l'étranger risquait d'ignorer qu'il pouvait demander à entrer en rapport avec son consulat. Mais, là encore, c'est une éventualité. Il pouvait

être tout à fait au courant de cette possibilité, ou bien sa famille l'être, ou un fonctionnaire consulaire faisant diligence pouvait se mettre en rapport avec lui, qu'il soit informé ou non.

D'ailleurs, il n'est pas exceptionnel que les fonctionnaires consulaires apprennent par ces voies-là que des ressortissants de leur pays sont en détention. La dernière phrase de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 prévoit, au fond, une mesure prophylactique. Elle ne consacre pas un droit de l'individu à être informé. Elle ne dit pas : «L'intéressé a le droit d'être informé.» Elle dit simplement que les autorités compétentes «doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits». Je pense que le choix des termes n'est pas indifférent. Autrement dit, la phrase exprime une obligation que l'Etat de résidence contracte à l'égard de l'Etat d'envoi, c'est l'Etat d'envoi qui a droit à ce que son ressortissant soit informé.

4.22. L'erreur la plus importante de nos amis allemands, toutefois, tient à ce qu'ils partent du principe que les droits définis dans l'article 36 sont conçus pour faire partie intégrante de la procédure pénale. Ils semblent faire reposer cette déduction sur l'obligation pour les autorités, de procéder à la notification sans retard. Je tendrais à souligner qu'ils déforment la position que nous défendons au sujet du sens des mots «sans retard» mais cela n'est pas directement pertinent pour notre argument. Notre argument, c'est que l'article 36 traite des communications avec les fonctionnaires consulaires et non pas de la procédure pénale. Par exemple, l'alinéa *b)* ne dit pas que l'étranger détenu doit être informé de ses droits avant toute déclaration aux fins de l'instruction ou avant toute étape particulière de la procédure pénale. La disposition n'établit pas de lien entre l'information communiquée au fonctionnaire consulaire et une étape quelconque de la procédure, par exemple le déclenchement de l'instruction, le dépôt de l'accusation ou le début du procès. L'alinéa *b)* entre en jeu dans les cas de détention et ses règles s'appliquent quelles que soient les raisons de la détention et que celle-ci soit liée ou non à une procédure pénale.

4.23. Seul l'alinéa *c)* du paragraphe 1 de l'article 36 aborde directement la question de la procédure judiciaire en disposant que les fonctionnaires consulaires ont le droit de pourvoir à la représentation en justice des étrangers en détention. Du même coup cependant, une fois que l'étranger est représenté en justice, l'objet de la disposition est réalisé.

4.24. Reste le paragraphe 2 de l'article 36. Nos amis allemands ont glissé sur le fait qu'il est exclusivement consacré aux droits visés au paragraphe 1 : premièrement, le droit à communiquer

avec les fonctionnaires consulaires et la liberté d'accès, sous condition de réciprocité, deuxièmement, dans les circonstances particulières de la détention, le droit de l'étranger à ce que son consulat soit avisé et à ce que ses communications soient transmises, troisièmement, là aussi dans les cas de détention, le droit des fonctionnaires consulaires à rendre visite aux ressortissants de leur pays, à s'entretenir et à correspondre avec eux et à organiser leur représentation en justice. Evidemment, les lois et règlements qui concernent l'exercice de ces droits sont les lois relatives à la communication et à la liberté d'accès, particulièrement à l'emploi de moyens de communication : quelle peut-être la fréquence des lettres, est-il possible de téléphoner ? Les détenus ont-ils le droit de se rendre en personne à leur ambassade ? Y a-t-il un couvre-feu en vigueur ? Y a-t-il un horaire de visite ? Y a-t-il des règles de sécurité ? Si tel est le cas, ces règles ne doivent pas être restrictives au point de faire échec aux buts de la convention. Mais les règles relatives aux moyens de défense qu'un étranger peut utiliser dans une procédure pénale n'ont absolument aucun rapport avec les droits visés au paragraphe 1. En suggérant que le paragraphe 2 de l'article 36 interdit d'appliquer les règles de la carence procédurale aux plaintes concernant la violation de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36, l'Allemagne s'éloigne beaucoup du texte qui devrait être largement réécrit pour donner les résultats que cherche l'Allemagne.

4.25. En conséquence, l'Allemagne n'est donc pas fondée à prétendre que les Etats-Unis ont violé le paragraphe 2 ou une disposition quelconque du paragraphe 1 autre que l'obligation prophylactique d'informer les LaGrand qu'ils pouvaient communiquer s'ils le voulaient avec les fonctionnaires de leur consulat. L'Allemagne n'a pas cité un seul cas concret ni une seule disposition de droit qui ait fait obstacle à une communication quelconque entre les LaGrand et les fonctionnaires du consulat d'Allemagne ou qui l'ait empêchée. Elle n'a pas trouvé un seul manquement à l'obligation d'assurer la liberté d'accès. Elle n'a pas non plus trouvé le moindre signe indiquant que les LaGrand auraient essayé d'organiser leur représentation en justice, et encore moins un signe indiquant qu'engagés dans cette voie, ils auraient rencontré des obstacles.

4.26. Je tiens à faire une autre observation au sujet de ce texte, en soulignant une nouvelle fois une omission importante. Rien dans la convention n'oblige les Etats parties à incorporer celle-ci à leur droit interne ni à prévoir des recours dans leur système de droit. Il y a en cela une différence, par exemple, entre ladite convention et le pacte international relatif aux droits civils et

politiques dont l'article 2 énonce l'obligation d'adopter les mesures législatives nécessaires et qui impose aux Etats parties d'offrir des recours effectifs. Manifestement, lorsque les Etats ont voulu demander par le truchement de conventions internationales que des changements soient apportés au droit interne, ils ont trouvé des termes clairs pour le faire.

La pratique des Etats en application de la convention de Vienne sur les relations consulaires ne conforte pas non plus la suggestion de l'Allemagne selon laquelle les Etats parties doivent prévoir des recours dans leur système de justice pénale en cas de non-respect de l'article 36

4.27. Monsieur le président, il ne semble guère nécessaire d'aborder à présent la pratique des Etats. Pourtant, je suis bien obligée de dire que la pratique suivie par les Etats parties à la convention de Vienne sur les relations consulaires, qui sont plus de cent soixante-cinq, apporte un appui écrasant à notre position. L'Allemagne a essayé hier de passer sous silence cette pratique des Etats pour des raisons faciles à comprendre. Elle a dit que cette pratique est mince alors qu'en fait, elle est très abondante même si les théoriciens n'y ont pas facilement accès. L'Allemagne a dit aussi que cette pratique est sans intérêt soit parce que les violations ont lieu dans des affaires mineures — proposition qui ne repose sur rien — soit parce que la pratique est inexistante dans les affaires où l'accusé encourt la peine capitale, argument qui laisse de côté le fait que la convention de Vienne ne s'intéresse pas à la nature de la peine et n'établit même pas de lien entre la notification du consulat et la procédure pénale. On ne voit pas très bien comment l'Allemagne peut concilier cette prise de position avec la convention de Vienne sur le droit des traités — à laquelle l'Allemagne a dit souscrire avec enthousiasme hier. En fait, il est particulièrement important que l'Allemagne ne trouve rien pour défendre sa position ni dans sa propre pratique, ni dans celle d'autres Etats, et ce n'est pas seulement parce que la convention de Vienne sur le droit des traités accorde beaucoup de poids à la pratique ultérieure. Je dis cela parce que la convention de Vienne sur les relations consulaires n'est pas un traité ordinaire. Au contraire, avec la convention de Vienne sur les relations diplomatiques, c'est désormais le cadre dans lequel la grande majorité des pays organisent leur dialogue diplomatique et consulaire. J'emploie le mot «dialogue» à dessein, pour souligner à quel point ces conventions ont été intégrées aux échanges quotidiens d'arguments et aux communications entre gouvernements qui discutent de leurs divers droits et obligations. Ceux d'entre nous qui travaillent dans les ministères des affaires étrangères examinent ces

conventions sur le plan interne et avec d'autres ministères des affaires étrangères quotidiennement et continuellement et, grâce à ce dialogue et à la pratique quotidienne de la convention de Vienne, l'article 36 s'est véritablement imprégné de sens.

4.28. La Cour trouvera un compte rendu détaillé de la pratique des Etats en ce qui concerne la convention à l'annexe 8 jointe à notre contre-mémoire, comme je l'ai déjà dit. Comme l'Allemagne semble disposée à admettre ce que nous disons à ce sujet, je me limiterai aux points les plus importants, et j'ai déjà parlé de certains d'entre eux.

4.29. Premièrement, l'obligation d'informer les consulats est rarement respectée parfaitement, et deuxièmement, elle est fréquemment l'objet de débats. Le plus important, c'est que rien ne prouve que, lors de ces débats, les Etats introduisent dans leur procédure pénale des recours dans les cas où la notification n'est pas faite. On ne saurait trop insister sur l'importance de ce fait puisque le manquement à l'obligation est si fréquent. Mais cette situation est sûrement due à ce que l'on considère que l'article 36 n'oblige pas, en cas de violation, à offrir des recours dans le cadre de la procédure pénale. Deux exemples patents sont soumis à la Cour dans les pièces 10 et 11 que nous avons jointes au contre-mémoire. Il s'agit de notes adressées par l'Allemagne aux Etats-Unis dans lesquelles l'Allemagne présente ses excuses et s'engage à apporter des améliorations mais ne suggère nullement que la peine imposée au ressortissant américain en cause doit être levée parce que la notification n'a pas eu lieu.

4.30. Depuis quelques années évidemment, les avocats de la défense aux Etats-Unis ont essayé de persuader nos tribunaux d'instituer des recours dans notre système de justice pénale. Nous ne les avons pas suivis, pour toutes les raisons que nous exposons à la Cour. En outre, nous ne pouvons pas dire que l'obligation de notifier le consulat soulève, en matière d'équité, des questions qui ne trouvent pas par ailleurs de réponse dans les garanties considérables accordées à tous les accusés par le droit pénal des Etats-Unis.

4.31. Un dernier élément que nous avons pris en considération, c'est qu'il serait très difficile de concevoir des recours adaptés que les tribunaux chargés des affaires pénales pourraient administrer comme il convient. D'une part, adopter une règle automatique de rétablissement du *statu quo ante* aboutirait certainement à des résultats absurdes, particulièrement dans les cas comme celui-ci où les accusés sont théoriquement allemands mais, à toutes fins pratiques, sont des

ressortissants des Etats-Unis. D'autre part, une règle autorisant les recours sur preuve qu'il y a eu effet préjudiciable ferait nécessairement dégénérer de manière très problématique les cas de violations de traités à régler entre Etats en litige devant des juridictions pénales. Par exemple, les accusés feront inévitablement valoir qu'ils auraient demandé à ce que leur représentant consulaire soit informé si seulement on le leur avait proposé. Ils convaincront leur représentant consulaire, si celui-ci le peut, de présenter en leur nom une déclaration qui, à tous les coups, dirait que ce représentant — ou son prédécesseur, de nombreuses années ou seulement quelques mois auparavant — aurait accompli toutes sortes de choses qui auraient abouti à un résultat très différent. Comment s'assurer de la véracité de ces affirmations ? Pour y parvenir totalement et équitablement, les procureurs devraient avoir accès à des archives consulaires inviolables afin de déterminer les principes et les moyens ayant dicté la réaction des représentants consulaires. Le procureur aurait besoin aussi de faire lever l'immunité de déposition du responsable consulaire pour pouvoir procéder à son contre-interrogatoire et lui demander quelle importance son gouvernement accorde véritablement à l'assistance consulaire. En l'espèce, par exemple, nous avons des preuves manifestes que l'Allemagne n'a pas réagi promptement lorsqu'elle a été informée de la situation des LaGrand, qu'elle n'a fourni aucune assistance à l'un des avocats lors du procès des Apelt, qu'elle ne paye pas les avocats de ressortissants allemands et au contraire qu'elle les laisse se faire représenter par des avocats payés par le gouvernement fédéral des Etats-Unis ou par celui de l'Etat — pour ne mentionner que quelques faits qui pourraient être gênants. J'espère que la Cour conviendra que, si un Etat partie peut choisir de s'embarquer dans cette voie, la convention de Vienne ne l'y oblige pas.

Les travaux préparatoires de la convention de Vienne sur les relations consulaires ne confortent pas non plus l'idée défendue par l'Allemagne que les Etats parties doivent offrir des recours dans le cadre de leur système de justice pénale en cas de non-respect de l'article 36

4.32. Monsieur le président, j'en ai peut-être encore pour dix minutes. Je ne sais pas si vous voudrez lever l'audience à l'heure habituelle.

Le PRESIDENT : Si ce n'est pas plus de dix minutes qu'il vous faut, continuons.

Mme BROWN : Je vous remercie. Je vais essayer de résumer.

4.33. Je voulais juste faire quelques observations au sujet du déroulement des négociations, préluant à l'adoption de la convention, dont je ne peux pas donner un aperçu suffisant aujourd'hui. Je prierai la Cour d'accorder une attention particulière à l'analyse que nous en faisons dans le contre-mémoire.

4.34. Je vais consacrer mon intervention à quelques points seulement qui concernent les trois principales modifications intervenues entre le projet de la CDI et le projet final et qui ont un rapport avec la présente affaire. L'un de ces changements est la permutation des deux phrases de l'alinéa *a*) du paragraphe 1 à laquelle j'ai déjà fait allusion; le deuxième changement est le suivant : l'obligation de signaler tous les cas de détention, qui figurait dans le texte de la CDI, a été remplacée par la disposition selon laquelle la notification n'a lieu qu'à la demande de l'étranger détenu; le troisième changement a consisté à remplacer, au paragraphe 2, la clause conditionnelle du projet de la CDI interdisant de rendre «inopérants» les droits visés au paragraphe 1 de la clause conditionnelle qui a été finalement adoptée.

4.35. Les débats qui ont conduit à ces changements montrent clairement que l'alinéa *b*) du paragraphe 1, qui parle d'informer l'intéressé des «droits» que lui reconnaît ce paragraphe n'a pas été adopté parce que l'on voulait créer ou reconnaître des droits individuels qui soient opposables dans les systèmes de justice pénale des Etats. Au contraire, les travaux préparatoires montrent on ne peut plus clairement que cette disposition a été retenue pour maintenir un équilibre entre le droit de l'Etat de protéger ses ressortissants et la protection de la vie privée et pour réduire la charge imposée aux Etats.

4.36. Au cours des débats, je pense qu'il est particulièrement révélateur qu'un représentant ait fait observer qu'on pouvait alléger la charge ainsi créée par la proposition initiale en permettant aux pays de renoncer à leur droit à notification. Le fait même qu'une délégation ait présenté l'idée d'une renonciation montre clairement qu'il partait du principe que c'était du droit des Etats dont il était question; et de fait, on ne devrait pas avoir besoin de se demander si, même aujourd'hui, un Etat d'envoi peut avertir un Etat de résidence que celui-ci n'a pas besoin d'informer ses ressortissants à lui, Etat d'envoi, qu'ils ont le droit d'entrer en rapport avec les services consulaires — par exemple si l'Etat d'envoi a décidé qu'il ne souhaite pas ou ne peut pas donner suite aux demandes d'assistance consulaire.

4.37. Les débats qui ont conduit à modifier l'alinéa *b*) du paragraphe 1 montrent aussi que les délégations trouvaient extrêmement gênant que les modifications apportées concernent des individus et leurs droits. C'est pour cette raison, à cause de ce malaise, et pour faire en sorte que la convention concerne davantage les droits des Etats, que l'ordre des deux phrases dont j'ai parlé précédemment a été inversé.

4.38. Enfin, rien dans les travaux préparatoires n'était l'idée que l'article 36 a été conçu pour avoir, sur les droits de l'individu dans le cadre du droit pénal ou de la procédure pénale des Etats membres, d'autres incidences que celles qui concernent les communications, les visites en prison et les règles que j'ai décrites précédemment. L'Allemagne, une nouvelle fois, s'est beaucoup écartée du texte hier. Il ne s'agit pas ici de la primauté du droit international par rapport au droit interne. Manifestement, la clause conditionnelle du paragraphe 2 prendrait le pas sur les dispositions de droit interne prévoyant que les fonctionnaires consulaires ne peuvent pas rendre visite à leurs ressortissants en détention, pour donner un exemple extrême. Ce n'est pas là la question. La question est de savoir si l'article 2 s'applique aux règles de droit pénal et de procédure pénale qui concernent la défense ou le moment auquel il faut faire valoir certaines demandes dans les affaires pénales — règles qui n'ont rien à voir avec la faculté des fonctionnaires consulaires d'entrer en contact avec leurs ressortissants ou de les aider. J'ai déjà expliqué pourquoi il est évident dans ce texte que ce n'est pas le cas. Dans les travaux préparatoires, il ressort clairement des observations de la CDI, et de sa référence expresse à des règles concernant les visites aux ressortissants en prison, que la réponse est négative. De même, le débat relatif au paragraphe 2 ne donne nullement à penser que les délégations comptaient, même après la modification apportée à la clause conditionnelle, que ce paragraphe aurait des incidences sur la validité d'un procès pénal. L'idée émise par l'Allemagne que la clause conditionnelle du paragraphe 2 exige d'instituer des recours en matière pénale est une invention fantaisiste qui ne s'appuie absolument sur aucun élément des travaux, de même qu'elle n'est étayée ni par le texte ni par la pratique des Etats.

4.39. Monsieur le président, je voudrais en conclusion inviter à la prudence au sujet de la position adoptée par l'Allemagne dans cette affaire. Ce que l'Allemagne cherche manifestement, c'est à utiliser l'article 36 à des fins politiques qui reviennent à supprimer la peine capitale et, il faut le comprendre, consistent aussi à protéger ses ressortissants contre une telle peine chaque fois

que possible. Cet objectif ne nous gêne pas mais ce qui nous gêne beaucoup, c'est la méthode de l'Allemagne. Quelle que soit la position officielle de l'Allemagne sur la peine de mort, elle n'apporte aucun fondement autorisant à réécrire concrètement le texte de la seule convention quasiment universelle qui constitue le principal cadre dans lequel s'organisent les relations consulaires partout dans le monde. Les Etats parties à la convention ne l'ont pas ratifiée en escomptant qu'elle aurait sur leur système de justice pénale les incidences que l'Allemagne voudrait que la Cour impose aux Etats-Unis.

4.40. Je prie instamment la Cour d'écouter attentivement le dialogue auquel j'ai fait allusion et qui se déroule tous les jours dans quasiment tous les pays du monde au sujet de questions liées à la notification consulaire et à la liberté d'accès. Je la prie de rejeter cette invitation qui lui est faite par l'Allemagne de transformer radicalement ce dialogue et de modifier fondamentalement chez les cent soixante-cinq Etats parties à la convention de Vienne sur les relations consulaires le sens de leur attente, car la décision de la Cour va inévitablement avoir pour eux des incidences.

4.41. Je conclus en vous remerciant de votre patience. Après la pause du déjeuner, j'inviterai la Cour à entendre mon collègue, M. Mathias.

The PRESIDENT: Thank you very much. the sitting is closed. The Court will reconvene this afternoon at 3.00 p.m.

The Court rose at 1.15 p.m.
