

CR 2000/30 (traduction)

CR 2000/30 (translation)

Jeudi 16 novembre 2000 à 10 heures

Thursday 16 November at 10 a.m.

The PRESIDENT: Please be seated. Today we begin the second round of oral arguments in the *LaGrand Case (Germany v. United States of America)* and I shall immediately give the floor to the Agent of the Federal Republic of Germany, Mr. Westdickenberg.

M. WESTDICKENBERG :

### I. REMARQUES LIMINAIRES

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour.

1. Ce prétoire est celui de la Cour mondiale. Non seulement nos gouvernements et le monde universitaire, mais aussi nos concitoyens et le public en général ont les yeux tournés vers cette affaire. Il semble que malgré cela nos amis américains, dans leurs exposés de mardi, aient sous-estimé l'autorité de la Cour, son rôle éminent en droit international. Ils ont manifestement adopté une démarche consistant :

- à pousser jusqu'à l'extrême les arguments de l'Allemagne, afin de vous effrayer, vous, éminents juges, en vous faisant entrevoir les abîmes de l'extravagance juridique où la Cour pourrait tomber;
- à donner une présentation exagérée de ces arguments, comme si nous voulions entraîner la Cour sur une pente glissante, celle de la tentation de faire le droit, au lieu de l'interpréter;
- à affirmer des faits et ou des positions ne correspondant pas à ce que nous avons dit.

2. Permettez-moi de revenir sur certains des leitmotiv que nous avons ainsi entendus depuis l'ouverture des plaidoiries jusqu'au finale, et qui, pour rester dans cette veine philharmonique, ont été marqués par trop de «da capo» et de fausses notes.

#### **Premier mouvement : l'Allemagne voudrait que la Cour récrive la convention de Vienne**

Loin de là. L'Allemagne considère la Cour comme la «gardienne de la convention» et lui demande d'en préserver la lettre et l'esprit. Le paragraphe 1 de l'article 36 de la convention énonce l'obligation qu'ont les Etats parties d'informer les ressortissants étrangers de leur droit individuel à l'assistance consulaire, et notre propos est seulement qu'il soit déclaré que les Etats-Unis ont enfreint cette obligation. Le paragraphe 2 de l'article 36 de la convention énonce que tous les Etats parties à celle-ci doivent permettre la «pleine réalisation» de ses dispositions. Tout ce que nous

demandons c'est qu'il soit déclaré que la règle américaine de la carence procédurale rend l'exécution de cette obligation impossible, et que les Etats-Unis doivent veiller à ce que soit permise la «pleine réalisation» des dispositions de la convention. Se conformer aux dispositions de la convention n'est pas une faveur qui serait accordée aux ressortissants étrangers ou à leur Etat d'envoi : c'est une obligation juridique qui découle directement de l'application de la convention de Vienne.

**Deuxième mouvement : l'Allemagne, en demandant aux Etats-Unis de permettre la pleine réalisation des dispositions, s'immiscerait dans la législation interne américaine**

Loin de là. L'Allemagne a démontré que c'est le principe même de la carence procédurale qui, dans des cas comme celui-ci, entraîne systématiquement des violations de la convention de Vienne. Tout ce que l'Allemagne demande à la Cour de faire, en tant que «gardienne de la convention», c'est de contraindre les Etats-Unis à prévoir un réexamen effectif des condamnations pénales viciées par l'application de ce principe, ainsi qu'une réparation. Quant à la façon dont les Etats-Unis doivent remplir cette obligation — obligation qui, je le souligne, découle de la convention de Vienne, et donc du droit international —, nous ne nous aventurerons pas à la prescrire et nous ne demandons pas à la Cour de le faire. Nous nous en tenons au principe sur lequel j'ai déjà insisté dans mon exposé d'introduction : nous traitons, dans cette Cour, de droit international, de rien de plus, mais de rien de moins ! Après tout, les Etats-Unis ont signé la convention de Vienne, s'engageant ainsi à en respecter les dispositions. Les modifications à apporter à leur système juridique interne sont l'affaire de l'Etat signataire. Rappeler cet Etat à son obligation par une décision de la Cour ne constitue pas une ingérence dans sa législation interne, mais est conforme au premier protocole de signature facultative, visant à résoudre les «différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention». Je me demande comment on peut dire, à propos de l'accomplissement de cette tâche, que ce serait utiliser le protocole facultatif «en tant qu'aspirateur», selon l'expression de M. Meron. Les Etats-Unis ne sont-ils pas, quant à eux, en train d'utiliser un «mixeur» — pour poursuivre cette métaphore d'appareils ménagers — en mélangeant des choses qui, par leur nature même, sont distinctes ?

**Troisième mouvement : l'Allemagne ferait un usage abusif de la convention de Vienne afin de servir sa campagne pour l'abolition de la peine de mort**

Loin de là. Oui, l'Allemagne milite pour l'abolition de la peine de mort, mais ce n'est pas notre propos devant cette Cour. Que pouvons-nous faire de plus que de redire avec insistance, comme je l'ai déjà fait lundi dans mon exposé d'introduction, que «la présente affaire ne porte ni sur la peine de mort en général ni sur son application dans un pays particulier» ! Cependant, il s'agit ici de ce que la Cour a dénommé l'«affaire *LaGrand*» et il se trouve, si triste et regrettable que cela soit, que la condamnation à mort et l'exécution des frères *LaGrand* sont indissociablement liées à l'objet de cette affaire. L'Allemagne veut que la convention de Vienne soit respectée dans sa lettre et dans son esprit, ce qui est exactement le contraire, me semble-t-il, de ce que n'importe quel dictionnaire ou ouvrage de droit qualifierait d'«usage abusif».

**Quatrième mouvement : L'Allemagne veut entraîner la Cour à jouer le rôle d'une cour d'appel criminelle**

Loin de là. Nous voulons que la Cour agisse dans l'exercice même de la capacité prévue au premier protocole de signature facultative, celle de connaître des différends relatifs à la convention de Vienne, et non pas en tant que cour d'appel.

**Cinquième et dernier mouvement — pour rester dans la ligne de cette symphonie classique : l'Allemagne appliquerait deux poids et deux mesures, demandant aux Etats-Unis de se conformer à des normes qu'elle-même ne peut pas ou ne veut pas respecter**

Loin de là. Comme nous le montrerons, l'Allemagne, dans son droit et dans sa pratique, applique pleinement ce que nous attendons de la part des Etats-Unis. Permettez-moi de déclarer sans ambiguïté que, quelle que soit la décision de cette Cour, l'Allemagne en respectera la lettre et l'esprit; et je prie la Cour de nous prendre au mot ! C'est ainsi, par exemple, que dans le cas où une décision d'un tribunal allemand serait entachée d'une violation de la convention de Vienne, le droit procédural allemand offre déjà, bien entendu, un recours; nous n'avons pas à en créer pour remplir nos obligations au regard de la convention de Vienne : le paragraphe 2 de l'article 337 du code allemand de procédure pénale prévoit en effet un recours pour les cas où une norme juridique, y compris une norme de droit international, n'a pas été appliquée du tout ou a été mal appliquée, et dans lesquels il existe une possibilité — le lien de causalité direct n'a pas à être démontré — que la

décision en ait été altérée. L'existence d'une disposition semblable dans la loi américaine aurait permis aux frères LaGrand d'invoquer la violation de la convention de Vienne devant les tribunaux fédéraux américains.

3. Je voudrais dire un mot de l'argumentation développée mardi par M. Trechsel, qui tendait à opposer systématiquement les droits de l'homme aux engagements pris par les Etats. Il a fait de chaque droit de l'homme un «droit fondamental» que les conventions internationales se borneraient à constater. Selon moi, il s'agit là d'une conception «objectiviste» des droits de l'homme, voire une conception simplement fondée sur le «droit naturel», qui à première vue peut sembler généreuse mais ne correspond pas à la réalité du droit positif. Les droits de l'homme ont d'abord leur source dans des conventions internationales conclues volontairement entre des Etats souverains. On ne saurait donc opposer artificiellement les obligations conventionnelles des Etats et les droits de l'homme.

4. Je relèverai également quatre points de la plaidoirie faite mardi par les Etats-Unis — points présentant un caractère exemplaire et auxquels je me limiterai, pour des raisons de temps — qui déforment manifestement les positions exprimées par l'Allemagne et ses affirmations. Je suis désolé d'avoir à prendre votre temps pour cela, mais je ne peux laisser passer ces points sans rectification, de peur d'être accusé de les concéder.

**Premièrement, l'Allemagne n'a pas demandé de garantie absolue qu'il ne se produira plus, par erreur, des violations de la convention de Vienne**

Nous ne demandons pas l'impossible, nous savons que l'erreur est humaine et existera toujours. Mais il ne nous a pas paru nécessaire d'exclure ce cas et de préciser l'évidence. Pour ceux qui ont besoin d'explications : nous demandons l'assurance que les Etats-Unis remédieront à la situation qui existe toujours et qui est celle d'une méconnaissance constante et générale des obligations établies par la convention de Vienne de la part des services de police américains — situation qui est reconnue, puisque les Etats-Unis ont renforcé leur action visant à faire mieux connaître ces obligations : malgré cela, le problème n'est toujours pas réglé, comme nous l'avons vu par le nombre de violations de la convention qui ont été commises depuis précisément que cette action a été renforcée.

**Deuxièmement, l'Allemagne n'a pas demandé l'annulation automatique des décisions entachées de violation, comme l'a laissé entendre M. Trechsel mardi après-midi**

Il suffit de renvoyer à la plaidoirie faite lundi par M. Simma : tout ce que nous demandons c'est que soient prévus un réexamen effectif des condamnations, et des mesures de réparation.

**Troisièmement, l'Allemagne n'a pas limité ses demandes aux cas où la peine de mort est en jeu** mais a insisté sur ces cas en raison du caractère irréversible de la peine.

**Quatrièmement, l'Allemagne n'a pas demandé aux Etats-Unis de faire ce qu'ils ne sauraient faire en raison de leur système fédéral**

Je vous le demande, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour : s'agit-il là d'un nouveau principe de droit international, selon lequel une constitution fédérale permettrait à un Etat de se dégager de ses obligations conventionnelles ?

5. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, j'allais oublier de répondre brièvement sur deux points soulevés par le défendeur dans des documents qui nous ont été communiqués respectivement le 13 et le 14 novembre, et qui n'ont pas l'effet qu'ils sont manifestement censés produire, à savoir discréditer l'état général de préparation de l'Allemagne en ce qui concerne sa mission d'assistance consulaire :

— premièrement, la déclaration de M. Villareal en date du 2 novembre 2000 (document n° 1 du 13 novembre 2000). M. Villareal a été avocat de la défense de M. Michael Apelt, un ressortissant allemand condamné à mort avec son frère pour meurtre dans l'Etat d'Arizona. Dans sa déclaration, M. Villareal soutient que le Gouvernement allemand ne souhaitait pas intervenir avant que toutes les voies de recours soient épuisées, et qu'il a refusé d'apporter le concours financier qui lui était demandé. Je souhaite déclarer officiellement ici, m'étant informé auprès du fonctionnaire responsable du ministère des affaires étrangères d'Allemagne à Berlin, que le Gouvernement fédéral allemand et le gouvernement d'un des *Länder* ont à eux deux dépensé à ce jour, dans le cadre de la procédure d'appel encore pendante dans l'affaire *Apelt*, plus de 100 000 marks pour des projets devant contribuer à la défense des frères, en particulier pour la recherche d'éléments relatifs à leur jeunesse en Allemagne qui pourraient constituer des circonstances atténuantes;

— deuxièmement, en ce qui concerne la lettre du 17 mars 1993 (document n° 1 du 14 novembre 2000) adressée par le consul allemand à M. Richard Bozich, ancien enquêteur privé pour Karl LaGrand, il suffit de dire que la question posée par le consul, celle de savoir dans quelle mesure la nationalité allemande de Karl LaGrand était «un élément crucial pour la stratégie de la défense», s'explique aisément par le fait que M. Bozich n'était pas l'avocat chargé de la stratégie de défense, mais simplement l'enquêteur. Par ailleurs, la nationalité ne pouvait à ce moment-là jouer un rôle que dans le contexte d'une éventuelle intervention politique (dans le cas des frères Apelt, la question de la violation de l'article 36 de la convention de Vienne n'a jamais été soulevée); la question visait une intervention politique et n'exprimait pas de doute quant à la nécessité d'assister un ressortissant allemand.

6. Pour conclure mes remarques liminaires dans ce second tour, permettez-moi de récapituler nos principaux arguments, qui demeurent inchangés, dans la mesure où les plaidoiries faites par les Etats-Unis mardi ne nous donnent pas de raison d'en modifier la ligne directrice, en dépit de l'habileté avec laquelle nos amis, du côté du défendeur, ont fait valoir leurs arguments.

— Nous nous sommes présentés devant vous, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, pour obtenir une décision de nature à clarifier d'importants principes de droit international découlant de la convention de Vienne ainsi que du Statut et du Règlement de cette Cour, s'agissant de l'effet obligatoire de vos ordonnances en indication de mesures conservatoires.

— Nous avons vu les frères LaGrand privés des droits qui étaient les leurs en vertu de l'article 36 de la convention de Vienne parce qu'ils n'ont été informés par les autorités américaines de leurs droits en matière de protection consulaire que plus de seize ans après leur arrestation et parce qu'ils ont été privés, par l'effet du principe de la carence procédurale, de la possibilité d'invoquer cette violation de leurs droits. Les autorités américaines, responsables, ainsi que les Etats-Unis l'ont reconnu, du fait que les LaGrand ont été informés trop tard, retournent cette faute contre les frères, en disant qu'ils ne pouvaient invoquer ce moyen qu'à un stade antérieur.

— De même, en ce qui concerne l'ordonnance, les autorités américaines n'ont tenu aucun cas de ce que la Cour leur demandait, préférant continuer sur la voie qu'elles avaient déjà choisie, celle de l'exécution, comme si plus de dix-sept ans après l'arrestation un sursis de quelques

jours ou de quelques mois était impossible, comme si le bref délai entre le moment de l'ordonnance et celui de l'exécution — les trois heures sans cesse mentionnées mardi — relevait d'une loi physique immuable et ne pouvait être prolongé. Le gouverneur de l'Arizona avait toute latitude pour décider de cette prolongation, mais d'autres autorités au niveau fédéral auraient également pu intervenir ! Le droit international, en l'occurrence le Statut et le Règlement de cette Cour, et le respect dû au plus haut organe judiciaire des Nations Unies, la Cour internationale de Justice, exigent que les décisions de la Cour ne puissent pas être vidées de leur sens du fait d'actes accomplis par l'une des parties avant la décision définitive.

— Même si cette affaire a son origine dans le cas des frères LaGrand, qui ont été exécutés il y a plus d'un an, nous estimons que votre décision sera d'un grand poids pour les ressortissants allemands qui se trouvent aux Etats-Unis mais aussi pour les ressortissants de tous les Etats parties à la convention de Vienne se trouvant à l'étranger. En effet, la convention de Vienne sur les relations consulaires est un important pilier de la protection des étrangers.

L'Allemagne, qui a confiance dans le jugement de la Cour, attend sereinement votre décision, à laquelle elle attache la plus grande importance, et à laquelle elle se conformera fidèlement.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous remercie de votre attention et vous prie d'appeler à la barre M. Bruno Simma pour poursuivre la plaidoirie de l'Allemagne. Merci.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, Monsieur Westdickenberg. I now give the floor to Professor Simma.

Mr. SIMMA : Thank you Mr. President. Merci Monsieur le président de me donner la parole ce matin.

## **II. COMPETENCE ET RECEVABILITE**

1. Je vais tout d'abord examiner la question de la compétence et de la recevabilité. Mardi, le conseil des Etats-Unis a rappelé, comme l'Allemagne l'avait déjà fait la veille, que la compétence

de la Cour est toujours une compétence limitée. Les parties conviennent également que l'unique base de compétence dans notre affaire est l'article premier du protocole de signature facultative. Cette disposition s'applique aux «différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de [cette seule] convention». Tout le reste, et là encore nous ne pouvons que souscrire à ce que dit l'agent des Etats-Unis<sup>1</sup>, échappe à la compétence de la Cour. Mais il subsiste incontestablement un différend quant à la façon dont il faut interpréter cette clause attributive de compétence pour en déterminer la portée.

2. Contrairement à ce que l'agent des Etats-Unis a annoncé, M. Meron n'est pas le seul à avoir traité des questions relatives à la compétence de cette Cour. Les questions de compétence et de recevabilité ont couru comme un fil rouge tout au long des exposés des Etats-Unis et sont apparues parfois là où on ne les attendait pas, c'est-à-dire parmi des questions relevant manifestement du fond de cette affaire. Ce fait et la désinvolture de certaines déclarations qui pourraient être lourdes de conséquences ne nous facilitent pas la tâche ce matin. Je citerai, à titre d'exemple, M. Thessin pour qui l'affaire «se trouve résolu[e] dès lors que les Etats-Unis ont présenté leurs excuses et donné des assurances de non-répétition, privant ainsi cette affaire de son objet» (CR 28, par. 1.17). Monsieur le président, si l'une des parties demande certaines mesures de réparation et que l'autre est seulement disposée à en accorder moins, ou qu'elle en a déjà proposé moins, il s'agit certainement d'une question essentielle de fond, et elle n'a rien, et répète, rien à voir avec le «défaut d'objet», au sens technique ou en n'importe quel autre sens.

3. L'argument central de M. Meron est que l'Allemagne a utilisé «le protocole de signature facultative [comme 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»<sup>2</sup>. Monsieur le président, non seulement cette déclaration dénature nos conclusions, mais elle traduit une interprétation bien trop stricte de la portée du protocole de signature facultative et elle est donc totalement indéfendable.

---

<sup>1</sup> CR 2000/28, p. 8, par. 1.5.

<sup>2</sup> CR 2000/28, p. 38, par. 3.6.

4. Toutefois, M. Meron nous a invités à consulter la page 1209 du grand oeuvre<sup>3</sup> du professeur Rosenne et cela nous a été en effet fort utile. La principale décision citée à propos de cette question est l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *Ambatielos*, et nous lisons dans cet arrêt ceci :

«La Cour doit s'assurer que les arguments avancés par le gouvernement hellénique au sujet des dispositions du traité sur lesquelles la réclamation *Ambatielos* est prétendument fondée sont de caractère suffisamment plausible pour permettre la conclusion que la réclamation est fondée sur le traité. Il ne suffit pas que le gouvernement qui présente la réclamation établisse un rapport lointain entre les faits de la réclamation et le traité de 1886. En revanche, il n'est pas nécessaire que ce gouvernement démontre, aux fins de la procédure actuelle, qu'une prétendue violation du traité présente un fond juridique inattaquable...

[S]'il apparaît que le Gouvernement hellénique avance une interprétation défendable du traité, c'est-à-dire une interprétation du traité qui puisse se soutenir, qu'elle l'emporte finalement ou pas, il existe des motifs raisonnables pour conclure que sa réclamation est fondée sur le traité.»

5. Nous soutenons, et j'espère que nous avons été suffisamment clairs à la fois dans notre mémoire et notre exposé oral, que la lecture faite par l'Allemagne de l'article 36 de la convention de Vienne et des conséquences de sa violation repose sur une «interprétation défendable du traité», pour reprendre les termes de la décision *Ambatielos*. Rien de plus n'est requis pour répondre par l'affirmative à la question de la compétence.

6. En outre, nous ne devons pas oublier que la clause attributive de compétence sur laquelle repose notre action ne se limite pas à «l'interprétation ou à l'application de la convention», mais vise expressément les «différents relatifs» à ces questions. Cela signifie que la Cour n'est pas cantonnée à une fonction quasi-«consultative» consistant à interpréter les règles énoncées dans la convention de Vienne, mais qu'elle est appelée à statuer sur des affaires contentieuses «relati[ves] à [son] interprétation ou à [son] application». C'est justement ce que nous avons devant nous, s'agissant de la totalité des prétentions émises par l'Allemagne. Sur la base du protocole de signature facultative, la Cour ne peut examiner de questions purement abstraites ou hypothétiques relatives à la convention de Vienne : sa compétence suppose qu'il existe un différend concret. Dans l'affaire qui nous concerne, ce différend se rapporte malheureusement à la peine de mort. Il nous est tout simplement impossible de ne pas en parler quand nous formulons les questions que la

---

<sup>3</sup> Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice [Droit et pratique de la Cour internationale de Justice]*, 1920-1996 (3<sup>e</sup> éd., vol. III — Procédure)

Cour devra trancher. Mais ce qui est au cœur de notre différend, c'est l'article 36 de la convention de Vienne en tant que tel. La question de l'application de cette disposition fait nécessairement intervenir une analyse du droit et de la pratique au sein du système juridique interne des Etats-Unis, mais seulement dans l'optique des exigences du droit international. Soutenir que l'Allemagne tente de faire de la Cour sans qu'elle soit habilitée à exercer cette fonction un organe de contrôle du droit des Etats-Unis et de l'utiliser comme une sorte de cour d'appel pénale dénote une incompréhension profonde, et bien entendu délibérée, des conclusions de l'Allemagne, ainsi que de la portée du protocole de signature facultative.

7. L'un des sujets sur lequel mon collègue M. Meron s'est particulièrement étendu est celui de la protection diplomatique. Monsieur le président, je tiens à préciser d'emblée que cette question n'entre en ligne de compte que par le truchement de la convention de Vienne. Ce que nous demandons à la Cour, c'est de dire que non seulement l'article 36 crée des droits et des obligations entre les Etats, mais aussi qu'il fait naître des droits au profit des individus. Si l'on adopte ce point de vue, un différend relatif à l'interprétation de l'article 36 englobe nécessairement un différend relatif à la question de savoir si l'Allemagne est en droit ou non de faire jouer sa protection diplomatique au profit de ses ressortissants. Dès lors, la protection diplomatique n'est pas un moyen isolé, séparé, comme M. Meron veut vous le faire croire, mais elle est étroitement et indissolublement liée au différend relatif à l'interprétation qu'il convient de donner de la convention. Autrement dit, si, comme l'Allemagne le soutient, l'article 36 contient des droits propres à l'individu, le droit de l'Allemagne d'exercer sa protection diplomatique en sera le corollaire nécessaire. Si, en revanche, c'est la conception des Etats-Unis qui est retenue, la question de la protection diplomatique va inévitablement disparaître sans laisser de trace. Cela prouve que le débat qui nous oppose sur le point de savoir si, en l'espèce, l'Allemagne est en droit d'exercer sa protection diplomatique relève clairement d'un «différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la convention de Vienne».

8. Le conseil des Etats-Unis a en outre dit que «l'obligation d'épuiser les voies de recours internes empêcherait d'aller plus loin dans l'examen de ces demandes [de protection diplomatique]». M. Meron a ensuite réfuté l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle toutes les voies de recours ouvertes aux LaGrand avaient été épuisées, au motif qu'*il existe bien* des recours

avant une condamnation par un jury et au niveau de l'Etat»<sup>4</sup>. Je vais une fois de plus rappeler les faits de cette affaire qui ne sont pas contestés : les autorités des Etats-Unis ont omis d'informer Karl et Walter LaGrand des droits que leur conférait la convention de Vienne et ils n'étaient eux-mêmes toujours pas au fait de ces droits bien après la conclusion du procès devant jury et des autres procédures (d'appel) engagées au niveau de l'Etat. Monsieur le président, le conseil de la Belgique dans l'affaire de la *Barcelona Traction* a très bien décrit l'élément essentiel de la règle de l'épuisement des voies de recours internes dans les termes suivants : «[p]our pouvoir entrer en ligne de compte dans la vérification de la conduite de la personne lésée, les recours doivent lui avoir été effectivement accessibles». Et il a ensuite expliqué cette condition d'«accessibilité» comme suit :

«La première condition, à savoir l'accessibilité des recours envisagés ... est dictée par le bon sens. Comme l'indique la sagesse populaire, «à l'impossible, nul n'est tenu». Un recours inaccessible doit donc être assimilé à un recours inexistant et on ne pourra opposer à l'action d'un Etat l'inaction de son ressortissant lorsque celle-ci est due à une force majeure, a fortiori lorsque l'impossibilité a été due à l'attitude des autorités de l'Etat défendeur».

Et il poursuit : «L'accessibilité du recours, c'est la possibilité juridique et matérielle pour la victime d'y avoir recours».<sup>5</sup>

9. Je soutiens que cette déclaration reflète parfaitement le droit généralement admis en la matière et confirmé par la jurisprudence de la Cour actuelle et de sa devancière, par la doctrine et enfin par le nouveau projet d'article 45 *b*) de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats<sup>6</sup>, qui précise que les voies de recours internes devant être épuisées sont les «voies de recours internes disponibles et efficaces». Peut-on trouver meilleure citation correspondant aux circonstances particulières de l'espèce, où c'est justement en raison du comportement des Etats-Unis que les LaGrand n'ont pu soulever la question de la notification consulaire à un stade suffisamment précoce de la procédure pénale les concernant ? Sans m'attarder davantage sur cette évidence, il est clair qu'il n'existait en l'espèce aucun recours que

---

<sup>4</sup> CR 2000/28, p. 43, par. 3.24.

<sup>5</sup> Cité d'après C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law [Les voies de recours internes en droit international]* (Cambridge, 1990), p. 153.

<sup>6</sup> Texte reproduit in Nations Unies, document A/55/10, p. 136.

les LaGrand pouvaient exercer et qu'ils n'ont pas utilisé, pour reprendre la conclusion que la Cour a formulée en l'affaire *ELSI*<sup>7</sup>. M. Amerasinghe résume la situation comme suit :

«La disponibilité d'un recours suppose non seulement que celui-ci soit accessible pour l'individu en cause, si un tel recours existe, mais aussi qu'il soit disponible en tant que recours possible dans le cadre précis de l'affaire dans laquelle l'individu est justement mis en cause.»<sup>8</sup> [*Traduction du Greffe.*]

Quant à la thèse du professeur Meron, qui affirme que les LaGrand n'ont pas épuisé leurs voies de recours internes parce qu'ils n'ont pas fait valoir leur droit, un droit dont ils n'avaient pas été informés, je la trouve gênante, et le mot est faible. Elle revient à dire : vous n'avez pas épuisé les voies de recours internes parce que vous n'avez pas soulevé une question dont vous ignoriez l'existence puisque l'autorité qui va procéder à votre exécution a violé le droit international en omettant de vous informer. Voilà bien une déclaration extraordinaire.

### III. L'ARTICLE 36 DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LES RELATIONS CONSULAIRES

1. Monsieur le président, permettez-moi maintenant de parler de l'interprétation de l'article 36 de la convention de Vienne. Le défendeur nous a présenté à ce sujet une lecture restrictive et inexacte de cet article. Aussi, permettez-moi d'abord d'expliquer une fois de plus le système de l'assistance consulaire prévu au paragraphe 1 de l'article 36. Ensuite, je montrerai que les droits visés au paragraphe 1 de l'article 36 sont des droits de l'individu et des droits de l'homme. Enfin, je parlerai de la violation de l'article 36 qui est imputable à l'application de règles du droit interne des Etats-Unis d'Amérique qui ne donnent pas leur plein effet aux droits visés au paragraphe 1 de l'article 36.

2. Le conseil des Etats-Unis d'Amérique voudrait vous convaincre que l'article 36 ne constitue pas un système cohérent et complet. Pour les Etats-Unis, cet article est plutôt un agglomérat de droits isolés sans relation entre eux et sans aucune pertinence aux fins des procédures pénales. Cette description sous-estime non seulement les auteurs de la convention mais aussi le résultat de leur travail. En réalité, tant le droit pour un ressortissant étranger de communiquer avec son poste consulaire que le droit à une assistance consulaire dans le cadre d'actions judiciaires, pénales notamment, sont prévus à l'article 36.

---

<sup>7</sup> Affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, C.I.J. Recueil 1989, p. 47.

<sup>8</sup> C. F. Amerasinghe, *op. cit.*, p. 154.

3. Cet article 36 met en place un régime cohérent dont l'efficacité est justement garantie par la nécessité d'informer le prévenu de son droit à la notification de son consulat. Les droits en question concernent non seulement le consul ou l'Etat d'envoi mais avant tout l'étranger lui-même. Premièrement, l'alinéa *a)* du paragraphe 1 de l'article 36 prévoit non seulement que les agents consulaires puissent se mettre en rapport avec leurs ressortissants mais aussi la réciproque. L'ordre de ces deux phrases est certainement moins important que le contenu des droits visés par cet alinéa. Deuxièmement, l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 ne couvre pas uniquement les arrestations mais aussi la détention préventive [en attente du procès]. Mardi, M. Trechsel a affirmé que l'application de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 à la mise en détention préventive et au procès de ressortissants étrangers équivaldrait à faire bénéficier un prévenu arrêté d'un «traitement préférentiel» par rapport à un suspect en liberté<sup>9</sup>. Cette affirmation revient à interpréter cet alinéa à l'envers. La situation d'une personne en liberté est-elle réellement plus mauvaise que celle d'une personne en état d'arrestation ? Alors qu'un détenu est incapable de bénéficier d'un soutien extérieur sans l'aide de représentants de l'Etat, celui qui est en liberté a tous les moyens de préparer sa défense et de se mettre en rapport avec qui il veut. Troisièmement, l'alinéa *c)* du paragraphe 1 de l'article 36 traite explicitement des modalités de la représentation en justice. Le conseil des Etats-Unis d'Amérique a déclaré que n'importe quel type de représentation en justice serait conforme au sens et à l'objet de cet alinéa<sup>10</sup>. Cette façon de voir non seulement ne tient pas compte du caractère «approprié» de la représentation en justice pourtant expressément prescrit à l'alinéa *i)* de l'article 5 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, mais permettrait aussi à n'importe quel Etat de se soustraire à cette disposition en désignant un défenseur conforme à ses vœux mais pas forcément à ceux du prévenu. Je suis convaincu que Mme Brown, qui pratique à un haut niveau la convention de Vienne, n'accepterait pas une telle disposition si elle était appliquée par l'Allemagne à l'encontre d'un citoyen des Etats-Unis d'Amérique. Là encore, la lecture extrêmement restrictive proposée par le défendeur vide les droits énoncés à l'article 36 de l'essentiel de leur sens pratique. Quatrièmement, la thèse des Etats-Unis ne tient pas compte de la structure de l'article 36. D'un côté, l'article 36 donne au détenu le droit d'être informé de ses

---

<sup>9</sup> CR 2000/29, par. 6.45.

<sup>10</sup> CR 2000/28, par. 4.25.

droits. De l'autre, il donne au consulat le droit de porter assistance à ses ressortissants. Pour que l'étranger puisse à tout moment exercer son droit à communiquer, on doit absolument, car c'est essentiel, informer l'étranger de ses droits. Ce n'est que s'il est informé qu'il peut demander la notification de son consulat et, par la suite, bénéficier de la liberté qui lui est ainsi donnée de communiquer et de se mettre en rapport avec lui. Ce n'est que dans l'optique de cette corrélation systématique que les droits visés à l'article 36 prennent tout leur sens et toute leur efficacité, comme le demande expressément le paragraphe 2 de l'article 36.

4. M. Trechsel et Mme Brown ont prétendu que l'interprétation donnée par l'Allemagne selon laquelle l'article 36 confère des droits à l'individu était contraire au droit qu'a l'Etat de refuser d'entrer en communication avec ses ressortissants. Mais cet argument revient à confondre le droit de l'individu envers l'Etat de résidence et celui d'un ressortissant envers son propre Etat. Alors que le premier relève du droit international, le second se rapporte au droit interne. La législation allemande prévoit par exemple que les ressortissants allemands ont le droit de bénéficier de l'assistance de leur consulat.

5. J'aimerais maintenant revenir à la critique que M. Trechsel a faite de la dimension «droits de l'homme» de l'article 36. Pour commencer, je connais plus que par cœur, pour ne pas dire que j'en suis fatigué, ces arguments qui font état d'une prétendue «inflation des droits de l'homme», et cela non seulement en raison de mes travaux universitaires, mais aussi de mes dix années d'expérience en tant que membre du comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'Organisation des Nations Unies, car ce sont ces droits qui sont généralement au centre de ce type de débat. Quand on avance un tel argument, c'est en général pour écarter du bénéfice des droits de l'homme des candidats indésirables en s'appuyant sur ce que j'appellerais une conception «fondamentaliste» — ou fondamentaliste à l'occidentale — de ces droits. Sur un plan plus personnel, cela m'attriste d'entendre un éminent juriste spécialiste des droits de l'homme dans une région du monde où la peine de mort a été abolie et où ne pourrait se produire une situation comme celle dans laquelle les frères LaGrand se sont trouvés enfermés, tenter de démolir l'avis juridique émanant d'une cour des droits de l'homme dans une autre région du monde où la question est particulièrement sensible. Je vais être franc : pour moi, il s'agit d'une tentative, de la part de nos adversaires, d'apaiser la conscience de la Cour en donnant à entendre qu'il est tout à fait possible

de rejeter l'avis de la Cour interaméricaine quant aux dimensions «droits de l'homme» de l'article 36 sans courir le risque de paraître être opposé à ces droits en général. Je n'ai rien contre les droits de l'homme : certains de mes compagnons les plus familiers, les droits visés par la convention européenne, appartiennent à cette catégorie.

6. Pour revenir à la conception «fondamentaliste» que M. Trechsel a des droits de l'homme, son côté abstrait, même distant, purement naturaliste, prive ces droits de leur caractéristique essentielle, à savoir qu'ils s'appliquent à des individus de chair et d'os dans la vie de tous les jours. Dans ce sens, un examen plus attentif du droit contemporain relatif aux droits de l'homme montrera que, dans bien des cas, ces droits s'appliquent à des groupes qui ont besoin d'une protection particulière tels que les travailleurs migrants, les personnes âgées, les femmes, les enfants ou les habitants des pays en développement. M. Trechsel veut-il vraiment donner à entendre que ces droits ne sont pas des «droits de l'homme» au sens propre ? Si l'Organisation des Nations Unies s'était appuyée sur cette conception pour le travail normatif auquel elle s'est attelée dans le domaine des droits de l'homme, elle n'aurait abouti à rien.

7. Pour ce qui concerne les droits des étrangers, nous connaissons tous l'adage qui nous dit que tout être humain est un étranger, presque partout — sauf bien sûr dans son propre pays. C'est ainsi que la quasi-totalité d'entre nous dans ce prétoire et, à une exception près, tous les juges qui siègent ici sont des étrangers bénéficiant de l'hospitalité des Pays-Bas. Et là encore, cette conception absolutiste s'avère fondamentalement viciée et irréaliste. Aussi, l'Allemagne propose-t-elle que nous examinions le droit en vigueur, en particulier le texte de l'article 36, pour déterminer s'il donne naissance à des droits de l'individu ou des droits de l'Etat. Incidemment, la distinction entre les relations «interétatiques» et les droits de l'homme ne correspond pas au stade actuel où se situent le droit international et le droit international relatif aux droits de l'homme. En fait, aujourd'hui, les droits de l'homme sont consacrés par des conventions entre Etats et font partie intégrante des relations internationales.

8. Comme nous l'avons démontré tant dans nos écritures que dans nos plaidoiries, quand on interprète l'article 36 en tenant compte de la situation actuelle, suivant une interprétation moderne, on voit clairement que cet article confère bien des droits à l'individu. En fait, comme le montrent les travaux préparatoires, l'intention des auteurs n'était pas d'imposer à l'étranger une assistance

consulaire mais de permettre à celui-ci de bénéficier d'une telle assistance si telle était sa volonté, ce qui veut dire que ce sont les droits de l'individu qui sont en jeu et non, du moins pas au premier chef, ceux de l'Etat. En fait, les termes choisis par les conseils des Etats-Unis d'Amérique montrent qu'eux aussi n'ont pu évoquer les droits visés à l'article 36 sans se référer aux droits individuels des ressortissants étrangers. Ainsi, Mme Brown elle-même a parlé des droits visés au paragraphe 1, ... notamment du droit de l'agent consulaire et du ressortissant étranger d'entrer en communication et en rapport ... et «du droit de l'étranger à ce que son consulat soit avisé et à ce que ses communications soient transmises»<sup>11</sup>. Cette impossibilité même d'évoquer l'article 36 sans évoquer les droits des étrangers est bien la preuve que cet article vise de tels droits, du moins si l'on s'en tient au texte de la convention et non si l'on se réfère à une conception déformée et abstraite de ce qu'il faut entendre par droits de l'individu et droits de l'homme. Est-ce que les Etats-Unis à l'instar du célèbre Humpty Dumpty sont autorisés à donner des «droits» une définition différente de celle qu'en donne le reste du monde ?

9. La dimension «droits de l'homme» de l'article 36 était loin d'être étrangère à ceux qui ont rédigé la convention il y a environ quarante ans. Comme nous l'avons montré dans notre mémoire, les travaux préparatoires abondent en références à la relation entre les droits de l'homme et le droit à la notification consulaire. Pour ne citer qu'un exemple, M. Spyridakis, représentant de la Grèce à la conférence de Vienne de 1963, a dit : «La Conférence respecte aussi la tendance actuelle à favoriser et à protéger les droits de l'homme, ce qui lui vaudra la reconnaissance des générations futures»<sup>12</sup>. J'aimerais dire à ce stade que, par ce que j'appellerais un heureux hasard, les équipes de juristes de l'Allemagne et des Etats-Unis d'Amérique ont été logées au même hôtel, ce qui m'a donné ce matin l'occasion de m'entretenir avec Mme Brown du sens du mot «théoricien» qu'elle a utilisé dans son exposé. Je m'apprêtais en effet à faire une petite remarque à ce sujet, indiquant par exemple qu'à ma connaissance, M. Spyridakis n'avait pas été un simple théoricien. Mais Mme Brown a précisé le sens de ce terme d'une façon si charmante et si désarmante que je m'abstiendrai de faire ces remarques, sous réserve peut-être d'une petite exception, plus tard.

---

<sup>11</sup> CR 2000/28, par. 4.24.

<sup>12</sup> Nations Unies, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires*, vol. 1, document des Nations Unies A/CONF.25/16, p. 366, par. 13.

10. Pour en revenir à ma thèse sur les droits de l'homme, cette dimension de l'article 36 n'est pas une sorte de demande «inventée» par l'Allemagne mais l'expression d'une évolution qu'avaient déjà prise en compte les négociateurs de la convention de Vienne. L'Allemagne ne partage pas l'attitude méprisante du conseil du défendeur à l'égard de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Il est vrai, et l'Allemagne n'a jamais donné à penser le contraire, que la déclaration de 1985 de l'Organisation des Nations Unies sur les droits des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent ne mentionne pas expressément les droits visés à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36. Mais, compte tenu du grand nombre de pays qui ont ratifié et qui appliquent la convention sur les relations consulaires, il me paraît évident qu'en évoquant le droit de se mettre en rapport avec son consulat «à tout moment», c'est-à-dire aussi en cas d'arrestation ou de mise en détention, l'Assemblée générale se réfère à la gamme complète des droits visés à l'article 36 et non pas seulement à l'alinéa *a*) du paragraphe 1. Il n'était tout simplement pas nécessaire de redéfinir tous ces droits en détail puisqu'ils avaient déjà été reconnus vingt-deux ans auparavant par la convention de Vienne. Toutefois, la déclaration de l'Assemblée générale précise que nous sommes ici en présence de droits de la personne humaine garantis à des étrangers et nous partageons bien sûr l'idée exprimée par la Cour dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, à savoir que les résolutions de l'Assemblée générale «peuvent ... fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*»<sup>13</sup>. Cela est d'autant plus vrai d'une déclaration solennelle de l'Assemblée générale qui a été adoptée par consensus.

11. Comme je l'ai déjà laissé entendre, il est étrange que M. Trechsel ait invoqué la jurisprudence de la Cour européenne dans une affaire qui concerne le respect de droits individuels aux Etats-Unis d'Amérique. Cette déférence manifestée à la Cour européenne est en contraste frappant avec son rejet catégorique de l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Une étude approfondie des arrêts de Strasbourg dont M. Trechsel a fait un véritable tir de barrage montrerait qu'aucun d'entre eux n'est de loin aussi pertinent pour l'affaire qui nous

---

<sup>13</sup> *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 254-255, par. 79. Voir aussi Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, *Procureur c. Furundzija*, arrêt du 10 décembre 1998, cas n° IT-9517/1-T (1998), dans *International Legal Materials* (1999), p. 317. par. 160.

occupe, Monsieur le président, que l'avis consultatif de la Cour interaméricaine. Mais, pour des raisons bien compréhensibles, cet avis n'est pas défendu par les Etats-Unis d'Amérique. Une approche aussi sélective de la question des droits de l'homme paraît particulièrement déplacée devant cette Cour dont la juridiction est véritablement mondiale. Je ne répéterai pas les nombreuses citations extraites de l'avis de la Cour interaméricaine que nous avons présentées. Nous sommes certains que la Cour aura de l'impact de la jurisprudence des cours régionales des droits de l'homme sur la présente instance une vue plus équilibrée que celle que présente notre défendeur. Dans la résolution qu'elle a récemment adoptée sur la question de la peine de mort, la Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies, qui est l'organe véritablement universel dans ce domaine, prie instamment :

«tous les Etats qui maintiennent la peine de mort ... d'observer les garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort et de satisfaire intégralement à leurs obligations internationales, en particulier celles qu'elles ont contractées en vertu de la convention de Vienne»<sup>14</sup>.

12. La nature des garanties prévues au paragraphe 1 de l'article 36 éclaire aussi le sens du paragraphe 2 dans la mesure où cette disposition requiert que les lois et règlements internes soient conformes aux droits énoncés au paragraphe 1. Aucun spécialiste digne de ce nom de la question des droits de l'homme n'accepterait l'idée qu'il soit possible de donner effet à ces droits sans prévoir de recours au cas où ils seraient violés. Ce n'est qu'à cette condition que l'individu peut bénéficier de ses droits et non pas être à la merci des autorités étatiques.

13. Comme nous l'avons longuement expliqué lundi, l'impact du paragraphe 2 de l'article 36 sur l'affaire actuelle est double : premièrement, il apparaît que le droit interne entre bien dans le domaine d'application des droits visés au paragraphe 1 et leur est subordonné. Deuxièmement, il est clairement indiqué que les droits visés au paragraphe 1 doivent être effectivement appliqués par le droit interne. Il est compréhensible que M. Mathias cherche à contrer l'argument de l'Allemagne sur la clause conditionnelle en nous renvoyant à la première partie de l'article 36. Mais même s'il est rappelé au début du paragraphe 2 que le droit interne s'applique, la règle qu'il est demandé au droit interne de pratiquer à cet égard est de garantir l'effectivité des éléments du droit international contenus dans l'article 36, c'est-à-dire des droits accordés aux étrangers. Pour

---

<sup>14</sup> Document des Nations Unies E/2000/23-E/CN.4/2000/167, p. 278.

l'Allemagne, cela signifie clairement que le préjudice causé à l'accusé par la violation de ses droits doit pouvoir être réparé au niveau interne. Sinon, l'information consulaire ne serait pas un droit effectif comme le requiert le paragraphe 1 de l'article 36 mais resterait subordonnée au bon vouloir de l'Etat de résidence.

14. Cela n'a rien à voir avec l'argument des Etats-Unis d'Amérique selon lequel l'article 36 ne traite pas spécifiquement des moyens de défense dans les affaires pénales. Mais cette disposition concerne très clairement le droit des étrangers à se mettre en rapport avec leur consulat et à l'informer ainsi que la mise en œuvre effective de ces droits par le biais du droit interne. Il s'agit là de critères internes visés par la disposition et non d'une série d'éléments du droit interne couverts par la disposition. Formulant au sujet des travaux préparatoires une remarque peu théorique — Mme Brown, c'est là ce qui reste de mon intention première — peu théorique donc parce que non étayée de références, le conseil des Etats-Unis d'Amérique a parlé du malaise considérable qu'avaient éprouvé les délégations parce que les changements étudiés concernaient des individus et leurs droits. Pour ma part, contrairement au conseil des Etats-Unis d'Amérique, je ne prétends pas pouvoir lire dans les pensées des délégations réunies il y a quarante ans; cela m'est tout simplement impossible.

15. L'autre jour, le conseil des Etats-Unis d'Amérique a fait valoir qu'aucun des droits relevant du paragraphe 1 de l'article 36 n'avait été violé par l'application de la règle de la carence procédurale. Une telle affirmation masque simplement le fait qu'en l'absence de recours en cas de manquement, un droit à l'information n'a plus aucun sens ni aucune efficacité, contrairement à la demande expresse contenue dans la clause conditionnelle du paragraphe 2. De l'avis des Etats-Unis d'Amérique, le paragraphe 2 n'ajouterait rien au paragraphe 1. A ce stade, il ne me reste plus qu'à affirmer que le demandeur et le défendeur restent profondément et fortement opposés sur ce point.

16. Mardi, Mme Brown a dit que les praticiens ont une autre conception de l'article 36. L'accent a été mis sur l'impossibilité de respecter parfaitement toutes les dispositions de cet article. Appliquant ce raisonnement, le conseil des Etats-Unis d'Amérique ferait-il également valoir que les limites de vitesse fixées sur les autoroutes aux Etats-Unis d'Amérique, en Allemagne (il y a bien des limites de vitesse sur les autoroutes allemandes) ou en Grande-Bretagne ne sont guère

pertinentes en matière judiciaire tout simplement parce que des milliers de chauffeurs risquent tous les jours leur vie en ne respectant pas ces limites ? Le défendeur veut-il vraiment nous faire croire que l'article 36 correspond à une sorte de droit à l'état naissant ou "*soft law*", sans grand intérêt pour la personne qui est placée en détention ? Permettez-moi d'être clair sur ce point : la convention de Vienne a été acceptée par la grande majorité des Etats et elle constitue une pièce solide du droit international en vigueur. Les statistiques relatives au respect d'une obligation, d'une part, et, de l'autre, le contenu et l'essence de cette obligation sont deux choses bien différentes. Dans tout ce qu'elle a plaidé, l'Allemagne ne demande rien de plus que le respect de la convention de Vienne ou du moins la mise en place d'un régime qui ne permette pas la violation automatique et répétée de la convention, avec, pour seule interruption, les excuses du Gouvernement des Etats-Unis.

17. Monsieur le président, puis-je vous prier à présent de demander à M. Kaul d'expliquer la pratique des Etats en ce qui concerne la mise en œuvre de l'article 36, en particulier la pratique de l'Allemagne. Merci, Monsieur le président.

The PRESIDENT: Thank you, Professor. I now give the floor to Mr. Kaul.

Mr. KAUL : Thank you, Mr. President.

#### **IV. LA PRATIQUE DES ETATS EN CE QUI A TRAIT A L'ARTICLE 36 DE LA CONVENTION DE VIENNE**

1. Monsieur le président, l'Allemagne va maintenant exposer une fois encore les raisons pour lesquelles la pratique des Etats ne saurait appuyer ni justifier le comportement des Etats-Unis dans le cas des frères LaGrand et elle démontrera aussi que cette pratique ne saurait conforter l'interprétation restrictive et inexacte que le défendeur donne de l'article 36 de la convention de Vienne.

Permettez-moi de signaler en passant que ce n'est pas en tant que théoricien mais en tant que praticien du droit consulaire ayant exercé des fonctions consulaires auprès des ambassades d'Allemagne à Oslo, à Tel Aviv et aussi à Washington que je formule ces observations sur la pratique des Etats.

2. Mme Brown s'est risquée mardi à faire devant la Cour une déclaration tout à fait catégorique et de portée considérable au sujet de la pratique des Etats. Elle a dit : «[L]a pratique suivie par les Etats parties à la convention de Vienne sur les relations consulaires, qui sont [actuellement] plus de cent soixante-cinq, apporte un appui écrasant à notre position». Voilà manifestement qui reprend, mais avec beaucoup d'insistance, la thèse subsidiaire énoncée dans le contre-mémoire, selon laquelle «[l]a pratique des Etats, y compris celle de l'Allemagne, contredit les prétentions de celle-ci»<sup>15</sup>. Mme Brown a également jugé utile d'indiquer — à tort — que l'Allemagne n'a pas contesté hier le point de vue des Etats-Unis et que «[l]'Allemagne sembl[e] disposée à admettre l'observation».

3. Point n'est besoin de dire que cela est tout simplement faux. Mais avant de démontrer à nouveau que les considérations fondées sur la pratique des Etats ne sauraient appuyer ni justifier la position des Etats-Unis en l'espèce, permettez-moi de formuler une remarque générale : ce qui nous réunit ici ce n'est pas un séminaire sur la pratique des Etats relative à la convention de Vienne sur les relations consulaires. Il nous faut absolument concentrer notre attention sur les faits fondamentaux et les principes juridiques déterminants dans le cas concret des frères LaGrand dont la Cour est saisie. Cette affaire concerne un différend non résolu entre les Etats-Unis et l'Allemagne découlant de l'application de la convention de Vienne, alors que le défendeur a de nouveau choisi délibérément en l'espèce de faire fi d'une violation grave et continue du droit à l'assistance consulaire avant de mettre à mort deux ressortissants allemands. Dans le cas de M. Breard, des frères LaGrand, de M. Faulder et de M. Flores, exécuté il y a à peine une semaine, la pratique étatique du défendeur semble être celle-ci dans les faits : «Violons l'article 36, ne tenons pas compte de cette violation dans l'action publique, refusons d'en examiner les conséquences sur la condamnation à mort, procédons à l'exécution et présentons nos excuses comme d'habitude.»

La question concrète dont la Cour est saisie est de savoir si une telle pratique est effectivement conforme à la convention de Vienne, si elle satisfait à l'obligation expresse de donner plein effet aux droits reconnus en vertu de l'article 36 et si «la pratique suivie par les Etats

---

<sup>15</sup> Contre-mémoire, note de bas de page, par. 91-94.

parties à la convention de Vienne sur les relations consulaires, qui sont [actuellement] plus de cent soixante-cinq, apporte [vraiment] un appui écrasant à cette manière de voir.

4. Devant les considérations partiales et fallacieuses que les Etats-Unis développent au sujet de la pratique des Etats, nous avons été tentés dans un premier temps de réagir en disant : «*si tacuisses philosophus mansisses*». L'Allemagne, Monsieur le président, juge nécessaire de mettre un peu d'ordre dans ce pot-pourri de considérations où l'on trouve tout et son contraire, — où la pratique des Etats se trouve ramenée à la notion de pratique consulaire, — où l'on n'opère pas la distinction qui s'impose entre les affaires mineures et les affaires graves, entre les pratiques consulaire, judiciaire et législative des Etats, — où cette pratique est exposée de manière partielle et sélective et où le défendeur — surtout — passe de nouveau cavalièrement sous silence le fait qu'il n'existe tout simplement pas de pratique des Etats s'agissant de la question — capitale — qui se pose en l'espèce, c'est-à-dire celle de savoir si une condamnation à mort entachée d'une violation grave du droit à l'assistance consulaire devrait ou non donner ouverture à un recours quelconque.

Nous savons évidemment que l'ordonnance rendue le 9 octobre 1998 par la Cour dans le cas de M. Breard et l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme portent expressément sur ces questions et que ces décisions sont la seule jurisprudence sur ce point précis dont disposent les tribunaux internationaux à ce jour.

5. Monsieur le président, les Etats-Unis ont de façon générale raison d'affirmer que la plupart des Etats semblent avoir pour usage, dans leur pratique consulaire au sens propre et étroit de cette expression, de procéder à une enquête, de présenter leurs excuses le cas échéant et de s'engager à mieux respecter l'article 36 lorsqu'un gouvernement reproche à un autre d'avoir violé cette disposition. L'Allemagne a aussi indiqué mardi que la plupart des violations de l'article 36 se produisent dans des affaires d'importance mineure. L'Allemagne ne conteste pas pour sa part que la pratique consistant à procéder à une enquête et à présenter des excuses puisse demeurer la solution appropriée dans la majorité de ces cas.

6. Mais, Monsieur le président, cela justifie-t-il dans le cas concret des frères LaGrand soumis à la Cour l'affirmation — d'ailleurs incroyable — selon laquelle «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 la position des Etats-Unis ? L'Allemagne estime

qu'il faut ici faire preuve de plus de rigueur. L'affirmation des Etats-Unis ne serait selon nous exacte que si la réponse donnée aux deux questions précises qui suivent était nettement positive :

- En premier lieu, est-ce que la pratique des Etats, l'expression englobant leur pratique judiciaire et législative, appuie la thèse des Etats-Unis pour qui il n'y a pas lieu de tenir compte des violations de la convention de Vienne dans des procédures pénales internes ? Et les condamnations entachées d'une telle violation ne peuvent-elles pas donner ouverture à un recours quelconque visant à en apprécier les conséquences ?
- En second lieu et de manière plus spécifique : la pratique des Etats conforte-t-elle la thèse défendue par les Etats-Unis qui est qu'il n'y a pas lieu de tenir compte des violations de la convention de Vienne lorsqu'il s'agit de prononcer et d'exécuter une condamnation à mort ? Et une condamnation à mort entachée d'une violation du droit à l'assistance consulaire ne peut-elle et ne saurait-elle pas donner ouverture à un recours quelconque ?

Point n'est besoin de dire, Monsieur le président, que la réponse que nous donnons, quant à nous, à ces deux questions est un «non» très catégorique.

7. En ce qui concerne la première question : la pratique judiciaire intéressant les cas où un ressortissant étranger n'est pas informé de son droit à bénéficier de l'assistance consulaire est pauvre et ne permet guère de tirer des conclusions. Par exemple, une affaire jugée en Australie, l'affaire *Abbrederis*, ne porte que sur la recevabilité d'éléments de preuve, et non sur le défaut de notification consulaire pendant tout le procès<sup>16</sup>. Dans une affaire jugée en Italie, l'affaire *Yater*, la Cour de cassation a refusé de se fonder sur la violation de l'article 36 pour casser une décision pénale. Or dans cette affaire, l'accusé avait été représenté par l'avocat de son propre choix et non par un avocat commis d'office et il n'était évidemment pas question d'une condamnation à mort<sup>17</sup>. En revanche, deux affaires jugées par la Crown Court en Grande-Bretagne semblent indiquer qu'une violation de l'article 36 peut effectivement entraîner la cassation d'une décision fondée sur des éléments de preuve sujets à caution du fait de cette violation<sup>18</sup>. La cour d'appel du 9<sup>e</sup> circuit

---

<sup>16</sup> *Australian Law Reports*, vol. 110, p. 123.

<sup>17</sup> *International Law Reports*, vol. 77, p. 541.

<sup>18</sup> *R. v. Van Axeland Wezwer* (décision du 31 mai 1991 de M. Sich, juge, Crown Court de Snaresbrook, reproduite dans *Legal Action*, 12 septembre 1991; *R. v. Bassil and Mouffareg* (décision du 28 juillet 1990 de M. Sich, juge, Crown Court d'Acton, reproduite dans *Legal Action*, 23 décembre 1990.

aux Etats-Unis a décidé, à l'issue de son examen de dispositions de procédure administrative américaine ressemblant à l'article 36, qu'une violation de ces dispositions exige dans certains cas qu'il y ait un nouveau procès, mais il semble que les tribunaux internes des Etats-Unis estiment actuellement que de telles violations sont sans effet sur la procédure pénale<sup>19</sup>.

8. Mardi, M. Trechsel a rassemblé un arsenal impressionnant de décisions internationales. Il a toutefois brossé un tableau plutôt incomplet, voire totalement fallacieux, de droit comparé en matière de procédure pénale. Au lieu d'examiner tel ou tel cas où l'article 36 est expressément mentionné dans la doctrine, il aurait plutôt dû examiner, d'une part, les règles des codes de procédure et ce que celles-ci disent au sujet d'éventuels griefs tirés de la violation de l'article 36 et, d'autre part, l'application concrète de cette disposition dans les systèmes de justice pénale.

9. Contrairement à ce qui a été dit à la Cour mardi, la plupart des systèmes nationaux ouvrent des recours dans leur procédure pénale en cas de violation de l'article 36. Il se peut certes que ces recours n'aient pas été institués dans le seul but de réparer des violations de la convention sur les relations consulaires. Mais personne n'a jamais exigé un recours aussi extraordinaire. Que l'on puisse exercer un recours quelconque par les voies ordinaires de l'appel est parfaitement suffisant. Et ce indépendamment du fait que, bien entendu, l'appel peut en fin de compte être rejeté en raison des circonstances de l'affaire.

Le point capital cependant est tout simplement celui-ci : les appelants ne doivent pas se voir automatiquement privés du droit de soulever ce moyen en appel uniquement parce qu'il n'a pas été invoqué en première instance. Cette règle est d'ailleurs propre aux Etats-Unis. D'autres pays ont incorporé directement l'article 36 à leur code de procédure pénale<sup>20</sup> — par exemple l'Espagne et la République tchèque — ou bien encore reconnaissent que cette disposition ouvre, en principe du moins, droit à l'exercice d'un recours en appel.

10. S'agissant de la pratique de l'Allemagne, les conseils des Etats-Unis se sont de nouveau attachés à donner l'impression que l'Allemagne ne serait pas elle-même en mesure de faire ce qu'elle demande aux Etats-Unis dans sa quatrième conclusion. Aussi permettez-moi d'invoquer le

---

<sup>19</sup> Cf. *United States v. Rangel-Gonzalez*, 617 F.2d 529 (9<sup>e</sup> circuit 1980); *United States v. Calderon-Medina*, 591 F.2d 529 (9<sup>e</sup> circuit 1979) et *United States v. Lombera-Camorlinga*, contre-mémoire, annexe 9.

<sup>20</sup> Voir art. 70 du code de procédure pénale tchèque; art. 520, al. 2 d) du code de procédure pénale espagnol.

droit allemand pour vous démontrer que le droit de procédure pénale allemand autorise effectivement le contrôle des décisions qui, pour reprendre les termes de la quatrième conclusion, sont «entachées» d'une violation de l'article 36.

11. En premier lieu, s'agissant de la mesure de réparation que constitue la cassation de la décision, la cour constitutionnelle allemande, dans son arrêt *Pakelli* fondé sur la convention européenne des droits de l'homme, a laissé en suspens la question de savoir si le principe juridique international de la *restitutio in integrum* peut entraîner la cassation de jugements de tribunaux allemands. L'Allemagne a d'ailleurs adopté en juillet 1998 une disposition prévoyant la possibilité d'infirmer une décision dans le cas où la Cour européenne des droits de l'homme conclut à une violation de la convention européenne des droits de l'homme. Dans ce même arrêt, la cour constitutionnelle allemande a toutefois précisé que, si le droit international l'exigeait, les tribunaux allemands pourraient infirmer une décision judiciaire tout comme n'importe quel autre acte public. Partant, l'affirmation des Etats-Unis selon laquelle le droit allemand ne prévoit pas la possibilité d'infirmer des décisions judiciaires si le droit international l'exige est de nouveau tout simplement erronée.

12. Le droit de procédure pénale allemand prévoit quant à lui trois voies pour soulever en appel une erreur de droit qui n'est pas réparée lors du procès : la *Berufung*, la *Revision* et la *Wiederaufnahme*. Dans les affaires de meurtre, le recours exercé serait celui de *Revision* devant la cour fédérale de justice. La *Revision* est un appel sur des points de droit uniquement. Permettez-moi de mentionner en passant que les tribunaux allemands n'ont pas encore été appelés à se prononcer dans une affaire concrète de *Revision* sur une violation de l'article 36. Mais la doctrine est claire : pour être accueilli, ce recours doit satisfaire à trois critères.

- i) Il faut qu'il y ait violation de «la loi» selon l'article 337 du code de procédure pénale allemand. Le terme «loi» inclut ici aussi le droit coutumier international et les traités internationaux comme la convention de Vienne, et ce sans qu'il soit besoin d'une loi d'application<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Voir Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44<sup>e</sup> éd., art. 337, MN 2, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 3<sup>e</sup> éd., par. 337, MN 8.

ii) Il faut que le jugement soit fondé sur la violation de la loi. Cette condition est analogue à celle du préjudice appliquée par les tribunaux des Etats-Unis. Avec toutefois une importante différence : selon la jurisprudence allemande, il n'est pas nécessaire de prouver le lien de causalité ! Selon la jurisprudence constante de la cour fédérale de justice, il suffit de démontrer qu'il *ne saurait être exclu* que la décision du tribunal aurait pu être différente si la loi avait été régulièrement appliquée. Si vous examinez attentivement notre quatrième conclusion, vous remarquerez qu'elle se borne à demander le réexamen des décisions «entachées» d'une violation de l'article 36.

iii) Il faut que l'accusé n'ait pas été déchu de son droit d'interjeter l'appel.

13. Le droit allemand, selon l'interprétation qu'en donnent les tribunaux, ne connaît pas de dispositions analogues à la règle dite de la «carence procédurale». La démarche en Allemagne est différente. L'accusé ne peut être forclos à invoquer que des moyens d'appel précis. Il peut tout d'abord être déchu de son droit de soulever une erreur de droit en appel s'il est représenté par un avocat et s'il ne s'oppose pas en bonne et due forme à une décision prise par le tribunal en cours d'instance (article 238, par. 2 du code de procédure civile allemand (StPO)). Ce point est sans intérêt cependant dans la situation qui nous occupe. L'accusé peut ensuite être considéré comme ayant renoncé à son droit de soulever un moyen d'appel donné si son avocat ne conteste pas la recevabilité de déclarations obtenues illégalement avant le procès. Il *ne* peut toutefois y avoir renonciation si le juge était tenu d'informer l'accusé de ses droits, y compris de celui qu'il tient de l'article 36.

14. Les conseils des Etats-Unis ont affirmé que la doctrine allemande était muette à ce sujet, or c'est le contraire qui est vrai. Tous les ouvrages allemands sur la procédure pénale mettent l'accent sur l'obligation qui découle de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires<sup>22</sup>. Citons le commentaire dit de Karlsruhe qu'invoque M. Trechsel : «En cas d'arrestation d'un étranger, le consulat de son pays d'origine doit être averti sans retard si l'intéressé en fait la demande après avoir été obligatoirement informé de son droit»<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Voir Kleinknecht/Meyer-Goßner, *Strafprozeßordnung*, 44<sup>e</sup> éd., art. 114 b), MN 4 et 9, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 3<sup>e</sup> éd., art. 114 b), MN 10; Löwe/Rosenberg, *Strafprozeßordnung*, 31<sup>e</sup> éd., art. 114.

<sup>23</sup> *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*, 3<sup>e</sup> éd., art. 114 b), MN 10.

15. La pratique allemande est conforme aux exigences du code de procédure pénale à cet égard. Le point 135 des directives applicables (*Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten — RiVAST*) est très clair à ce sujet. Il est d'office remis aux détenus un formulaire — le voici — les informant des droits que leur confère l'article 36. Ce formulaire a été traduit en vingt et une langues. Pour aider le juge dans l'exercice de ses fonctions, les autorités allemandes ont établi ce formulaire qui énumère tous les actes à accomplir lors de la première audition de l'accusé. Une section spéciale est réservée au cas de la détention d'un étranger, section que doit remplir le juge décernant un mandat d'arrêt. Le juge doit cocher plusieurs cases en indiquant notamment s'il a informé l'accusé des droits que lui reconnaît l'article 36 et si le détenu exige d'avertir ou non le consulat de son pays d'origine. L'emploi de ce formulaire ne saurait évidemment pas exclure l'erreur humaine. Mais il démontre bel et bien que l'article 36 est applicable en matière pénale et que les juges et responsables de l'application des lois en Allemagne s'y conforment dans l'exercice habituel de leurs fonctions.

16. En conclusion, il est raisonnable de dire que, même s'il va de soi que la violation de l'article 36 de la convention «ne peut en aucun cas amener à la nullité automatique du jugement», proposition que M. Trechsel a tenu à nous asséner, il existe incontestablement des moyens de contester la décision d'un tribunal dans un procès où l'accusé n'a pas été informé des droits qu'il tient de l'article 36 de la convention. Et surtout, l'accusé n'est pas forclos à soulever ce moyen en appel du seul fait qu'il ne l'a pas invoqué en première instance. Partant, la loi allemande est parfaitement en mesure de satisfaire aux exigences de l'article 36 telles que l'Allemagne les énonce dans sa quatrième conclusion.

17. Monsieur le président, quant à la question de savoir si la pratique des Etats conforte la thèse des Etats-Unis pour qui les violations de la convention de Vienne n'entrent pas en ligne de compte dans les cas où il s'agit d'infliger ou d'exécuter une condamnation à mort, la réponse est encore plus évidente. Si vous examinez la pratique des Etats dans le monde entier, aucun autre Etat dans le monde n'affirme actuellement, pour autant que nous sachions, que les violations du droit à l'assistance consulaire n'entrent pas en ligne de compte dans les affaires de condamnation à mort. Aucun autre Etat n'applique la règle dite de la «carence procédurale» ou toute autre règle analogue de manière aussi constante et rigoureuse. Il n'est aucun autre Etat qui nie concrètement à la Cour

ne serait-ce que le droit d'examiner la question de savoir, premièrement, si le fait d'infliger et d'exécuter une condamnation à mort après violation du droit à l'assistance consulaire constitue une application régulière de la convention de Vienne et, deuxièmement, si une condamnation à mort entachée d'une violation du droit à l'assistance consulaire devrait ou non faire l'objet d'un contrôle juridictionnel quelconque.

18. Ce que cela signifie sur le plan pratique aujourd'hui, c'est que dans les affaires de condamnation à mort qui sont malheureusement si fréquentes aux Etats-Unis, nous continuerons très probablement de voir le même scénario se répéter : «Violons l'article 36, ne tenons pas compte de cette violation dans l'action publique, refusons d'en examiner les conséquences sur la condamnation à mort, continuons d'appliquer la règle dite de la «carence procédurale», procédons à l'exécution et présentons nos excuses comme d'habitude.»

Voilà donc, à notre avis, le problème fondamental, essentiel, qui se pose au sujet de l'application et de l'interprétation exactes de la convention de Vienne dans le monde entier. Comme le défendeur l'a reconnu expressément, le droit à l'assistance consulaire revêt effectivement une importance capitale, non seulement pour les quatre millions de ressortissants américains à l'étranger, mais aussi pour tous les ressortissants étrangers aux Etats-Unis, dont les ressortissants allemands.

C'est la raison pour laquelle l'Allemagne vous prie, vous qui êtes les Membres de l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, de rendre, sur les quatre conclusions que nous vous avons soumises, un arrêt qui nous donne la solution.

19. Monsieur le président, je vous prierai maintenant de bien vouloir donner la parole à M. Simma qui résumera notre position sur les mesures de réparation que l'Allemagne sollicite. Je vous remercie de m'avoir écouté.

The PRESIDENT: Thank you very much. I now give the floor again to Professor Bruno Simma.

Mr. WESTDICKENBERG: Mr. President, we still need about an hour for our oral pleading and I shall leave you to decide whether it is perhaps now already time for the coffee break or whether we are going to continue with Professor Simma.

The PRESIDENT: Thank you. I think that we can still hear Professor Simma and will take a coffee break after he has spoken.

M. SIMMA : Merci, Monsieur le président, je prends comme un compliment que vous me supportiez avant la pause café !

## V. LES GARANTIES DE NON-REPETITION

1. J'en viens à ce que dit le défendeur sur la question des assurances et garanties et, plus concrètement, à notre conclusion n° 4.

2. Tout d'abord, je voudrais souligner une fois encore que pour l'Allemagne, ces questions relèvent de la compétence de la Cour. Le protocole de signature facultative vise les «différends relatifs à l'interprétation ou à l'application», et ce dont vous êtes saisis en l'espèce, c'est d'un différend relatif à des violations de la convention de Vienne; l'Allemagne fait valoir des droits qui découlent de ces violations et réclame des Etats-Unis qu'ils réparent le préjudice moral qu'ils ont causé et qu'ils reviennent au respect intégral de leurs obligations. Il s'agit là d'une question de responsabilité d'Etat et par conséquent, les questions de responsabilité d'Etat évoquées par l'Allemagne entrent clairement dans le cadre du protocole de signature facultative.

3. La thèse des Etats-Unis, à savoir que les aspects de cette affaire qui portent sur la responsabilité relèvent du droit coutumier et ne sont donc pas couverts par le protocole, conduirait à des résultats absurdes. Les clauses ou les protocoles additionnels de signature facultative concernant le règlement des différends relatifs aux traités ne pourraient pas remplir leur rôle puisque l'on ne pourrait pas traiter de manière adéquate, ni même traiter du tout, les cas d'infraction. Il me semble que ce qui se passe ici, c'est que l'on voit surgir une fois encore une version atténuée de l'idée que le régime de la convention de Vienne est autarcique, c'est-à-dire que les seuls recours ouverts contre les infractions devraient se trouver dans la convention elle-même. Mais la convention de Vienne ne contient évidemment aucun moyen de recours contre des violations de cette nature ! Puis-je également vous rappeler à cet égard l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel un traité doit être interprété à la lumière des règles pertinentes de droit international, qui entourent le traité pour ainsi dire, et la responsabilité des Etats entoure chaque traité.

4. Pour en venir plus concrètement à l'assurance que l'Allemagne demande dans sa conclusion n° 4, le conseil des Etats-Unis a tenté de créer l'impression que la Commission du droit international avait formulé son projet d'article 30 à ce sujet avec beaucoup d'hésitations et que cet article allait beaucoup plus loin que le droit existant<sup>24</sup>. Or nous constatons en fait, au contraire, que la proposition de la CDI a été largement acceptée. Pas un seul Etat ne s'est opposé à ce que de ce texte soit inclus dans le projet d'articles relatif à la responsabilité des Etats. Il n'y avait pas un seul mot de critique dans les commentaires que les Etats-Unis ont formulés au sujet du projet d'articles adopté en première lecture en 1996. Il en va de même pour les déclarations que les Etats-Unis ont faites lors du débat de la Sixième Commission il y a quelques jours. Certes, je ne serais pas étonné que nous trouvions quelque chose qui ferait écho aux plaidoiries de mardi dans les commentaires que les Etats-Unis présenteront par écrit au début de l'année prochaine, mais il faudra alors les situer dans une certaine perspective.

5. En revanche, un bon nombre d'Etat ont bien accueilli la proposition de la Commission du droit international. Par exemple, selon l'Italie, «[q]uant aux assurances et aux garanties de non-répétition du comportement illicite, bien qu'elles ne soient pas toujours nécessaires, elles se configurent comme indispensable en de nombreuses hypothèses»<sup>25</sup>. Quant à l'observation de l'Allemagne sur le projet d'articles de 1996<sup>26</sup> sur lequel le conseil des Etats-Unis a appelé notre attention, voyons ce texte :

«Il existe ... un doute quant à la question de savoir si l'Etat lésé a, en vertu du droit international coutumier, droit à des «garanties de non-répétition» ... Imposer l'obligation de garantir la non-répétition dans tous les cas serait certainement aller au-delà de ce qui est jugé approprié dans la pratique des Etats.»

Eh bien, ce point de vue ne me pose aucun problème. Il peut y avoir quelques doutes au sujet de son ancrage en droit coutumier — notre débat le montre bien — et les assurances ne s'imposent certainement pas dans tous les cas. J'y reviendrai dans un moment.

6. Quant à la tendance qui se dégage du débat de la CDI, elle était nettement positive. Permettez-moi de citer le rapport de la Commission sur sa dernière session :

---

<sup>24</sup> CR 2000/29, p. 13, par. 5.18 et suiv.

<sup>25</sup> Déclaration du 25 octobre 2000, manuscrit, p. 4.

<sup>26</sup> Nations Unies, document A/CN.4/488, p. 103.

«On a souscrit à l'idée d'incorporer dans le projet d'articles une disposition sur le devoir de donner des assurances et des garanties de non-répétition, parce qu'il était des cas où les risques de répétition étaient réels et où les pays ne pourraient s'en tirer tout simplement en s'excusant chaque fois.»<sup>27</sup>

Voilà donc le texte du rapport de la Commission à l'Assemblée générale. Soit dit en passant, dans ce contexte, des infractions répétées à l'article 36 ont été expressément citées en exemple dans les débats de la CDI. Pour citer un autre passage du rapport de la Commission :

«On a exprimé l'avis ... que des assurances et garanties de non-répétition étaient nécessaires dans les cas où les lois d'un Etat et leur application donnaient lieu à de graves violations qui, sans être continues, étaient récurrentes.»<sup>28</sup>

7. Dans l'intervention qui conclut le débat de la Commission, le Rapporteur spécial, M. James Crawford, a déclaré :

«Quant au maintien de cet alinéa lui-même [c'est-à-dire celui qui concerne la cessation, et qui regroupe maintenant la cessation et nos garanties], des vues divergentes avaient été exprimées. Il ressortait cependant sans ambiguïté du débat que la majorité des membres de la Commission y étaient favorables ... aucun gouvernement n'avait proposé de supprimer [l'article en question]... Répondant aux observations selon lesquelles il n'existerait pour ainsi dire pas d'exemples de garanties de non-répétition données devant un tribunal, le Rapporteur spécial a admis qu'ils étaient très peu nombreux; en revanche, ils étaient courants dans la pratique diplomatique... [L]e projet d'article relevait essentiellement des relations entre Etats, mais il n'en était pas moins vrai que les tribunaux pourraient avoir à en appliquer les dispositions si le problème ne pouvait pas être réglé par voie diplomatique. [C'est précisément le cas ici.] Il était vrai que fréquentes étaient les assurances et garanties de non-répétition données par des gouvernements en réponse à une violation d'une obligation, même si le fait internationalement illicite n'était pas continu.»<sup>29</sup>

8. Le rapport du comité de rédaction, en août dernier, va dans le même sens :

«Plusieurs membres ont fait observer que les assurances et les garanties de non-répétition n'étaient pas pertinentes dans toutes les circonstances. Elles devaient être exigées particulièrement dans les cas où l'on pouvait craindre une répétition.»

Ces assurances «ne sont appropriées que si le fait illicite est susceptible de se reproduire». Tout en ayant conscience qu'il y avait eu dans le passé des demandes de garantie de non-répétition comportant des exigences qui allaient très loin, le comité de rédaction a estimé «qu'on ne pouvait pas faire silence sur les garanties simplement parce qu'on en avait abusé»<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Nations Unies, doc. A/55/10, par. 87.

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 90.

<sup>29</sup> *Ibid.*, par. 110.

<sup>30</sup> Nations Unies, doc. CN/4/SR.2662, p. 6 et 7.

9. Pour résumer la teneur du débat de la Commission du droit international, celle-ci a trouvé un terrain solide pour nos assurances et garanties de non-répétition dans le projet de codification. Qu'on ne vienne pas le nier, Monsieur le président, parce que, contrairement au conseil des Etats-Unis, j'étais là ! Et vous pouvez me croire, je ne dormais pas du tout pendant le débat sur le projet d'article 30.

10. Le conseil des Etats-Unis a appelé l'attention sur une observation faite devant la Commission, à savoir que donner une garantie de non-répétition «constituerait un engagement supplémentaire qui s'ajouterait à l'engagement initial qui avait été violé»<sup>31</sup>. Mais évidemment, cette observation portait sur la distinction qui sous-tend les travaux de la Commission sur la responsabilité des Etats, entre ce que l'on appelle les règles primaires et les règles secondaires, c'est-à-dire qu'elle se rapportait à la doctrine selon laquelle la violation d'une règle primaire, par exemple une règle de la convention de Vienne sur les relations consulaires, donne naissance à des règles nouvelles, secondaires, et en ce sens seulement à des obligations qui, du fait de cette violation, s'ajouteraient à l'article 36. C'est tout ce que cette déclaration veut dire.

11. Je tiens aussi à souligner que les assurances et garanties de non-répétition envisagées dans le texte n'ont jamais été comprises comme étant aussi absolues que le conseil des Etats-Unis a essayé de les représenter en cherchant par conséquent à les pousser à l'absurde, et notre agent a déjà appelé l'attention sur ce point dès sa déclaration liminaire. Il est bien clair qu'à l'impossible nul n'est tenu. C'était tellement évident pour la Commission qu'elle n'a pas jugé nécessaire de le dire dans son projet. Il en va de même pour l'Allemagne et pour l'énoncé de notre conclusion n° 4. Il se peut, je le reconnais, que le terme de «garanties» ne soit pas très heureusement choisi par la Commission, à en juger par les malentendus auxquels il semble donner lieu, mais la Commission utilise les termes d'«assurances» par opposition à «garanties» tout simplement pour désigner par ce second terme des réparations qui ne sont pas uniquement verbales et qui font jouer certaines actions préventives : d'où le rapport du Comité de rédaction. Ces actions doivent, selon le projet d'article, être appropriées et «appropriées» signifie à mon sens qu'elles sont adaptées et sont efficaces. Dans notre contexte, ce que cela veut dire, c'est que les mesures internes que doivent prendre les

---

<sup>31</sup> Nations Unies, doc. A/55/10, par. 87.

Etats-Unis, des mesures laissées à leur choix — je le souligne — doivent permettre de sortir de la situation d'impasse absurde, un cercle vicieux, que nous avons décrite à plusieurs reprises.

12. Monsieur le président, j'ai expliqué lundi que des garanties de non-répétition sont appropriées en l'espèce au titre des deux rubriques différentes correspondant à la position qui leur est attribuée dans les deux lectures du projet d'articles de la Commission du droit international : d'abord comme un moyen de réparation, ensuite, c'est-à-dire maintenant, comme corollaire de la cessation [des préjudices] dans les cas où on risque gravement la répétition. Monsieur le président, aucun de ces deux *sedes materiae* n'exige davantage de preuve du préjudice et du lien de causalité que l'Allemagne n'en a déjà présenté. L'Allemagne a subi un préjudice moral du fait de la méconnaissance répétée des droits qu'elle tient de la convention de Vienne à cause des actes des Etats-Unis, et la cause de ce dommage est incontestable. Si vous considérez les garanties de non-répétition comme le corollaire de la cessation dans les cas où un acte illicite se répète à plusieurs reprises, ce qui est le cas ici, ni le préjudice ni le lien de causalité n'ont besoin d'être démontrés.

13. Monsieur Mathias a cité l'arrêt que la Cour a rendu dans l'affaire *Haya de la Torre*, où la Cour a déclaré qu'elle n'était pas en mesure de dire comment la Colombie devrait mettre fin à l'asile accordé à cet homme politique péruvien, et la Cour a dit qu'elle «ne saurait donner aucun conseil pratique quant aux voies qu'il conviendrait de suivre pour mettre fin à l'asile, car ce faisant, elle sortirait du cadre de sa fonction judiciaire»<sup>32</sup>. Mais Monsieur le président, dans sa conclusion n° 4, l'Allemagne établit précisément une distinction entre ce qu'elle demande à la Cour de faire, à savoir énoncer l'obligation qu'ont les Etats-Unis de donner à l'Allemagne une assurance de non-répétition et de faire en sorte que leur droit et leur pratique internes permettent l'exercice effectif des droits prévus à l'article 36, d'une part, et d'autre part, une part laissée entièrement à l'initiative des Etats-Unis, l'aspect pratique des choses (pour reprendre la terminologie de l'arrêt *Haya de la Torre*) c'est-à-dire le choix des moyens de donner vraiment effet à ces assurances.

14. Monsieur le président, pour revenir sur un aspect de cette question, l'agent des Etats-Unis a émis mardi matin l'idée que la Cour devrait décider que le différend réel entre les

---

<sup>32</sup> CR 2000/29, p. 16, par. 5.26; affaire *Haya de la Torre*, arrêt du 13 juin 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 83.

parties «a été résolu par les excuses offertes par les Etats-Unis et des assurances appropriées de non-répétition»<sup>33</sup>. Mais, Monsieur le président, cela ne serait tout simplement pas vrai. L'Allemagne ne considère pas les prétendues «assurances» proposées par le défendeur comme adéquates. Et par conséquent, il reste à la Cour de décider de ce qui constituerait une mesure de réparation appropriée pour le préjudice causé à l'Allemagne et à ses deux ressortissants.

15. Avant de quitter le domaine de la responsabilité des Etats, permettez-moi de préciser qu'à aucun moment de mon exposé de lundi, je n'ai manifesté de la dérision ou exprimé du mépris, comme l'a prétendu le conseil des Etats-Unis, à l'égard des formes de satisfaction autres que les assurances et les garanties<sup>34</sup>.

16. Monsieur le président, une objection que le défendeur n'a cessé d'élever contre notre conclusion n° 4 a été que dans cette conclusion, l'Allemagne exige des Etats-Unis quelque chose qu'elle n'est pas en mesure de donner elle-même. Monsieur Kaul a déjà réfuté cette critique, et de manière très convaincante je crois, mais je voudrais dire pour conclure mon exposé, très franchement et très simplement, que si l'on formulait la conclusion n° 4 à l'encontre de l'Allemagne, l'Allemagne serait en mesure de lui donner effet.

J'en ai ainsi terminé. Permettez-moi cependant de finir sur une note personnelle. Mes deux expériences des Nations Unies — ma participation aux travaux de la Commission du droit international et ma plaidoirie devant la Cour — me donnent nettement l'impression de rajeunir. Je me retrouve étudiant : à la Commission du droit international, je me sens comme dans un colloque de très haut niveau et devant la Cour, je me trouve comme face à un jury grand de grand oral. Je vous remercie vivement de m'avoir écouté.

The PRESIDENT: Thank you very much Professor. I now give the The Court will adjourn for ten minutes.

*The Court adjourned from 11.35 a.m. to 11.55 a.m.*

---

<sup>33</sup> CR 2000/28, p. 10, par. 1.17.

<sup>34</sup> CR 2000/29, p. 14, par. 5.22.

M. DONOVAN :

## VI. LIEN DE CAUSALITE

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, je voudrais revenir brièvement sur le déroulement de la procédure dans l'affaire LaGrand pour répondre à trois des points soulevés par Mme Napolitano, qui a dit, premièrement que les agents consulaires de l'Allemagne n'auraient rien fait pour apporter leur assistance aux LaGrand, deuxièmement que les éléments constitutifs de circonstances atténuantes dont les LaGrand n'ont pas eu le bénéfice à cause de la violation se seraient simplement surajoutés à ceux déjà présentés, et troisièmement que la Cour d'appel fédérale a établi que la production des éléments en question n'aurait rien changé.

2. Néanmoins, je commencerai par deux observations préliminaires. Premièrement, les Etats-Unis ont suggéré mardi que, la veille, l'Allemagne avait condamné leur système judiciaire et «fabriqué» de nouveaux griefs de discrimination raciale. Ce n'est absolument pas le cas. L'Allemagne a signalé plusieurs problèmes relatifs à l'administration de la peine de mort aux Etats-Unis qui ont été mis en lumière par des universitaires respectés et des institutions aussi bien établies que l'*American Bar Association*. Certes, les opinions peuvent varier quant à l'ampleur et aux conséquences de ces problèmes et à la façon de concilier les mesures visant à les résoudre avec celles qui visent d'autres objectifs légitimes sociétaux légitimes, mais il est difficile de nier qu'ils existent. Et, parce que ces problèmes existent, ils font partie des circonstances de fait au regard desquelles on doit évaluer les incidences des violations de la convention de Vienne.

3. Deuxièmement, pour être clair, le fondement de la responsabilité internationale dans la présente affaire réside dans la violation de l'article 36 de la convention de Vienne qu'ont commise les Etats-Unis. Cependant, cette violation n'a pas seulement lésé les intérêts juridiques de l'Allemagne même, elle a aussi eu des conséquences fatales pour les frères LaGrand. L'argument fondé sur le lien de causalité concerne ce deuxième aspect qui, même s'il n'est pas essentiel du point de vue juridique pour que la responsabilité internationale des Etats-Unis se trouve engagée, vient aggraver sa violation. L'Allemagne l'a signalé lundi en faisant observer que les Etats-Unis, dans leur contre-exposé des faits, avaient prétendu que l'exercice du droit d'entrer en rapport avec

le consulat n'aurait fait aucune différence mais n'en avaient tiré aucune conséquence juridique. Mise à part l'objection des Etats-Unis à l'un des cinq éléments que comporte, selon eux, la première conclusion de l'Allemagne, ce point n'a pas été réfuté.

4. Pour répondre à l'*Attorney General*, je relèverai d'abord son assertion que, même si les frères s'étaient mis en rapport avec le consulat, l'Allemagne n'aurait rien fait. Nous savons qu'au contraire, une fois élucidée la question de la nationalité, les frères demandèrent une assistance et l'Allemagne l'a fournie. Il s'agit là de la meilleure preuve, établie par les pièces soumises à la Cour, de ce qui ce serait passé en 1982.

5. Deuxièmement, l'*Attorney General* a prétendu que les éléments de preuve dont l'Allemagne affirme que les frères n'ont pas eu le bénéfice avaient, en fait, été présentés lors de l'audience sur les circonstances aggravantes et atténuantes. Elle veut en trouver la preuve dans le témoignage donné par un expert à l'audience du prononcé de la peine ainsi que dans un passage du rapport pré-sentenciel.

6. Pour bien évaluer les incidences de la violation, il est malheureusement nécessaire de se plonger dans les réalités concrètes de la procédure, et c'est pourquoi j'invite la Cour à étudier les dépositions qui ont été consignées. J'en donnerai ici un bref aperçu. Le premier expert appelé à témoigner à l'audience l'a été pour Walter LaGrand. Au cours du contre-interrogatoire, qui n'occupe même pas trois pages du procès-verbal de cette audience, le procureur établit, premièrement, que l'expert avait rencontré Walter LaGrand pendant une heure tout au plus, environ un an avant l'audience, deuxièmement, que l'objet de cette rencontre était seulement de déterminer l'état mental de Walter LaGrand au moment ou à l'époque de l'incident, et non d'examiner les faits susceptibles de constituer des circonstances atténuantes pour la fixation de la peine et, troisièmement, que le seul autre travail accompli par l'expert avait consisté à revoir les rapports pré-sentenciels. Il n'est pas étonnant que le procureur ait jugé aussi peu utile de procéder à un contre-interrogatoire.

7. Le deuxième expert était appelé à témoigner pour Karl LaGrand. Ce sont ses propos que Mme Napolitano a cités. L'expert a déclaré qu'il avait passé une heure et demie avec Karl, et le principal élément de son témoignage a été qu'il pensait, d'après l'enregistrement des aveux de Karl, que celui-ci avait été sincère en exprimant des remords immédiatement après son arrestation.

Dans la mesure où il a parlé des antécédents sociaux de Karl LaGrand, la superficialité de son analyse, qu'a citée l'*Attorney General*, saute aux yeux. Le procureur a manifestement été lui aussi de cet avis car il a consacré à l'expert de Karl encore moins de temps qu'à celui de Walter — six questions, pour être précis, qui occupent moins d'une page du procès-verbal.

8. Le seul autre témoin appelé à déposer a été Patricia LaGrand, la sœur de Karl et de Walter. Elle a bien sûr témoigné de leur enfance difficile, mais sûrement aussi, son témoignage ne pouvait compenser l'absence de renseignements détaillés sur les premières années des enfants LaGrand ni, cela va sans dire, les lacunes du témoignage des experts.

9. Enfin, les rapports pré-sentenciels font certes brièvement état, en termes généraux, des piètres conditions dans lesquelles les LaGrand ont été élevés. Mais quelques indications d'un rapport pré-sentenciel ne sauraient suppléer une argumentation raisonnée en faveur de l'octroi de circonstances atténuantes.

10. Nous savons que les informations finalement obtenues en Allemagne apportent des preuves concrètes et abondantes de la gravité des mauvais traitements et du manque de soins qu'ont connus les deux frères quand ils étaient encore bébés et pendant leur petite enfance. Pour avoir une idée de l'effet qu'auraient pu avoir ces preuves, j'invite une nouvelle fois la Cour à examiner la déclaration de la consultante en atténuation de peine figurant dans les annexes. Elle décrit en détail ce à quoi il convient de veiller lorsqu'un accusé encourt la peine capitale, les antécédents sociaux qu'il faut au moins retenir pour préparer une demande de circonstances atténuantes et l'exploitation qui doit en être faite. Plus précisément, elle explique que :

«Seules des données recueillies de manière adéquate et indépendante permettent aux professionnels de la santé mentale d'évaluer :

- 1) la présence et l'impact de troubles médicaux, psychiatriques et de développement; et
- 2) le rôle de facteurs déterminants, sociaux, émotionnels et autres, dans des expériences clés de la vie et leur impact sur l'état mental de l'accusé et sur son comportement à des moments critiques qui entrent en ligne de compte pour les chefs d'accusation et les procédures judiciaires.»

En d'autres termes, un dossier convenable à l'appui de circonstances atténuantes, non seulement indique les facteurs sociaux, psychologiques et développementaux qui ont pu jouer un rôle, mais doit aussi démontrer un lien de causalité entre ces facteurs et les chefs d'accusation : c'est là un minimum.

11. Au regard de ces exigences, la présentation des circonstances aggravantes et atténuantes faite à l'audience de détermination de la peine ne peut être qualifiée que de déplorable. Une comparaison entre le procès-verbal de cette audience et la déclaration de la consultante permet d'en mesurer les lacunes. Mais d'autres éléments soumis à la Cour viennent aussi conforter cette conclusion. Ce sont : premièrement, la déclaration dans laquelle l'avocat de Karl a admis ses propres insuffisances, et dont l'Allemagne a déjà parlé; deuxièmement, la déclaration d'un pénaliste d'Arizona qui a estimé que la prestation de l'avocat de Walter n'avait pas atteint le niveau minimum requis d'un avocat de la défense lors du prononcé de la peine capitale; et, troisièmement, de nouveau à propos de l'audience de fixation de la peine, la déclaration d'un avocat ayant l'expérience des affaires dans lesquelles l'accusé encourt la peine de mort, qui a représenté Walter lors de sa demande d'*habeas corpus* et qui a dit que si leur avocat au procès avait présenté un dossier complet à l'appui de la demande de circonstances atténuantes, les LaGrand n'auraient probablement pas été condamnés à mort»<sup>35</sup>.

12. Enfin, je voudrais revenir sur ce qu'a suggéré l'*Attorney General* en disant que, dans son opinion de 1998, la Cour d'appel fédérale avait en quelque sorte jeté un coup d'œil derrière le rideau pour s'assurer que, même si les LaGrand n'avaient pas pu présenter de preuves de circonstances atténuantes avant le prononcé de leur peine, il n'y avait pas eu mal-jugé<sup>36</sup>. Toutefois, comme la transcription que j'ai examinée ne permet pas de comprendre exactement ce qu'a voulu dire l'*Attorney General*, je veux m'assurer qu'il n'y a pas de confusion. Ce qui ressort de l'opinion de la *Ninth Circuit Court*, c'est qu'elle a considéré qu'il lui était interdit, par une jurisprudence de la Cour suprême faisant autorité, d'examiner l'effet qu'aurait pu avoir la production des preuves de circonstances atténuantes. Aussi, n'a-t-elle pris en considération que les circonstances aggravantes pouvant faire des LaGrand des candidats à la peine de mort. Or, bien évidemment, les LaGrand

---

<sup>35</sup> Mémoire de l'Allemagne : annexe 46, p. 1013-1017, annexe 50, p. 1013; et annexe 52, p. 1216.

<sup>36</sup> Mémoire de l'Allemagne : annexe 10, p. 483 (citant *Sawyer v. Whitley*, 505 US p. 333 (1992)).

n'ont pas fait valoir que les preuves manquantes des circonstances atténuantes eussent un rapport quelconque avec les circonstances aggravantes dont on avait déterminé l'existence et qui en faisaient des candidats à la peine de mort et, par conséquent, la cour a considéré que ces éléments à l'appui de circonstances atténuantes ne relevaient pas de son examen, une autorité supérieure lui interdisant d'en tenir compte. Donc, les LaGrand ont été en fait privés du bénéfice de ces éléments de preuve lors du procès en première instance — ce que la Cour suprême des Etats-Unis a appelé «l'événement principal»<sup>37</sup> et ni la *Ninth Circuit Court* ni aucune autre juridiction des Etats-Unis n'a jamais examiné l'effet qu'auraient eu les preuves de circonstances atténuantes qui manquaient sur la sentence prononcée contre les LaGrand.

13. C'est cela qui constitue le point de fait principal et c'est à propos de ce point que l'Allemagne rencontre en matière de preuve les obstacles que j'ai mis en évidence lundi. L'un des piliers de la personnalisation de la peine, exigée par la Constitution des Etats-Unis, est que l'accusé peut, à l'audience de fixation de celle-ci, présenter toutes preuves de circonstances atténuantes qu'il estime appropriées, et que le juge ou le jury a tout pouvoir pour en apprécier le poids en les mettant en balance avec les circonstances aggravantes qui font de l'accusé un candidat à la peine de mort.

14. Inutile de dire qu'il s'agit là d'une appréciation hautement subjective et, au point où nous sommes rendus, il est quasiment impossible de reconstituer la démarche mentale qui a été suivie en l'occurrence. En pareilles circonstances — quand un fait est laissé à l'appréciation du juge — quelle valeur un système judiciaire donne-t-il à ce fait ? Si l'on peut établir une comparaison, c'est avec la règle la plus largement appliquée aux Etats-Unis dans les procédures de réexamen des décisions, selon laquelle en cas d'erreur au cours d'un procès, si un droit se trouve violé, le défendeur a droit à un recours à moins que la cour n'établisse qu'il s'agit d'une erreur bénigne. Les Etats-Unis ont objecté mardi à la suggestion faite à la Cour par l'Allemagne de présumer l'existence d'un lien de cause à effet, mais ils n'ont pas contesté — parce qu'ils ne le pouvaient pas — l'argument avancé par l'Allemagne selon lequel la Cour a le pouvoir d'apprécier la valeur des preuves produites eu égard aux circonstances particulières et concrètes de l'espèce, de décider de la manière dont elle déterminera les faits et de prendre une décision appropriée compte tenu du

---

<sup>37</sup> *Wainwright v. Sykes*, 433 US 72, 90 (1977).

préjudice que les actes des Etats-Unis ont causé à l'Allemagne pour ce qui est de l'administration de la preuve. Ce pouvoir devrait inclure celui de considérer des faits contestés comme établis ou de déplacer la charge de la preuve sur la base de ce que l'Allemagne a déjà démontré, si de telles décisions sont nécessaires. Ce pouvoir est la prérogative nécessaire de quiconque est chargé d'établir les faits. Comme je l'ai dit lundi, cependant, aucune décision de ce genre touchant l'administration de la preuve n'est nécessaire.

15. Dans la mesure où l'existence d'un lien de causalité précis est susceptible de preuve en l'espèce, l'Allemagne a démontré que les violations de la convention de Vienne ont conduit à la condamnation à mort des LaGrand. A tout le moins, l'Allemagne a montré que les violations, dont la réalité a été admise, ont privé les LaGrand du bénéfice de circonstances atténuantes qui auraient été d'une extrême importance pour la fixation de la peine et auraient pu conduire le juge à prononcer une peine de réclusion à perpétuité au lieu de la peine capitale. L'affaire Trostler dont a été saisie la cour suprême de l'Arizona et dont j'ai parlé lundi montre que ce type même de circonstances atténuantes, dont le bénéfice a ici été perdu, peut avoir un tel effet. Aucune règle de preuve ni aucun principe du droit international n'oblige l'Allemagne à démontrer quoi que ce soit de plus.

A présent, Monsieur le président, je voudrais vous prier de bien vouloir donner la parole à M. Dupuy.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Donovan. Je passe la parole maintenant au professeur Pierre-Marie Dupuy.

Le PRESIDENT : Merci, M. Donovan. I now give the floor to Professor Dupuy.

Mr. DUPUY:

## **VII. THE FAILURE OF THE UNITED STATES TO COMPLY WITH THE ORDER OF 3 MARCH 1999**

1. Mr. President, it falls to me to reply to the arguments expounded before you by the United States in respect of provisional measures and of Germany's third submission. I shall do so quite briefly, as the United States pleadings of last Tuesday were largely based on the arguments already developed in its Counter-Memorial, although it did make certain concessions, the extent of

which I shall evaluate (I). Focusing on the Order of 3 March 1999 (the better to avoid a substantive debate on the legal nature of provisional measures), rather than arguing the law, it sought to concentrate on the facts. It thus set out to show that the United States could not have acted differently than it did after receiving the Court's Order (II); and that this was so because the German request for the indication of provisional measures was submitted too late (III). Finally, the United States did its utmost to dissociate its non-compliance with the Court's Order from the merits of the German Application itself (IV). I shall take up these points briefly.

## I

2. *On the question of the law*, I shall not reiterate the substance of my presentation of last Monday concerning the legal nature of provisional measures and the obligations to which they give rise — measures representing procedural decisions, as distinct from judgments, which impose obligations of diligence on the parties to whom they are addressed, obligations whose content and relative strictness will depend, in each case, on the particular circumstances.

Let us note two aspects of the argument put forward by the United States on Tuesday: first, a strategic withdrawal, and secondly, a contradiction.

The withdrawal relates to the fact that, according to the United States, it would be futile, for the purposes of the case, for the Court to rule on the legal status of provisional measures, since in this instance those indicated on 3 March 1999 were manifestly optional.

The United States then again deploys what is undoubtedly its favourite weapon, namely what might be called the linguistic "should/ought" argument.

So then, Members of the Court, let us remain in doubt about what you do when you order provisional measures. Do it in mezzotint or chiaroscuro, and you will at least satisfy the United States.

3. However, and this is what bothers the Americans, your desire to dispel the uncertainties regarding the decisional nature of your orders and, hence, of their legal effects, has already been very clearly manifested on a number of occasions, of which I have, moreover, reminded you. The

most recent instance was in your Order of 1 July 2000 in the *Congo v. Uganda* case, where this was done in the crystal-clear terms which I myself spelled out last Monday. Hence the contradiction that I spoke of in the United States position.

Indeed, how is it possible, at one and the same time, on the one hand to assert, as the United States did the day before yesterday, that "indications of provisional measures by the Court do not give rise to binding legal obligations"<sup>38</sup> and on the other hand to acknowledge that, when the Court uses different language, "language of understood mandatory character"<sup>39</sup>, as it did recently in the above-mentioned case, it is because it intends to issue an order with binding force?

Come on, gentlemen! Make up your minds! Can the Court order provisional measures with binding effect, or can it not? It is either one or the other.

Well, we are told by the other side, it is all a question of language! Depending on the case concerned, the United States tells us, depending on whether the Court confines itself to "should" and "ought", or whether it decides to use the language of authority, that is to say . . . French, the parties will know what it meant!

But in the final analysis, the United States concludes, suddenly aware that "concession" in this context rhymes with "contradiction", provisional measures "stand as a clear statement of the Court's expectations and desires". Expectations and desires! That sounds like the title of a very bad novel!

4. As far as we are concerned, Mr. President, Germany wishes to inform you, through myself, that in its view "your wish is our command"! And that there are not 101 ways of interpreting the meaning, logic and relevance of the provisional measures which you indicate. And that a court cannot go so far as to meet, deliberate and issue an order — even if it is said that the intention is to "indicate" — without expecting, in law, that the parties will comply with its order. And that there can be no half-measures or hesitation. And that one need only look at the judicial logic inherent in the process of international court proceedings — as was pointed out by Sir Gerald Fitzmaurice on the basis of your own jurisprudence — to conclude that such orders are always, and not just on one, two or a few occasions, genuine decisions.

---

<sup>38</sup>Statement by Mr. Matheson, CR 2000/29, para. 7.1, p. 44.

<sup>39</sup>*Ibid.*, para. 7.6, p. 3.

They are procedural decisions and they are always binding, although provisional and ancillary to the judgment; but the strictness of the obligations which they engender will depend, *inter alia*, on the degree of urgency and the balance of interests at stake. In this instance, it was literally a question of life and death, and there was no possible solution other than to comply, that is to say, quite simply, to stay the execution.

## II

5. It is here, precisely — and this is my second point — that we come to the facts. The facts, says the United States, did not allow us to do anything but what we did: we woke up the Legal Adviser of the Department of State (no small matter apparently) and transmitted the Order to the appropriate authorities, even though, in the case of the Supreme Court, the Solicitor-General pointed out that this Order had no effect. And if, says the US, it happened this way, it was because Germany and also the Court, having made a ruling without even hearing us, had placed us in this situation.

So, since the United States invites us to get down to the facts, we shall now examine them. And we will do so in order to answer two sets of specific questions. The first is as follows: could the United States, yes or no, have done anything but what it did after receiving your Order — and at any of three separate levels: the State of Arizona; the federal judicial authority, that is, the Supreme Court; and the Federal Executive?

In all three cases, the answer is yes: at state level, in other words in Arizona, as Ms Napolitano has moreover acknowledged, the Governor cannot at this stage order a stay of execution unless requested to do so by the Clemency Board. Yet in this case precisely, the Respondent has, if I may say so, hastened to fail to remind you that this was the situation. The Governor had indeed been so requested by the Clemency Board!

At federal level, the Supreme Court could quite easily still have acted, under its emergency procedures, to order a stay of execution. And it has itself demonstrated that it did in fact have time to do this. For it did indeed render a judgment within the period preceding the execution of Walter LaGrand. It is just that its judgment was the reverse, namely, authorizing that Walter LaGrand be placed in the gas chamber.

As regards the Federal Executive, it might, in view in particular of the outcry raised by the *Breard* case in numerous quarters, including some of the best-informed, have asked the Supreme Court to order a stay, or itself taken steps at local level; but it merely restated, word for word, through the medium of the Solicitor-General, its view that your Order had no binding effect.

A second series of practical questions: the United States claims it could have acted otherwise given more time. But it forgets one small detail, which is that a year before, placed in the same situation as in the *LaGrand* case, but then with much more time, it nonetheless acted in exactly the same way with respect to Angel Francisco Breard as it would later do with respect to Walter LaGrand.

So, clearly, the French *chanson* which tells us "time changes nothing" is right. Especially as, in this case, the defendant's argument is once again circular, since what the Court asked it to do was, precisely, to grant it time. And legally and in practice, the United States could have done this.

6. However, Mr. President, Members of the Court, you do not have to believe me. As a mere humble "academician" — a calling which, as Ms Catherine Brown has so amply demonstrated to you, deserves such scant respect — I am not as such going to call a witness, but simply to ask you, Mr. President, to give the floor again to another of Germany's counsel regarding the two sets of questions I have just referred to, for he is most decidedly a practitioner, and what is more an American practitioner. I refer to Mr. Donovan.

After which, if you will allow me, I shall briefly take the floor again to conclude this oral presentation on the effect of the provisional measures and their violation by the Respondent. I would therefore ask you, Mr. President, to give the floor to Mr. Donovan for a brief statement.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Dupuy. Je donne maintenant la parole à M. Donovan.

M. DONOVAN :

### III

7. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, ainsi que le professeur Dupuy l'a indiqué, je vais répondre aux Etats-Unis qui prétendent que, même si

l'Arizona a choisi de procéder à l'exécution de Walter LaGrand au mépris de l'ordonnance de la Cour, ils se sont néanmoins conformés à l'ordonnance puisqu'ils ont pris toutes les mesures «dont ils dispos[ai]ent» pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté. Je renvoie respectueusement la Cour aux citations figurant dans la version écrite de mes interventions, mais j'estime que les Etats-Unis ont tort tant sur le plan du droit international, qui est en cause ici, qu'au regard de leur droit interne, qui ne l'est pas.

8. D'abord, et de façon fort claire, l'*Attorney General* nous a expliqué mardi que la législation de l'Arizona permet au gouverneur d'accorder la grâce, une commutation de peine ou un sursis à l'exécution d'une peine capitale si la Commission des grâces le recommande<sup>40</sup>. Ainsi que l'*Attorney General* l'a également expliqué ici, en raison justement de l'intervention de l'Allemagne auprès de la Cour, la Commission des grâces a recommandé un sursis.

9. Les Etats-Unis ont assuré la Cour qu'ils ont suivi sa directive précise de notifier au gouverneur cette ordonnance en indication de mesures conservatoires, et rien ne donne à penser que les fonctionnaires de l'Arizona n'ont pas pris connaissance de ladite ordonnance une fois qu'elle est parvenue à destination. Ainsi que l'*Attorney General* l'a indiqué, à l'époque, le gouverneur était pleinement habilité, même en vertu de la législation de l'Arizona, à accorder la grâce, mais elle a choisi de ne pas le faire. D'ailleurs, comme l'*Attorney General* l'a déjà dit, avant même que la Cour se fût prononcée, le gouverneur avait pris sa décision négative. Elle a annoncé la veille qu'elle n'accorderait ni commutation de peine, ni sursis, n'accorderait pas davantage la grâce, et elle s'est ainsi exprimée, toujours suivant les explications données à la Cour par l'*Attorney General*, pour partie en se fondant sur la position des Etats-Unis, selon laquelle aucune ordonnance que la Cour pourrait rendre ne serait obligatoire.

10. Comme les Etats-Unis le reconnaissent aux paragraphes 3 et 6 de leur contre-mémoire, ils sont internationalement responsables «des actes de l'Etat d'Arizona». Ainsi le refus du gouverneur de surseoir à l'exécution fait foire à lui seul de l'argument des Etats-Unis suivant lequel ils ont pris toutes les mesures dont ils disposent. Le gouverneur aurait pu arrêter l'exécution, elle a choisi de ne pas le faire.

---

<sup>40</sup> Const. Ariz., art. 5, sect. 5; lois rev. Ariz., art. 31-402.

11. En tout état de cause, les autorités fédérales des Etats-Unis disposaient d'abondants moyens supplémentaires pour donner suite à l'ordonnance. L'autorité judiciaire fédérale, bien entendu, engage elle aussi sa responsabilité internationale. Le jour de la décision de la Cour, l'Allemagne et Walter LaGrand ont l'une et l'autre introduit une requête auprès de la Cour suprême des Etats-Unis demandant respectivement une injonction contre l'exécution et un sursis à celle-ci. Le pourvoi de Walter soulevait le moyen tiré de la convention de Vienne, l'action de l'Allemagne se fondait directement sur l'ordonnance de la CIJ. Les deux requêtes ont été rejetées<sup>41</sup>. En rejetant celle de l'Allemagne, la Cour suprême a exprimé certains doutes sur sa compétence concernant l'action. Comme l'a indiqué l'*Attorney General*, ladite action était engagée en vertu d'une disposition très rarement utilisée de la constitution américaine autorisant à déposer directement une requête introductive d'instance auprès de la Cour suprême. Mais même si des questions pouvaient se poser à propos de la compétence de la Cour suprême pour connaître de la requête de l'Allemagne, il ne pouvait pas s'en poser quant à sa compétence pour faire droit à celle de Walter, saisie comme elle l'était d'une demande en *habeas corpus* en instance<sup>42</sup>. Bien que la décision de la Cour suprême sur la requête de l'Allemagne allègue le caractère tardif de celle-ci comme l'un des fondements de son refus d'y faire droit, il est hors de doute d'après cette décision que la Cour suprême avait effectivement le temps de statuer; et c'est aussi ce qui ressort clairement de l'opinion dissidente qui figure dans l'ordonnance parallèle refusant de faire droit à la requête de Walter LaGrand. Ainsi, la Cour suprême, qui est également l'autorité judiciaire fédérale, a eu le temps de décider si elle allait se conformer ou non à l'ordonnance rendue par la Cour internationale de Justice.

12. La Cour suprême fut d'ailleurs encore saisie d'une autre instance concernant Walter LaGrand sur laquelle elle a dû statuer le jour fixé pour l'exécution. La cour d'appel du neuvième circuit, c'est-à-dire la cour d'appel fédérale de niveau intermédiaire ayant compétence

---

<sup>41</sup> Annexe 30 (*Federal Republic of Germany v. United States*, 526 US, p. 111 (1999)), annexe 32 (*LaGrand v. Arizona*, 526 US, p. 1001 (1999)).

<sup>42</sup> Art. 2254 du titre 28 du Code des Etats-Unis (autorisant un tribunal fédéral à connaître des recours en *habeas corpus* émanant de personnes en détention en application d'un jugement d'un Etat «au motif que cette détention viole la constitution, ou une loi, ou des traités des Etats-Unis»); voir aussi *Missouri v. Jenkins*, 495 US 33, p. 57 (1990) (un tribunal fédéral peut imposer à une municipalité de lever des taxes pour se conformer à un ordre de déségrégation, même dans les cas où ces taxes contreviendraient à la législation de l'Etat); *Asakura v. Seattle*, 265 US 332 (1924) (ordonnant l'application d'un arrêté municipal en violation d'un traité); *French v. Hay*, 89 US (22 Wall.) 250 (1874) (un tribunal fédéral peut ordonner l'exécution d'un jugement d'un Etat rendu en violation de la législation fédérale).

pour l'Arizona, avait prononcé ce jour-là une injonction interdisant de procéder à l'exécution au motif que l'exécution par gaz mortel était un châtement cruel et inhabituel, partant, contraire à la Constitution. L'Etat d'Arizona a immédiatement saisi la Cour suprême des Etats-Unis d'une requête tendant à ce que soit rendue une ordonnance de *certiorari*, dans laquelle il demandait l'annulation de l'injonction. Le jour fixé pour l'exécution, la Cour suprême a fait droit à la demande d'ordonnance de *certiorari*, a infirmé purement et simplement la décision de la cour d'appel du neuvième circuit et annulé l'injonction. Cette troisième ordonnance rendue le 3 mars 1999 par la Cour suprême des Etats-Unis dans les instances mettant en cause Walter LaGrand a permis de procéder à son exécution<sup>43</sup>.

13. Le même scénario s'est répété le jour fixé pour l'exécution de Karl LaGrand. Ce jour-là, la cour d'appel du neuvième circuit a prononcé une injonction interdisant de procéder à l'exécution au motif que l'exécution par gaz mortel était contraire à la Constitution. L'Arizona a déposé le jour même une requête en mainlevée de l'injonction, que la Cour suprême a accordée. Les avocats de Karl LaGrand ont ensuite déposé une requête tendant à obtenir des éclaircissements sur l'ordonnance, requête que la Cour suprême a rejetée. C'est à ce moment-là, à ce moment-là seulement, que les fonctionnaires de l'Arizona ont mis en place le dispositif de l'exécution<sup>44</sup>.

14. Ce genre de requêtes préalables à une exécution est classique dans le contentieux de la peine de mort aux Etats-Unis et les juridictions fédérales des Etats-Unis y sont tout à fait habituées. Que l'on accepte ou non par principe les décisions rendues par ces juridictions à la suite de condamnations à mort prononcées aux Etats-Unis, il ne fait aucun doute que la Cour suprême prend très au sérieux l'obligation qui est la sienne de statuer dans ce domaine comme dans d'autres. Les juges sont toujours disponibles pour entendre une requête en référé. Dans le cas précis de recours concernant la peine de mort, lorsque la date d'une exécution est fixée, le greffier de la Cour suprême des Etats-Unis se tient en communication étroite tant avec le greffier de la juridiction inférieure dont la décision pourrait être portée en appel qu'avec les fonctionnaires de l'Etat chargés de faire procéder à l'exécution.. On ne sera pas surpris d'apprendre que les fonctionnaires de l'Etat

---

<sup>43</sup> Annexe 31 (*Steward v. LaGrand*, 526 US 115 (1999)).

<sup>44</sup> Annexe 31, p. 674 ; voir *LaGrand v. Steward*, 173 F.3d 1144 (24 février 1999), sursis à exécution annulé par l'arrêt *Steward v. LaGrand*, 525 US 1173 (24 février 1999).

attendent généralement que la Cour suprême se prononce avant de procéder à une exécution susceptible de faire l'objet d'une requête. Je dirai respectueusement à la Cour que ce serait un affront à la fois à la dignité de la Cour suprême des Etats-Unis et à la diligence que celle-ci exerce de laisser entendre qu'elle ne ferait pas, dans une affaire où une vie humaine est en jeu, tout ce qu'il faut pour statuer comme elle le doit sur l'affaire dont elle est saisie.

15. L'exécutif *dispos[ait]* lui aussi de moyens pour se conformer à l'ordonnance de la Cour. Investi de très larges pouvoirs l'habilitant à faciliter la résolution de différends internationaux<sup>45</sup>, le président aurait pu les exercer — selon ce que dit un spécialiste au moins — en prenant un décret<sup>46</sup>. Les Etats-Unis affirmeront certainement qu'un délai de quelques heures n'était pas suffisant pour que soit réellement pris un décret présidentiel, mais on est porté à croire que si l'exécutif fédéral avait fait nettement savoir aux fonctionnaires responsables de l'Etat d'Arizona qu'il avait l'intention de prendre un tel décret, lesdits fonctionnaires auraient peut-être sursis à l'exécution de manière à permettre à l'exécutif fédéral de prendre les mesures voulues.

16. Toujours est-il qu'il est clair également que l'exécutif fédéral peut intenter devant les tribunaux fédéraux une action en justice contre l'Etat ou ses fonctionnaires afin de faire respecter au pouvoir une obligation fédérale. Les Etats-Unis eux-mêmes l'ont d'ailleurs confirmé dans l'affaire *Breard* lorsqu'ils ont indiqué à la Cour suprême dans le mémoire qu'ils lui ont soumis qu'ils avaient le pouvoir «d'agir en justice pour faire respecter la convention de Vienne»<sup>47</sup>. En l'espèce, par exemple, le procureur fédéral (*Attorney* des Etats-Unis) dans le district de l'Arizona aurait pu saisir un juge fédéral de ce même district d'une requête en référé priant celui-ci de surseoir à l'exécution afin de respecter l'ordonnance de la Cour internationale de Justice. Les juridictions fédérales s'en remettent généralement à l'interprétation que l'exécutif donne de ses obligations internationales et, compte tenu tout particulièrement de l'urgence de la situation à ce moment-là, il est vraisemblable qu'un tribunal fédéral aurait accédé à la demande des Etats-Unis.

---

<sup>45</sup> *Dames & Moore v. Regan*, 453 US 654 (1981).

<sup>46</sup> Voir Carlos Manuel Vásquez, "*Breard and the Federal Power to Require Compliance with ICJ Orders of Provisional Measures*", *American Journal of International Law*, vol. 92 (1998), p. 683.

<sup>47</sup> «Mémoire soumis par les Etats-Unis à titre d'*amicus curiae*», p. 15, note de bas de page 3, *Breard v. Greene*, 523 US 371 (1998).

17. Cela dit, il vaut peut-être la peine de marquer ici un temps d'arrêt pour rappeler que rien dans cet exposé n'a d'importance. Selon un principe fondamental de droit international, comme un ancien président de la Cour l'a dit, un Etat

«ne saurait se soustraire à sa responsabilité [internationale] en prétendant que les pouvoirs de contrôle que lui reconnaît la Constitution sur [ses subdivisions politiques] ne lui permettent pas d'obéir à ses obligations internationales»<sup>48</sup>. [Traduction du Greffe.]

Or, la Cour, lorsqu'elle a invité les Etats-Unis à prendre toutes les mesures dont ils disposaient pour que M. Walter LaGrand ne fût pas exécuté, n'entendait certainement pas intégrer à son ordonnance des restrictions particulières aux pouvoirs exercés par les autorités fédérales américaines au sein du régime constitutionnel des Etats-Unis. Ce genre d'interprétation non seulement bafouerait un des principes absolument fondamentaux du droit international mais obligerait également la Cour à trancher des questions complexes de droit constitutionnel américain simplement pour établir si son ordonnance a été respectée. Telle ne pouvait certainement pas être l'intention de la Cour.

18. Enfin, les Etats-Unis affirment que le moment auquel la Cour a rendu son ordonnance ne leur a pas laissé un temps de réflexion suffisant. Or, il est évident que l'ordonnance émanant d'un tribunal ne se conçoit généralement pas comme une invitation à la réflexion adressée à une partie; il est généralement admis que l'ordonnance elle-même constitue un jugement porté sur la nécessité d'une action donnée dans les circonstances du moment. Mais, quoi qu'il en soit, il n'y a pas de raison de croire que plus ample réflexion aurait abouti à un résultat différent. Les Etats-Unis ont eux-mêmes procédé à la comparaison avec l'affaire *Breard* dans laquelle le Paraguay avait, selon eux, agi avec une célérité suffisante pour permettre à tous les intervenants de prendre les décisions qui s'imposaient. Or nous savons ce qui est arrivé dans cette affaire : l'exécutif fédéral américain a fait savoir tant au gouverneur de Virginie qu'à la Cour suprême des Etats-Unis que l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour n'avait pas d'effet obligatoire. Dans cette affaire comme dans celle qui nous occupe, la Cour suprême des Etats-Unis et le gouverneur de l'Arizona ont souscrit à cette recommandation et ont refusé de donner suite à l'ordonnance de la Cour internationale de Justice.

---

<sup>48</sup> Jiménez de Aréchaga, "International Responsibility", dans *Manual of Public International Law* (Max Sørensen, dir. de publ. 1968), p. 531, 557.

19. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, les Etats-Unis sont un Etat de droit, profondément attaché à la primauté du droit. S'ils n'ont pas respecté l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour, ce n'est pas faute d'avoir eu le temps de lui obéir, mais parce qu'ils ne considéraient pas que l'indication disait le droit, ainsi qu'ils l'ont soutenu à la barre. La présente affaire donne à la Cour l'occasion d'établir que son ordonnance valait bien droit.

20. Je prie la Cour de donner à nouveau la parole à M. Dupuy.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup. I now give the floor to Professor Pierre-Marie Dupuy.

Mr. DUPUY: Thank you, Mr. President. I shall be very brief. I have just one final point still to deal with concerning the desire of the United States to eliminate any link between its failure to comply with the provisional measures and the substance of the case.

#### IV

21. On Tuesday counsel for the United States clearly stated to you that, in their view, "The Court can dispose of the merits of this case without any need to resolve this issue"<sup>49</sup>. "This issue" is the question of US responsibility for failure to apply the provisional measures.

The Court is being asked not to rule on Germany's third submission, on the grounds that, ultimately, it has nothing to do with the substantive issues involved. For the United States, the substantive issue is Germany's request for reparation by satisfaction. The question of the provisional measures is another matter, a point of procedure, a hiccough, a hitch, not to say a peccadillo, nothing more than that. I shall therefore be brief, particularly as it would be unseemly for me to repeat myself.

I would merely point out that the United States has failed to comply with a legal obligation, flowing from the legal act constituted by your Order. In the event, in light of the circumstances of the case, that is the extreme urgency, the vital issue at stake, and the balance of interests involved, the United States was bound to stay the execution. It did not do so. It incurred responsibility. And

---

<sup>49</sup>*Ibid.*, p. 52.

it incurred that responsibility on a new basis in relation to the main charge against it by Germany, which, as you know, concerns the violation of Article 36 of the Vienna Convention.

22. But this responsibility for violating the Order of 3 March 1999, new element though it is, and even if it can be examined as such, remains, in so far as the facts are concerned, bound up with the principal responsibility of the United States. And it also has legal consequences for the substantive issue. It remains bound up with that issue because it precluded the only adequate form of reparation, which was not satisfaction but could have been *restitutio in integrum* if Walter LaGrand had been permitted to live long enough for you to render your own judgment. That would not have reversed the United States internal court decisions; this is something that you cannot and must not do. But your judgment would have confirmed the existence, in the international legal order, of a body of obligations – with which the United States has in this instance failed to comply — which required it to "answer", under international law, for its internationally wrongful act, in other words to bear responsibility at international level. And it is perfectly normal that this responsibility under international law should then be reflected in consequences at domestic level; indeed situations such as this were to be found even before the advent of human rights — themselves by no means a recent phenomenon.

23. The United States is responsible *per se* because it did not comply with the provisional obligation you imposed upon it as a matter of urgency. But at the same time it is also ultimately responsible for aggravating the consequences of the injury it did to Germany by violating Article 36 of the 1963 Vienna Convention. Indeed, it would seem to be mere common sense to say that aggravated damage equally implies aggravated responsibility.

24. Germany, by way of reparation, is asking you for satisfaction. But it does so in the knowledge that there is nothing more unsatisfactory than satisfaction! At least, when this involves payment of a *pretium doloris*, which could here be translated as "blood money"!

This is why — also why — that simple satisfaction under, as it were, the ordinary law which consists of apologies is not sufficient, even if the apologies of the United States were to extend — which they indeed do not — to all the violations of Article 36.

The aggravation of the damage caused by the failure to comply with the Order, rendering the injury to Germany irreparable— that is to say, incapable of full reparation— presupposes enhanced satisfaction.

If I wished to be facetious, which is not the case, given the tragically repetitive nature of the conduct of the United States with regard to those sentenced to death without receiving consular assistance, I would say that enhanced satisfaction is what is forced upon children when you ask them not only to "own up to what they've done" but also to "promise not to do it again". I fear, however, Mr. President, Members of the Court, that without your decision and, this time, your Judgment, the United States will not spontaneously display the wisdom usually credited to children . . .

I have now finished, at least with the main points of the oral argument of the United States on provisional measures that I considered needed to be dealt with, and I ask you, Mr. President, to be so kind as to give the floor to Mr. Westdickenberg, Agent of the Federal Republic of Germany, so that he can conclude this second and final round of our oral presentation.

The PRESIDENT: Thank you, Professor. I now give the floor to Mr. Westdickenberg, Agent of the Federal Republic of Germany.

M. WESTDICKENBERG :

### VIII

Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, après l'exposé du professeur Dupuy, nous arrivons au terme des plaidoiries de l'Allemagne dans la présente instance.

Avant de donner lecture des conclusions de l'Allemagne, permettez-moi d'ajouter deux remarques :

— en premier lieu, mes collègues et moi-même, qui représentons ensemble la République fédérale d'Allemagne en cette affaire, n'oublions ni le fait qu'à l'origine de celle-ci il y avait deux hommes qui ont été exécutés pour des crimes qu'ils avaient commis, ni les souffrances des victimes et de leurs proches;

— en second lieu, le déroulement de la procédure orale devant cette Cour a confirmé jusqu'ici l'espoir que j'avais exprimé dans mon exposé liminaire : que l'Allemagne et les Etats-Unis d'Amérique puissent s'opposer dans ce litige d'une façon qui reflète les relations aussi bonnes qu'étroites qu'entretiennent nos deux pays, en tant qu'amis et que partenaires.

#### CONCLUSIONS DE L'ALLEMAGNE

La République fédérale d'Allemagne prie respectueusement la Cour de dire et juger que

- 1) en n'informant pas sans retard Karl et Walter LaGrand, après leur arrestation, des droits qui étaient les leurs en vertu du paragraphe 1 *b)* de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, et en privant l'Allemagne de la possibilité de fournir son assistance consulaire, ce qui a finalement conduit à l'exécution de Karl et Walter LaGrand, les Etats-Unis ont violé les obligations juridiques internationales découlant de l'article 5 et du paragraphe 1 de l'article 36 de ladite convention dont ils étaient tenus à l'égard de l'Allemagne, au titre de son droit propre et de son droit de protection diplomatique de ses ressortissants;
- 2) en appliquant des règles de leur droit interne, notamment la doctrine dite de la «carence procédurale», qui ont empêché Karl et Walter LaGrand de faire valoir leurs réclamations au titre de la convention de Vienne sur les relations consulaires, et en procédant finalement à leur exécution, les Etats-Unis ont violé l'obligation juridique internationale, dont ils étaient tenus à l'égard de l'Allemagne en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne, de permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles sont prévus les droits énoncés à l'article 36 de ladite convention;
- 3) en ne prenant pas toutes les mesures dont ils disposaient pour que Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la Cour internationale de Justice n'aurait pas rendu sa décision définitive en l'affaire, les Etats-Unis ont violé leur obligation juridique internationale de se conformer à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour le 3 mars 1999 et de s'abstenir de tout acte pouvant interférer avec l'objet d'un différend tant que l'instance est en cours;

et que, conformément aux obligations juridiques internationales susmentionnées,

- 4) les Etats-Unis devront donner à l'Allemagne l'assurance qu'ils ne répéteront pas de tels actes illicites et que, dans tous les cas futurs de détention de ressortissants allemands ou d'actions pénales à l'encontre de tels ressortissants, les Etats-Unis veilleront à assurer en droit et en pratique l'exercice effectif des droits visés à l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires. En particulier dans les affaires où l'accusé est passible de la peine de mort, cela entraîne pour les Etats-Unis l'obligation de prévoir le réexamen effectif des condamnations pénales entachées d'une violation des droits énoncés à l'article 36 de la convention, ainsi que des mesures de réparation.

Merci, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, ici prennent fin les plaidoiries de la Partie allemande.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Westdickenberg. The Court notes the final submissions you have made on behalf of the Federal Republic of Germany. This concludes our business today. The Court will meet again tomorrow at 2 p.m., to hear the second round of the oral argument of the United States of America. The Court is adjourned.

*The Court rose at 12.45 p.m.*

---