

CR 2000/31 (traduction)

CR 2000/31 (translation)

Vendredi 17 novembre 2000 à 14 heures

Friday 17 November 2000 at 2 p.m.

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is open. We meet today to hear the second round of oral arguments of the United States of America, and I shall immediately give the floor to Mr. Thessin, Agent of the Government of the United States of America.

M. THESSIN : Merci, Monsieur le président.

1.1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, éminents conseils, Mesdames, Messieurs :

1.2. Mon ami M. Westdickenberg nous a utilement rappelé que nous étions devant la Cour mondiale, une cour qui a pour fonction de résoudre les différends internationaux d'ordre juridique entre Etats. Pourtant, face aux efforts déployés à de multiples reprises par l'Allemagne pour argumenter sur les faits, et à ses fréquentes interventions sur des questions de politique publique, nous avons souvent eu l'impression de nous trouver devant la Cour suprême des Etats-Unis ou bien d'assister à des débats de l'assemblée législative de l'Arizona ou du Congrès des Etats-Unis.

1.3. Dans leurs précédentes plaidoiries, les Etats-Unis ont exposé en détail les faits essentiels et les principes juridiques en jeu dans la présente affaire. Les observations que nous présenterons aujourd'hui mettront à nouveau l'accent sur ces principes et viendront compléter ces plaidoiries, notre position restant inchangée.

1.4. Cette affaire devrait, et même doit, être tranchée conformément aux principes du droit international. C'est là la mission de la Cour, sa fonction légitime. Permettez-moi de résumer à nouveau les principes juridiques auxquels nous avons exprimé notre pleine adhésion dans nos exposés précédents.

1.5. La compétence de la Cour est fondée sur le protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends joint à la convention de Vienne sur les relations consulaires. Cette convention faisait obligation aux autorités compétentes d'informer sans retard Karl et Walter LaGrand du droit que chacun avait de leur demander d'avertir les fonctionnaires consulaires allemands de leur arrestation. Les autorités compétentes n'ont informé ni l'un ni l'autre des frères de ce droit.

1.6. La convention de Vienne établit des procédures visant à faciliter les relations consulaires entre Etats. A cet effet, elle accorde aux étrangers un droit de notification consulaire dans certaines

circonstances, mais elle n'oblige pas un Etat à offrir aux étrangers qu'il n'a pas informés de ce droit une voie de recours devant ses tribunaux internes.

1.7. Les Etats-Unis ont donc fourni une satisfaction appropriée en reconnaissant cette violation du paragraphe 1 *b*) de l'article 36 de la convention sur les relations consulaires, en exprimant leur profond regret et présentant leurs sincères excuses, en assurant à l'Allemagne que le respect de cette disposition devait être amélioré et en déployant des efforts considérables pour éviter que de telles violations se répètent à l'avenir.

1.8. Les faits essentiels ne sont pas contestés. Un jour de janvier 1982, Walter et Karl LaGrand ont tué un employé de banque âgé de soixante-trois ans et laissé pour morte une femme de vingt ans. En décembre 1984, à l'issue de l'audience sur le prononcé de la peine, une juridiction de première instance de l'Arizona a condamné à mort les LaGrand, après avoir pesé les circonstances aggravantes du crime en regard des circonstances atténuantes, au rang desquelles figurait une enfance difficile en Allemagne. Un long processus s'est alors mis en mouvement, faisant intervenir deux systèmes juridictionnels, le système de l'Etat et le système fédéral, et trois voies de droit différentes, l'appel du jugement initial et deux recours indirects différents en *habeas corpus*. Ces longues procédures ont duré quinze ans. Aucun principe de droit international n'exige un tel nombre et une telle variété de voies judiciaires, ni même d'ailleurs l'existence d'un système juridictionnel fédéral de réexamen des décisions rendues par les tribunaux des Etats.

1.9. L'Allemagne a eu connaissance de la détention des frères LaGrand en 1992. Elle est intervenue en faveur d'une mesure de clémence en février 1999, mais n'a fait valoir la possibilité d'un manquement aux dispositions consulaires que deux jours avant l'exécution de Karl LaGrand.

1.10. La position de l'Allemagne est difficile à résumer, ne serait-ce que parce qu'elle est contradictoire sur plusieurs points essentiels. En fait, il existe un décalage sensible entre les affirmations générales qu'elle énonce et les demandes spécifiques qu'elle adresse à la Cour. L'Allemagne ne peut pas jouer sur les deux tableaux.

1.11. Premièrement, l'Allemagne affirme qu'elle ne demande pas à cette Cour de faire fonction de cour d'appel pénale. Et pourtant, nous l'avons entendue à maintes reprises demander à la Cour d'examiner de près — et de déclarer illicites — divers aspects de la loi et de la procédure pénales tant des Etats-Unis que de l'Etat d'Arizona, ainsi que de porter une appréciation sur un

certain nombre d'actes accomplis par les tribunaux, les procureurs et les avocats de la défense. Au cours de la semaine écoulée, la Cour a été priée à nouveau de se pencher sur la valeur des dépositions faites par les experts au cours du procès, sur la compétence des avocats des LaGrand, et sur l'adéquation des procédures prévues au niveau des Etats comme au niveau fédéral pour le réexamen des verdicts de culpabilité et des peines prononcées.

1.12. Deuxièmement, l'Allemagne affirme qu'elle ne demande pas à la Cour de dire aux Etats-Unis comment ils doivent procéder pour se conformer à la convention de Vienne. Pourtant, elle la prie de déclarer contraires à la convention certains aspects du système pénal américain, tels que les règles de carence procédurale existant au niveau fédéral et au niveau des Etats qui concernent le moment où les moyens de défense doivent être soulevés et la manière dont ils doivent l'être, et d'exiger que de nouvelles règles de procédure leur soient substituées. Comme nous l'avons clairement indiqué, la convention sur les relations consulaires ne prévoit pas de voies de recours devant les tribunaux internes en cas de défaut de notification consulaire, ni ne demande aux Etats d'en prévoir. Même si elle imposait l'existence de voies de recours internes, il n'en resterait pas moins qu'une règle exigeant qu'un moyen ait été présenté au moment voulu, telle la règle de la carence procédurale, est courante dans les systèmes judiciaires. La règle américaine n'empêche pas non plus que justice soit rendue. Les moyens invoqués avec retard restent recevables si l'intéressé peut démontrer qu'une atteinte a été portée à sa cause et qu'une raison valable explique qu'il n'ait pu le présenter à temps, par exemple l'insuffisance de son avocat. Si la manière dont les Etats-Unis entendent se conformer à la convention doit rester à leur discrétion, — comme l'Allemagne prétend le souhaiter — alors la Cour ne devrait pas accéder à sa demande tendant à ce qu'elle déclare certains éléments du système américain illicites.

1.13. Troisièmement, l'Allemagne dit que cette affaire ne porte pas sur la peine de mort. Pourtant, elle tire manifestement et largement argument de l'exécution des LaGrand pour soutenir que les Etats-Unis ont violé leurs obligations dans cette affaire. Des passages entiers de l'argumentation allemande sont des condamnations de la peine de mort et de la façon dont elle est mise en œuvre. Si, comme l'Allemagne l'affirme, cette affaire ne porte pas sur la peine de mort, la Cour ne devrait pas alors accorder de mesures de réparation ni inclure dans sa décision des conclusions se rapportant spécifiquement à cette peine.

1.14. Les procédures dont disposent les Etats-Unis pour assurer, dans les affaires pénales, un procès équitable et le respect des droits de la défense sont parmi les plus développées et multiformes qui soient au monde. Leur système de double juridiction offre plusieurs niveaux de garanties procédurales. Monsieur le président, dans ce système de freins et de contrepoids, dans ce système de protection en profondeur contre l'inéquité, le défaut de notification consulaire ne saurait être assimilé à une atteinte fondamentale aux droits de la défense. Personne ne peut honnêtement dire qu'il ait, dans le cas des frères LaGrand, constitué une telle atteinte.

1.15. Ainsi, la Cour peut statuer sereinement sur cette affaire en appliquant comme il convient le droit international, sans céder aux objurgations de l'Allemagne qui veut la convaincre d'élargir de façon illégitime le champ de la compétence de la Cour en cette affaire et de dénaturer ainsi le sens de conventions internationales. Une juste décision sur la base du droit international satisfera pleinement, en effet, aux normes d'équité les plus hautes applicables aux procédures pénales. N'oublions pas que ce prétoire est celui de la Cour mondiale.

1.16. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous remercie d'avoir accepté d'avancer le début de cette audience à 14 heures ainsi que nous le demandions. En retour, nous avons l'intention d'être brefs et prévoyons d'en avoir terminé à l'heure du thé. Nous nous sentons assurés dans notre position et jugeons inutile de la répéter indéfiniment.

1.17. Je propose de procéder comme suit. Avec votre permission, les conseils parleront dans le même ordre que mardi. Je vous prie donc, Monsieur le président, de bien vouloir appeler à la barre l'*Attorney General*, Mme Napolitano. Merci.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, Monsieur Thessin. Je donne maintenant la parole à Mme Napolitano.

Mme NAPOLITANO :

1. Introduction

Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour,

2.1. Veuillez me permettre de réfuter brièvement en ma qualité d'*Attorney General* de l'Arizona les remarques d'hier, qui ont présenté une vision dénaturée — je ne peux la qualifier

autrement — du système de justice pénale américain, et plus particulièrement de son fonctionnement dans les affaires LaGrand. Pour dire les choses simplement, l'Etat d'Arizona a fait en 1983 une erreur, une erreur pour laquelle il a présenté ses excuses et à la suite de laquelle un nombre considérable de mesures correctives ont été prises. La tentative que fait l'Allemagne de faire de cette erreur la cause déterminante des verdicts de culpabilité et des peines qui ont été prononcés contre les LaGrand ne trouve d'appui nulle part dans le dossier de l'affaire. Il s'agit d'un révisionnisme historique sans rapport avec les faits ni avec les quinze années de procédure — suivant trois voies judiciaires distinctes — qui, je le soutiens, ont assuré aux LaGrand toutes les protections garanties aux accusés encourant la peine de mort, qu'ils soient ou non étrangers. L'Allemagne est mécontente du résultat parce qu'elle veut que la peine de mort soit abolie. Si les LaGrand avaient été condamnés à la réclusion à perpétuité, je doute que nous serions là aujourd'hui. Je suis convaincue que cette Cour appliquera le droit international comme il se doit, sans faire intervenir la peine de mort, en dépit des raisonnements déloyaux développés par l'Allemagne pour qu'il en soit autrement.

Je traiterai brièvement de quatre points.

2. Les preuves de circonstances atténuantes

2.2. Premièrement, les preuves de circonstances atténuantes. Hier, l'Allemagne a soutenu qu'elle avait établi que le défaut d'information des LaGrand sur leurs droits consulaires avait causé un préjudice effectif à leur défense. Ce raisonnement repose sur l'hypothèse que, si les LaGrand avaient été informés, ils auraient produit des preuves de circonstances atténuantes qui leur auraient évité la peine de mort. Cette hypothèse fait abstraction, une fois encore, de tous les éléments de preuve qui ont été présentés au nom des LaGrand. Contrairement à ce que prétend l'Allemagne, ce qu'elle demande à la Cour amènerait celle-ci, comme l'a dit l'Allemagne elle-même, à se plonger dans les réalités concrètes, le "*nitty gritty*"¹, d'une affaire pénale, fonction qui n'est pas celle de la Cour et qu'elle n'a pas les moyens d'assumer.

2.3 Un rapport pré-sentenciel a été déposé avant l'audience de détermination de la peine. Dans ce rapport, l'agent de mise à l'épreuve donnait un aperçu des antécédents sociaux des

¹ CR 2000/30, p. 40, par. 6.

LaGrand. Il décrivait l'héritage familial des LaGrand, les dysfonctionnements de la famille dont ils avaient souffert dès leur plus jeune âge, et leur placement répété dans divers centres d'accueil². Au cours de l'audience sur la détermination de la peine, les avocats des LaGrand ont appelé des experts psychiatriques à témoigner pour étayer les déclarations figurant dans le rapport pré-sentenciel. Le docteur Gurland a témoigné que Walter était issu d'un foyer désuni et qu'il avait été placé dans d'autres foyers d'accueil³. Le docteur a parlé des origines multiraciales de Walter LaGrand et a dit que Masie LaGrand, le père adoptif de Walter LaGrand, était la seule figure masculine stable dans sa vie⁴. Le docteur a rappelé à la Cour les perturbations qu'avaient entraîné pour Walter LaGrand ses placements successifs dans diverses institutions d'accueil⁵. Il a signalé les violences physiques dont il était l'objet, ses mauvais résultats scolaires et l'ostracisme qu'il subissait de la part de ses camarades⁶. L'avocat de Walter LaGrand a ensuite appelé à témoigner Patricia LaGrand, la sœur de Walter, qui est venue confirmer les déclarations du docteur⁷. L'avocat de Karl LaGrand a présenté une défense similaire. L'expert qu'il a cité, le docteur Meshorer, a témoigné que Karl avait les mêmes antécédents sociaux et avait eu la même enfance que Walter LaGrand⁸.

2.4. L'Etat d'Arizona a-t-il contesté la valeur des circonstances atténuantes invoquées ? Non. L'Arizona a admis qu'elles étaient véridiques. Au cours de l'audience sur la détermination de la peine, le procureur ne les a contestées en aucune façon⁹. L'Allemagne postule donc, ce qui est tout à fait inédit en droit américain, que le fait que les LaGrand n'ont pu apporter de preuves supplémentaires d'une circonstance atténuante que le procureur n'a même pas contestée leur a été de quelque façon préjudiciable.

2.5. L'argument de l'Allemagne selon lequel la Cour doit se pencher sur les éléments qui lui sont présentés, examiner de quelle manière ils ont été pris en considération et décider s'ils auraient

² Annexe 2 au mémoire de l'Allemagne, p. 283-285.

³ Annexe 5 au mémoire de l'Allemagne, p. 317.

⁴ Annexe 5 au mémoire de l'Allemagne, p. 318.

⁵ Annexe 5 au mémoire de l'Allemagne, p. 319.

⁶ Annexe 5 au mémoire de l'Allemagne, p. 321-323.

⁷ Annexe 5 au mémoire de l'Allemagne, p.334-350.

⁸ Annexe 5 au mémoire de l'Allemagne, p. 354.

⁹ Annexe 5 au mémoire de l'Allemagne, p. 417.

changé quelque chose à la condamnation est précisément le type d'argument qui est invoqué habituellement devant les cours d'appel pénales. Pour conclure qu'il y a eu atteinte à l'équité par insuffisance de preuves des circonstances atténuantes, la Cour devrait se montrer en désaccord avec la cour suprême de l'Arizona, le tribunal fédéral de première instance du district de l'Arizona et la cour d'appel fédérale du neuvième circuit¹⁰. Toutes ces juridictions ont examiné les éléments de preuve produits à l'appui de circonstances atténuantes lors de l'audience de fixation de la peine et ont conclu que le tribunal de première instance avait jugé à bon droit que ces éléments n'étaient pas suffisants pour prévaloir sur les horribles circonstances aggravantes des crimes commis par les LaGrand.

3. Accès à l'assistance d'un avocat

2.6. Deuxièmement, l'accès à l'assistance d'un avocat. La position de l'Allemagne fait également abstraction d'un principe essentiel du droit pénal américain. Tous les accusés ou prévenus ont accès pour leur défense à l'assistance d'un avocat, qui est présumé connaître la loi et qui décide des moyens de défense à invoquer. Rien n'empêchait les avocats des LaGrand de se renseigner sur la nationalité des LaGrand et de soulever la question de la notification consulaire. L'accès à l'assistance d'un avocat est une garantie fondamentale contre les abus des autorités publiques et fait partie intégrante de notre système de justice pénale.

2.7. Aussi est-il hypocrite d'affirmer comme le fait l'Allemagne que les LaGrand étaient dans l'impossibilité d'invoquer leurs droits parce qu'ils ne les connaissaient pas. Le droit des Etats-Unis part de l'hypothèse que les accusés ou prévenus ne connaissent pas leurs droits. C'est pour cette raison même — l'ignorance de leurs droits — que les accusés ou prévenus, aux Etats-Unis, bénéficient de l'assistance d'un avocat, et de la garantie de cette assistance sera effective.

2.8. De surcroît, il n'y a absolument rien d'abusif à ce qu'un système judiciaire exige de l'avocat de la défense qu'il invoque suffisamment tôt les moyens fondés sur un prétendu comportement fautif, qu'il s'agisse de violations du droit international ou du droit interne. Ce

¹⁰ Annexe 3 au mémoire de l'Allemagne, p. 300-301 (cour suprême de l'Arizona); annexe 9 au mémoire de l'Allemagne (tribunal fédéral de première instance), p. 474; annexe 10 au mémoire de l'Allemagne (cour d'appel fédérale), p. 484.

système permet d'examiner les faits et de les prendre dûment en considération. La position exprimée par l'Allemagne est de nature à dissuader les avocats de la défense de soulever les questions à un stade précoce de la procédure et à entraver la bonne administration de la justice. Elle tend à reconnaître aux ressortissants étrangers des droits supérieurs à ceux des citoyens américains accusés de crimes identiques. Rien dans la convention de Vienne ne va dans le sens d'un tel résultat ou n'est de nature à le justifier.

4. L'assistance hypothétique de l'Allemagne

2.9. Troisièmement, l'assistance hypothétique de l'Allemagne. L'Allemagne a également soutenu qu'elle aurait prodigué une aide considérable aux LaGrand. Tout ce que l'Allemagne a pu présenter comme argument à l'appui de cette affirmation, c'est qu'elle a dépensé à ce jour 100 000 marks pour l'affaire *Apelt*. Comme l'atteste le dossier soumis à la Cour, l'assistance de l'Allemagne en l'affaire *Apelt* a été extrêmement tardive. Lorsque l'avocat de Michael Apelt a contacté le consul allemand en 1989, l'Allemagne n'a proposé aucune aide, mais a simplement demandé à être tenu informée du déroulement de l'affaire. Je renvoie la Cour à la déclaration sous serment de M. Villareal qui décrit en détail la manière réelle, et non pas fictive, dont l'Allemagne a traité la demande d'assistance de Michael Apelt. Cette déclaration se trouve dans les documents supplémentaires déposés par les Etats-Unis, sous le numéro 6.

2.10. De même, pour ce qui est des LaGrand, l'Allemagne n'a pas évoqué le fait qu'en 1993, lorsqu'elle a été contactée par l'enquêteur de Karl LaGrand, elle n'a pas réagi en offrant son aide mais a demandé en quoi la nationalité était pertinente pour la défense de Karl. Je renvoie la Cour à l'onglet 5 des documents supplémentaires des Etats-Unis. Pour tenter d'expliquer l'ignorance dans laquelle était l'Allemagne de la portée juridique de la nationalité allemande des LaGrand, l'Allemagne fait valoir que la lettre du 17 mars 1993 était adressée à un enquêteur et non à l'avocat de Karl LaGrand. Un tel propos n'a aucun sens. L'enquêteur travaille pour l'avocat: il est mandaté par lui. Toute demande d'information provenant de l'enquêteur équivaut à une demande de l'avocat. En conséquence, l'hypothèse de l'Allemagne selon laquelle elle se serait précipitée pour défendre les LaGrand est contredite par leurs actes — ou leur inaction — dans l'affaire *Apelt* et par les faits de l'affaire *LaGrand*, que rien ne vient contredire.

5. Instructions à l'Attorney des Etats-Unis

2.11. Quatrièmement, les instructions à l'Attorney des Etats-Unis. Je dois, pour finir, réagir à la suggestion qu'a faite hier M. Donovan au cours du débat sur les mesures conservatoires, dont M. Matheson traitera de manière plus détaillée. M. Donovan prétend, entre autres affirmations, que le Gouvernement des Etats-Unis aurait dû donner pour instruction à l'Attorney des Etats-Unis, le principal représentant du ministère public fédéral, de saisir la juridiction fédérale en lui demandant de rendre en urgence à l'encontre de la gouverneur de l'Arizona une ordonnance empêchant l'exécution de Walter LaGrand. Cela intéressera peut-être la Cour de savoir que j'étais Attorney des Etats-Unis pour l'Arizona avant d'être élue *Attorney General* de cet Etat. A ma connaissance, il n'existe absolument aucun précédent à l'appui de la mesure suggérée par M. Donovan, et il n'y en a certainement jamais eu en Arizona. Cette procédure n'est tout simplement pas envisageable dans le contexte de la relation existant entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés. Ce n'était certainement pas une possibilité dans les circonstances exceptionnelles et urgentes caractérisant l'affaire LaGrand, urgence due au retard mis par l'Allemagne elle-même à soulever la question de la notification consulaire.

6. Conclusion

2.12. Monsieur le président, cela conclut mes remarques. Cela a été un grand honneur pour moi que de me présenter devant vous et de vous expliquer comment toute l'affaire LaGrand s'est véritablement déroulée. Puis-je vous demander, Monsieur le président, de bien vouloir appeler maintenant à la barre M. Meron.

Le PRESIDENT: Je vous remercie, Madame l'Attorney General. Je donne maintenant la parole à M. Meron.

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

3.1. Je vous remercie de me donner cette occasion de répondre aux arguments présentés hier par les éminents conseils de l'Allemagne.

3.2. Premièrement, Monsieur le président, la charge de la preuve. Nous apprécions à leur juste valeur le talent d'orateur de mon savant collègue M. Simma et celui de M. Donovan. Mais des procédés rhétoriques comme l'invocation répétée de «Catch 22», par exemple, ne sauraient

prévaloir, me semble-t-il, sur l'autorité de la jurisprudence de la Cour. Comme celle-ci l'a indiqué dans l'affaire du *Nicaragua* : «[La Cour] ne saurait ... présumer qu'un élément de preuve qui n'est pas disponible aurait, s'il avait été produit, plaidé en faveur de la cause de l'une des Parties.»

3.3. Deuxièmement, la protection diplomatique. L'érudit coagent de l'Allemagne a déclaré hier : «cette question n'entre en ligne de compte que par le truchement de la convention de Vienne...» Mais la convention de Vienne traite de l'assistance consulaire — j'appelle votre attention sur l'article 5 — et non de la protection diplomatique. Juridiquement, un monde sépare le droit du consul d'assister un ressortissant de son pays incarcéré et la question totalement différente de savoir si l'Etat peut endosser les réclamations de ses ressortissants au titre de la protection diplomatique. Le premier entre dans le champ de la compétence de la Cour, en vertu du protocole de signature facultative, non la seconde. Dans son premier exposé, mardi, M. Simma a bien précisé qu'il parlait de la protection diplomatique au sens classique. Il a fait mention, rappelez-vous, de l'affaire *Mavrommatis*.

3.4. Il est dit dans le mémoire, pour expliquer la pertinence de la protection diplomatique : «Selon les règles du droit international de la protection diplomatique, l'Allemagne est également habilitée à protéger ses ressortissants quant à leur droit à être informés...»¹¹ Ainsi, l'Allemagne fonde son droit de protection diplomatique sur le droit coutumier. Je tiens à rappeler que la Cour est saisie de la présente affaire au titre non pas du paragraphe 2, mais du paragraphe 1, de l'article 36 de son Statut. N'est-il pas évident, Monsieur le président, que quelques droits qu'ait l'Allemagne en vertu du droit coutumier, ils ne ressortissent pas à la compétence conférée à la Cour par le protocole de signature facultative ?

3.5. Permettez-moi d'appeler l'attention de la Cour sur le fait que l'éminent coagent de l'Allemagne n'a pas mentionné, moins encore contesté, la distinction faisant autorité qu'a établie la Cour dans l'affaire du *Nicaragua* entre la compétence en matière conventionnelle et la compétence en matière de droit coutumier. Je conclus : la protection diplomatique ne relève pas de la compétence de la Cour en l'espèce.

¹¹ Mémoire, par. 4.87.

3.6. Troisièmement, l'épuisement des recours internes. L'éminent coagent de l'Allemagne semble soutenir deux thèses. Suivant la première, aucune voie de recours ne serait disponible. Suivant la seconde, la violation de l'obligation d'informer dispenserait de l'obligation d'épuiser les recours internes.

3.7. En ce qui concerne la première thèse, je souscris, pour commencer, à la position exprimée par l'Allemagne dans son mémoire et dans ses plaidoiries devant la Cour cette semaine, selon laquelle la protection diplomatique et la possibilité de faire valoir tous droits individuels sont effectivement subordonnées à l'épuisement des recours internes.

3.8. L'Allemagne, toutefois, conteste que des recours aient été disponibles. Puis-je inviter la Cour à porter son attention sur le paragraphe 4.25 du mémoire. L'Allemagne y déclare que le droit américain «ne prévoit pas de recours effectif contre la violation de l'obligation de notification ... *après* la condamnation d'un accusé ou d'un prévenu au terme d'un procès avec jury» [les italiques sont de nous]. Il en découle deux propositions qui, selon moi, vont de soi. La première, c'est que l'Allemagne reconnaît qu'il existait des recours effectifs à l'échelon de l'Etat. En effet, au paragraphe 4.28 de son mémoire, l'Allemagne convient que la doctrine dite de la «carence procédurale» consiste à exiger «l'épuisement des voies de recours interne au niveau de l'Etat avant qu'une requête aux fins d'obtention d'une ordonnance d'*habeas corpus* ne puisse être déposée devant les juridictions fédérales». Pour ce qui est de la seconde proposition, l'Allemagne voudrait que les Etats-Unis d'Amérique offrent des voies de recours supplémentaires à l'échelon fédéral. Mais l'Allemagne n'est pas ici en terrain solide. Comme je l'ai exposé de façon assez détaillée dans ma plaidoirie de mardi, le droit international n'impose aucune voie de recours supplémentaire au niveau des tribunaux fédéraux. Si aucune voie de recours supplémentaire n'est prescrite par le droit international, en quoi donc le fait de prescrire des conditions non discriminatoires pour le réexamen des décisions serait-il inadmissible ? J'estime que l'Allemagne ne saurait réécrire le droit américain ni le droit international pour y inscrire l'obligation d'un réexamen supplémentaire à l'échelon fédéral.

3.9. En ce qui concerne la deuxième thèse, suivant laquelle la violation de l'obligation d'informer dispenserait de celle d'épuiser les recours, l'Allemagne semble vouloir, comme nous disons familièrement, Monsieur le président, «manger à deux râteliers». Elle invoque d'abord la

violation du devoir de notification comme le manquement essentiel, la raison d'être de la présente procédure. Et elle tire ensuite prétexte de cette même violation pour justifier le non-épuisement des recours internes. Cette tentative n'emporte assurément pas la conviction. Imaginez un instant que l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme, qui concerne le droit d'être informé, soit interprété par la Cour européenne des droits de l'homme comme impliquant un droit d'être informé relativement à une question particulière. Imaginez encore qu'un Etat ait violé ce droit dans un cas précis. L'Allemagne peut-elle sérieusement prétendre que les conditions d'épuisement prescrites par la convention européenne seraient suspendues dans ce cas, même si la «victime» avait un avocat ?

3.10. J'ai déjà expliqué assez longuement que les avocats de la défense avaient le devoir de soulever la question de la violation devant les tribunaux de l'Arizona. Puis-je demander à la Cour d'observer que l'Allemagne n'a pas répondu, ni objecté, à l'argumentation détaillée dans laquelle nous avons soutenu que l'obligation de soulever la question de la violation de la notification incombait aux avocats, qu'en droit international l'accusé et son avocat sont considérés comme une seule et même entité du point de vue de leur position juridique, et qu'il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — seule juridiction internationale à avoir examiné cette question — qu'un Etat n'est pas responsable des erreurs ni de la mauvaise stratégie des avocats. En résumé, les positions adoptées par les avocats — judicieusement ou non — ne peuvent pas excuser le non-épuisement des recours internes. Même si les accusés n'ont pas conscience de la violation de l'obligation d'informer, ils ont des avocats qui sont censés connaître le droit (voir par exemple l'affaire *Kamasinski c. Autriche*).

3.11. Quatrièmement, la pratique. Nous avons fait valoir que, dans sa pratique nationale, l'Allemagne ne revise pas ni n'annule les condamnations en cas de manquement à l'obligation de notification consulaire — je cite ici un point de mon argumentation — «au seul motif d'un tel manquement»¹². Hier les éminents conseils de l'Allemagne nous ont dit que la législation allemande offrait une possibilité de réexamen, mais seulement, je répète seulement, quand il se

¹² CR 2000/28, p. 48, par. 3.46.

pouvait qu'il eût été porté atteinte à des droits. Mais quand il a ainsi été porté atteinte à des droits, on peut également en droit américain faire intervenir la notion de *prejudice*.

3.12. Mais ce n'est pas là le principal. L'argument essentiel que nous avons avancé, et auquel l'Allemagne n'a pas répondu, c'est qu'il n'y a pas eu un seul cas, je souligne, pas un seul cas, dans la pratique nationale de ce pays où un verdict de culpabilité ou une peine prononcés en l'absence de notification consulaire aient été annulés ou cassés.

3.13. L'Allemagne, Monsieur le président, fait état de l'existence de lois de caractère général qui permettraient la revision de la peine en cas d'atteinte à des droits. Mais l'Allemagne n'a pas démontré qu'il ait été effectivement fait application de ses lois pour reviser ou annuler des verdicts de culpabilité ou des peines prononcés en violation de l'obligation de notification consulaire. La Cour se souviendra que nombre d'affaires de ce genre ont été jugées en Allemagne et que beaucoup concernaient des citoyens américains condamnés à des peines de prison en Allemagne alors qu'il y avait eu manquement à l'obligation de notification consulaire. L'Allemagne estime que la loi qu'elle a citée hier témoigne d'une pratique concordante. Mais l'invocation dans ce contexte de lois générales n'est pas plus satisfaisante que le serait l'invocation des dix commandements pour prouver que nous avons cessé de pécher. Et bien entendu, les efforts déployés hier par M. Kaul pour introduire dans la convention les notions de peine et de différence entre la peine capitale et d'autres sanctions n'ont aucun fondement dans la convention. Cela reviendrait à modifier la convention.

3.14. En posant des questions de caractère hypothétique sur la pratique d'autres Etats, M. Kaul a en fait admis le bien-fondé de notre analyse selon laquelle il n'est pas un seul Etat partie qui suive l'interprétation que l'Allemagne prétend donner de la convention consulaire. Je répète notre conclusion, à savoir que la pratique générale des Etats, notamment celle de l'Allemagne et des Etats-Unis, prouve qu'il y a de la part des Etats parties un rejet général de l'interprétation de la convention consulaire que l'Allemagne soutient contre les Etats-Unis. En la présente affaire, qui repose sur une certaine interprétation de la convention consulaire, l'Allemagne n'est pas parvenue à établir que son interprétation est devenue une règle de droit international s'imposant aux Etats-Unis.

3.15. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, cette affaire est la cent quatrième inscrite au rôle général de la Cour. Mais dans les annales de celle-ci, elle est tout à fait unique. La Cour est invitée à dire que les Etats-Unis ont enfreint une proposition procédant d'une interprétation donnée d'un traité qui n'a de fondement ni dans le texte du traité, ni dans la pratique établie, ni dans l'*opinio juris* des Etats parties. C'est là une situation tout à fait différente, me semble-t-il, de celle où un droit de l'homme, par exemple, est reconnu dans la conscience juridique des Etats, même si, hélas, il est souvent bafoué dans la pratique. Loin d'y adhérer fût-ce rhétoriquement, la pratique des Etats rejette l'interprétation donnée par l'Allemagne. Il n'y a donc ici en droit international — et j'en viens à ma conclusion — aucune norme, il n'y a aucune norme internationale que cette Cour, en sa qualité de cour de justice, puisse considérer comme obligatoire à l'égard d'un Etat partie quel qu'il soit; aucune qu'elle puisse opposer aux Etats-Unis d'Amérique.

Je vous remercie, Monsieur le président. Je vous serais reconnaissant de bien vouloir maintenant appeler à la barre Mme Catherine Brown.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Meron. Je donne à présent la parole à Mme Catherine Brown.

Mme BROWN : Merci, Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour.

4.1. Nous avons examiné de façon approfondie la convention de Vienne mardi, aussi n'y reviendrai-je que brièvement aujourd'hui. Rien de ce qui a été dit hier n'est venu réfuter notre proposition centrale qui est que l'article 36 n'exige pas que l'obligation de notification consulaire soit intégrée au processus de justice pénale des Etats parties à la convention ou que toute violation de l'article 36 donne ouverture à un recours dans le cadre de ce processus. Nous fondons cette proposition avant tout sur le texte de la convention, sur ce qu'il dit et ce qu'il ne dit pas. Notre argument, à savoir que les Etats parties ont expressément prévu l'incorporation au processus pénal et ouvert des recours lorsque telle était bien leur intention — par exemple, dans le pacte relatif aux droits civils et politiques — mais qu'ils ne l'ont pas fait dans la convention de Vienne, est resté hier sans réponse de la part de nos amis allemands.

4.2. Devant l'absence d'une obligation expresse d'incorporation, l'Allemagne se trouve face à une tâche particulièrement difficile : elle doit d'une manière ou d'une autre établir un lien intrinsèque entre une violation de la dernière phrase du paragraphe 1 *b*) de l'article 36 et les droits de l'accusé dans le processus pénal. Or, ce lien, elle n'est pas non plus parvenue à l'établir hier. Elle a plutôt reformulé *grosso modo* ses affirmations erronées : l'article 36 serait tributaire pour son application intégrale de l'obligation d'informer le ressortissant (CR 2000/30, p. 19) et l'issue d'une procédure pénale qui a duré dix-sept ans pourrait être imputée directement au fait que l'accusé n'a pas été informé de son droit. L'idée avancée hier par M. Westdickenberg que les Etats-Unis ont confondu des choses qui sont naturellement distinctes (CR 2000/30, p. 9) ne saurait mieux décrire ce que fait l'Allemagne elle-même : elle confond les domaines distincts de la notification consulaire et des poursuites pénales.

4.3. S'agissant de poursuites pénales, un procès équitable est évidemment essentiel quelle que soit la nationalité de l'accusé. Mais ce caractère équitable ne saurait dépendre de la notification consulaire ou de l'assistance consulaire. Il n'y a aucun droit à l'assistance consulaire ni aucune norme en ce domaine; un fonctionnaire consulaire n'est tenu d'aucune obligation de nature fiduciaire vis-à-vis du ressortissant de son Etat et il n'est pas tenu à son égard des obligations qui incombent à l'avocat.

4.4. L'article 36 joue en revanche un rôle important dans le domaine des relations consulaires qui lui est propre et de l'accomplissement des fonctions consulaires. Ce n'est pas dénigrer l'importance de la notification consulaire que de la situer dans la perspective qui est légitimement la sienne. Nous avons toujours reconnu l'importance de la notification consulaire et le rôle que peut parfois jouer dans une affaire pénale l'assistance consulaire lorsqu'elle est demandée et accordée. Mais cela ne signifie pas qu'il existe entre ces éléments et le système de justice pénale un lien à ce point intrinsèque que l'issue du procès pénal doit forcément être suspecte en cas d'inobservation de l'article 36. Nous ne disséquons pas l'article 36 pour le transformer en ce que M. Simma appelle : «un agglomérat de droits isolés sans relations entre eux et sans aucune pertinence aux fins des procédures pénales» (CR 2000/30, p. 18, par. 2) lorsque nous disons simplement que ce qui peut parfois être pertinent n'est pas essentiel et ne doit pas nécessairement revêtir un caractère intrinsèque. Nous ne dévalorisons certainement pas l'article 36 lorsque nous

rappelons que la règle dite de la «carence procédurale» qui s'applique dans le contexte des recours indirects exercés devant nos tribunaux fédéraux à l'égard d'instances introduites devant des tribunaux d'Etat ne saurait violer cet article; comment pourrait-il en être ainsi alors que ces recours indirects que les Etats-Unis ouvrent aux accusés sont très peu répandus dans la pratique internationale et que les normes internationales applicables n'exigent qu'une seule voie d'appel ?

4.5. Le simple fait que le paragraphe 1 *b*) de l'article 36 s'applique à toutes les mises en détention, y compris celles avant jugement (CR 2000/30, p. 18), n'établit pas, pour toutes les raisons que nous avons exposées mardi, ce lien essentiel — ce lien intrinsèque — que l'Allemagne cherche à établir avec le processus pénal. La détention préventive n'est pas automatique et l'étranger ne sera pas nécessairement placé en détention avant jugement. Le lien le plus plausible existant entre l'article 36 et l'instance en justice est la disposition du paragraphe 1 *c*) de l'article 36 qui autorise les fonctionnaires consulaires à pourvoir à la représentation en justice de leurs ressortissants. L'Allemagne a laissé entendre hier que la façon dont nous interprétons cette disposition permettrait à l'Etat de résidence d'éluder l'article 36 en désignant un avocat à l'accusé (CR 2000/30, p. 19); voilà qui revient à déformer grossièrement notre argumentation. Ce que nous voulons dire, c'est que ce membre de phrase est, à lui seul, un fil bien trop ténu pour établir entre le processus pénal et les communications consulaires un lien si étroit qu'il faille rouvrir une procédure pénale, à quelque stade qu'elle soit parvenue, simplement parce qu'un fonctionnaire consulaire n'a pas eu l'occasion de pourvoir à la représentation en justice de quelqu'un qui était en fait représenté par un avocat.

4.6. Enfin, nous avons été heureux d'apprendre hier que l'Allemagne n'éprouve aucun intérêt pour la mesure de réparation que serait la nullité automatique. Mais elle n'a offert aucune réponse à notre argument quand nous avons dit qu'exiger une réparation fondée sur le préjudice soulèverait de graves difficultés liées à l'inviolabilité des archives consulaires et aux privilèges et immunités des fonctionnaires consulaires, qui ont également leur place dans la convention de Vienne sur les relations consulaires.

4.7. La pratique des Etats : hier, nous avons finalement entendu pour la première fois l'Allemagne tenter de répondre aux observations que nous n'avons cessé de formuler à ce sujet. Nous lui savons tout particulièrement gré d'avoir confirmé avec franchise que la pratique est d'une

manière générale telle que nous l'avons décrite (CR 2000/30, p. 27). Quant aux autres arguments, je me permets de dire que, non seulement ils viennent trop tard, mais ils pêchent aussi par leur faiblesse. Nous considérons la pratique des Etats comme un outil d'interprétation. Nous avons déjà reconnu que quelques Etats ont incorporé l'article 36 à leur droit interne ou ont ouvert dans celui-ci des recours en cas de violation de cette disposition. Mais le fait important, que l'Allemagne n'a pas du tout réfuté, c'est que la grande majorité des Etats, indépendamment de leur pratique en ce qui concerne la peine de mort, n'ont pas incorporé cette disposition à leur droit interne et n'ont pas ouvert de recours au pénal en cas de violation de cette disposition. Cet état de choses s'inscrit dans la logique du texte de la convention qui n'institue aucune obligation d'incorporation en droit interne. En bref, la pratique des Etats confirme notre interprétation de la convention.

4.8. Enfin, sur la question de la pratique des Etats, il vaut tout particulièrement la peine, compte tenu de l'importance que l'Allemagne a accordée hier à l'avis consultatif (OC-16) de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de signaler que l'Allemagne est demeurée muette sur la pratique des Etats d'Amérique latine. Notre étude sur la pratique des Etats n'a relevé dans cette partie du monde l'existence d'aucun recours particulier en cas de défaut de notification. De plus, rien n'indique que des Etats appartenant au système interaméricain aient modifié leur pratique du fait de cet avis consultatif. La pratique qui présente le plus de pertinence dans cette région selon nous consiste en ce que le Mexique et les Etats-Unis ont conclu un traité de transfèrement de prisonniers tout en sachant parfaitement que les Américains qui seraient transférés aux Etats-Unis n'ont pas bénéficié dans bien des cas d'une assistance consulaire en temps utile, mais continueraient cependant à purger les peines auxquelles ils ont été condamnés au Mexique. C'est là d'ailleurs la manière selon laquelle les traités de transfèrement de prisonniers sont toujours appliqués¹³.

4.9. Si nous passons en dernier lieu aux travaux préparatoires de la convention, je ne crois pas qu'il ait été dit grand-chose d'intéressant hier, si ce n'est que l'Allemagne a reconnu qu'elle prônait une «interprétation moderne» de l'article 36 fondée en partie sur le fait que les travaux

¹³ Voir contre-mémoire des Etats-Unis, pièce n° 8, p. 12-13.

préparatoires témoigne de l'intention de créer des droits individuels (CR 2000/30, p. 21). La Cour se rappellera que j'ai expressément signalé mardi que nous acceptons l'évidence — à savoir que l'article 36 parle bien de droits de l'individu —, mais il va sans dire que ce n'est pas là la question pertinente. La Cour se rappelle aussi que j'avais écourté mon analyse des travaux préparatoires afin de terminer avant le déjeuner. Si je m'étais abstenu d'abréger mon exposé, j'aurais noté qu'il a été en fait question à plusieurs reprises des droits de l'homme dans les débats qui ont abouti à la version définitive de l'article 36. Mais ce qu'a dit des droits de l'homme le représentant de la Grèce, à quoi l'Allemagne a fait allusion hier (CR 30, p. 22), ne saurait faire de la notification consulaire un droit de l'homme ou un élément du processus de justice pénale¹⁴. Les observations du représentant de la Grèce ne portaient de toute façon pas sur l'obligation d'informer la personne mise en détention, obligation qui n'a jamais été considérée comme un droit de l'homme. Elles ont été formulées dans un contexte différent avant qu'on examine la dernière phrase du paragraphe 1 *b*) de l'article 36¹⁵.

4.10. En toute justice, si nous examinons les travaux préparatoires dans leur ensemble, tout le monde ou à peu près y trouve chaussure à son pied. Mais nous ne trouvons rien qui aille à l'Allemagne. Les travaux préparatoires ne permettent pas à l'Allemagne d'établir entre la notification consulaire et l'instance pénale le lien dont elle a besoin pour étayer sa position. Ils ne témoignent pas non plus d'un consensus sur le fait que l'article 36 visait des droits intangibles de l'individu par opposition à des droits individuels dérivés des droits des Etats. Incontestablement, si les délégations ont choisi de laisser à l'individu le soin de décider s'il y a lieu d'avertir de sa mise en détention les fonctionnaires consulaires de son Etat, ce n'était pas parce qu'elles voyaient là des droits appartenant au premier chef à l'individu, comme M. Simma l'a laissé entendre hier (CR 2000/30, p. 21). Si tel était le cas, comment pourrait-on expliquer que l'Allemagne et d'autres Etats ont estimé, après la conférence de Vienne, avoir toute liberté pour négocier des conventions consulaires prévoyant que le consulat serait avisé indépendamment de la volonté exprimée par l'intéressé ? On en a un exemple tout particulièrement intéressant avec la convention européenne

¹⁴ Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, documents officiels, vol. I, p. 41, par. 33 (17 avril 1963) (onzième séance plénière); p. 366, par. 13 (15 mars 1963) (Deuxième Commission).

¹⁵ *Ibid.*, p. 86-93 (22 avril 1963).

sur les fonctions consulaires de 1967 qui, bien que n'étant pas en vigueur, traite en son article 6 des mêmes questions que soulève l'article 36 de la convention sans jamais mentionner le droit de l'individu¹⁶.

4.11. L'Allemagne a aussi tenté jusqu'à un certain point de traiter la question de la renonciation (CR 2000/30, p. 19), mais l'effort n'a pas été très productif. Nous faisons valoir que, s'il avait été question, pendant les travaux préparatoires, de donner à l'individu la possibilité de renoncer à ce droit, c'était bien, comme nous le soutenons, parce que les droits que l'article 36 reconnaît à l'individu, quelle que soit leur nature, appartiennent encore en dernière analyse aux Etats parties à la convention. Dans ces conditions, la convention n'empêcherait pas un Etat incapable d'aider ses ressortissants de demander à l'Etat de résidence de ne plus mettre en œuvre la dernière phrase du paragraphe 1 *b*) de l'article 36. Les observations de l'Allemagne rappelant que sa réglementation conférait à ses ressortissants un droit à l'assistance consulaire ne réfute pas la position que nous défendons sur la convention de Vienne. Elles ne concernent pas non plus les droits que posséderaient les ressortissants allemands dans le cadre des systèmes de justice pénale des Etats de résidence. Il est clair qu'un juge présidant un procès au pénal dans l'Etat de résidence ne pourrait ordonner à un fonctionnaire consulaire allemand de se présenter devant le tribunal et de fournir une assistance à un ressortissant allemand à la demande de celui-ci. Mais aux Etats-Unis, le juge pourrait au moins obliger un avocat à assurer la défense de ce ressortissant. Il s'agit là d'une différence importante qui influe sur le lien entre la notification consulaire et le processus pénal.

*

4.12. Monsieur le président, j'ai dit mardi que les quelque cent soixante-cinq Etats parties à la convention de Vienne sur les relations consulaires sont constamment en train de dialoguer au sujet de l'obligation de notification consulaire et du droit de communication entre les consulats et leurs ressortissants et j'ai instamment prié la Cour de respecter ce dialogue et de rejeter par conséquent l'invitation que lui adressait l'Allemagne de modifier la situation. Si je puis revenir sur

¹⁶ Voir convention européenne sur les fonctions consulaires, art. 6, STE n° 61 (signée le 11 décembre 1967; non en vigueur).

ce thème, je voudrais demander à la Cour d'imaginer ce qu'il adviendrait de ce dialogue si elle donnait suite à l'invitation de l'Allemagne. Permettez-moi de citer rapidement quelques pays qui viennent d'adhérer tout récemment à la convention : l'Arménie en 1993, l'Azerbaïdjan en 1992, Bahreïn en 1992, la Barbade en 1992, l'Erythrée en 1997, la Libye en 1998, la Mauritanie qui vient de le faire cette année, Qatar en 1998 et la Thaïlande en 1999. Il est incontestable que quelques-uns au moins de ces pays ont adhéré à la convention parce qu'ils y ont été encouragés par d'autres Etats. Les Etats-Unis ont certainement pour habitude d'encourager les adhésions, et ce dans l'intérêt d'établir un régime uniforme en matière de relations consulaires.

4.13. Dans le cadre d'un dialogue aussi incitatif, on peut vraiment imaginer qu'un Etat qui envisage d'adhérer à la convention posera quelques questions au sujet de l'article 36, peut-être dira-t-il qu'il craint d'avoir du mal à respecter cette disposition vu la superficie de son territoire, son infrastructure, d'autres circonstances encore. Si l'on venait dire à cet Etat que la Cour internationale de Justice a déclaré qu'un Etat partie à la convention doit ouvrir dans son système de justice pénale des voies de recours en cas de violation de l'article 36, l'Etat considéré manifesterait peut-être une certaine surprise. Après réflexion, il poserait peut-être la question suivante : «Vous voulez dire que, même si nous accordons à un ressortissant étranger un procès parfaitement équitable assorti de toutes les garanties que nous reconnaissons à nos propres ressortissants, nos juridictions pénales devront néanmoins déterminer rétroactivement ce qui se serait passé si le ressortissant en question avait été informé de la faculté qu'il avait d'aviser les fonctionnaires consulaires de son pays ? Et ce quel que soit le stade auquel la procédure était parvenue — même si les voies de recours étaient épuisées ? Même si l'intéressé maîtrise parfaitement notre langue et a passé presque toute sa vie dans notre pays ? Même s'il savait tout juste qu'il était un ressortissant étranger, ne parlait pas la langue de son pays et n'avait plus depuis fort longtemps de contact avec ce pays ?»

4.14. Expliquer que la décision de la Cour ne s'applique d'un point de vue technique qu'à l'affaire *LaGrand* opposant l'Allemagne et les Etats-Unis ne constituerait pas, à mon avis, une réponse satisfaisante à ces questions. Dans la majorité des cas, les difficultés qu'il y a à respecter en tous points l'article 36 et l'importance que les Etats attachent à l'intégrité de leur système de justice pénale les empêcheraient tout simplement d'être en faveur d'un tel régime. J'irai même

jusqu'à affirmer que bon nombre des Etats qui sont actuellement parties à la convention n'y auraient pas adhéré — du moins pas sans exprimer des réserves — s'ils avaient su que c'était là ce qui les attendait. Je prierai de nouveau la Cour de se rappeler que la décision qu'elle rendra en l'espèce sera inévitablement lourde de conséquences et de rejeter l'invitation que lui adresse l'Allemagne de donner à la convention de Vienne sur les relations consulaires une interprétation moderne que les quelque cent soixante-cinq Etats qui y sont parties n'avaient jamais envisagée.

4.15. Monsieur le président, ainsi se termine mon exposé, je prie la Cour de bien vouloir donner la parole à M. Mathias.

The PRESIDENT: Thank you, Ms Brown. I now give the floor to Mr. Mathias.

M. MATHIAS :

5.1. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, examinons une dernière fois les conclusions de l'Allemagne.

5.2. Pour ce qui est de la première conclusion, l'Allemagne n'est plus revenue sur ses allégations de violation de l'article 5 ou des autres aspects du paragraphe 1 de l'article 36. Nous prions donc la Cour de rejeter cette première conclusion pour autant que l'Allemagne prétend avoir été privée de la possibilité d'assurer une assistance consulaire. Pour ce qui est du lien de causalité, l'Allemagne n'a pas prouvé, comme la charge lui en incombait, que l'exécution des frères LaGrand, présentée comme sujet de chacune des deux premières conclusions de l'Allemagne et comme fondement d'une partie de sa quatrième conclusion, ait été causée par une violation de la convention de Vienne. Mme l'*Attorney General* Napolitano a parlé des faits relatifs à cet argument. Mardi, nous avons cité le troisième rapport du Rapporteur spécial actuel de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats, selon lequel la relation de causalité entre la violation du paragraphe 1 de l'article 36 et l'exécution des frères LaGrand est «indirecte et contingente». Rien de ce qui a été dit hier n'a montré ce lien de causalité, qui fait toujours défaut. M. Meron a démontré que la Cour n'avait pas compétence, en vertu du protocole de signature facultative, pour connaître du droit à la protection diplomatique que revendique

l'Allemagne, et la Cour devrait donc rejeter aussi la prétention de l'Allemagne qui figure toujours dans la première conclusion de celle-ci au sujet du droit de protection diplomatique de ses ressortissants.

5.3. Pour ce qui est de la deuxième conclusion qui porte sur l'interprétation du paragraphe 2 de l'article 36, le conseil de l'Allemagne n'a apparemment pas compris la position des Etats-Unis. Le conseil a dit, hier, que «de l'avis des Etats-Unis d'Amérique, le paragraphe 2 n'ajouterait rien au paragraphe 1». Mais ce n'est évidemment pas vrai. Les Etats-Unis considèrent que le paragraphe 2 a un sens très clair, qui ressort non seulement du texte lui-même mais aussi des travaux préparatoires. Le paragraphe 2 signifie, comme dit le texte lui-même, que les droits visés au paragraphe 1 doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu de l'article. Ainsi, par exemple, les communications entre le poste consulaire et les détenus sont assujetties au droit local, mais ce droit doit permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles le droit de communication est prévu. De même, et nous ne faisons ici que citer un exemple emprunté aux travaux préparatoires, les lois et règlements relatifs aux visites dans les prisons relèveraient de cette disposition¹⁷. Tel serait le cas aussi pour des lois et règlements relatifs, par exemple, aux droits des détenus en matière de courrier ou de communications téléphoniques. Les Etats-Unis reconnaissent donc une signification bien claire et spécifique au paragraphe 2. Cette signification présente l'avantage supplémentaire d'être confirmée par le texte et par les travaux préparatoires, ce qui n'est pas le cas pour l'interprétation que propose l'éminent conseil de l'Allemagne.

5.4. La deuxième conclusion de l'Allemagne devrait être rejetée parce qu'elle se fonde sur une interprétation erronée du paragraphe 2 de l'article 36, qui ferait complètement disparaître le contexte de cette disposition — l'exercice d'un droit en application du paragraphe 1. Les conseils de l'Allemagne ont longuement parlé hier du paragraphe 2 de l'article 36, mais sans trouver dans les textes la confirmation de leur thèse, selon laquelle le droit interne doit ouvrir des voies de recours en cas de violation des droits visés au paragraphe 1, au lieu de laisser la faculté d'exercer

¹⁷ Contre-mémoire, p. 65-66 et note n° 82.

les droits visés au paragraphe 1. Ils n'ont pas non plus développé leurs affirmations non étayées, selon lesquelles soit la doctrine de l'effectivité¹⁸, soit la doctrine de l'interprétation dynamique appuierait cette réécriture du texte de la convention.

5.5. J'en viens à la quatrième conclusion. Tout d'abord, je parlerai de la question de compétence que les Etats-Unis ont soulevée. Les Etats-Unis ont affirmé que le protocole de signature facultative ne donne pas à la Cour compétence pour exiger une assurance ou une garantie.

L'Allemagne affirme que cette thèse :

«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.»

Mais nous avons tenté de bien faire comprendre que notre argument juridictionnel ne s'applique pas à la compétence d'ordonner la cessation d'une violation ou d'ordonner une réparation et se limite à la question des assurances et garanties. M. Simma, qui nous a assuré qu'il était bien éveillé pendant ces longues séances de Genève, doit admettre que la Commission du droit international a considéré de manière claire et réfléchie que les assurances et les garanties sont conceptuellement différentes de la réparation. En effet, elles sont «tournées vers l'avenir»; elles concernent un comportement futur, et non le dommage causé par l'infraction¹⁹. Aussi, l'argument de M. Simma, selon lequel, si elle décidait qu'elle n'avait pas compétence, en vertu du protocole de signature facultative, pour exiger des assurances et des garanties, la Cour ne pourrait pas s'acquitter de son rôle parce qu'elle ne pourrait pas traiter «de manière adéquate, ni même traiter du tout» les cas d'infraction est-il par essence fallacieux. Nous sommes certains que la Cour pourrait juger qu'elle n'a pas compétence en matière d'assurances et de garanties sans perdre aucunement sa compétence d'ordonner la réparation ou la cessation d'une violation. Ce n'est pas faire honneur à la Cour que de suggérer le contraire. En outre, M. Simma veut-il dire que la Cour n'a pas traité comme il convient les cas d'infraction, tout au long de son histoire, puisque la Cour n'a jamais jugé nécessaire d'ordonner des assurances et des garanties — ni même conclu qu'elle était en mesure de le faire ?

¹⁸ Voir par exemple G. Fitzmaurice, *Law and Procedure of the International Court of Justice*, p. 357 (citant l'affaire des *Traités de paix*).

¹⁹ Voir par exemple, A/CN.4/507/Add.1, par. 168.

5.6. Mon argument suivant découle de ce que je viens de dire. Bien que le conseil de l'Allemagne ait lourdement insisté sur la popularité dont bénéficiaient les assurances et les garanties parmi les membres de la Commission du droit international, je crois que son exposé a confirmé un certain nombre de points significatifs, que je me contenterai de mentionner rapidement. Premièrement, il a confirmé qu'il n'y a pas d'exemple sauf, peut-être, une *lex specialis* dans le domaine des droits de l'homme, où une cour ait ordonné des assurances ou des garanties. Deuxièmement, son silence a confirmé le point connexe, à savoir que le projet d'article sur les assurances et les garanties représente un essai de développement progressif du droit, et ne procède pas de la codification du droit coutumier. Comme nous l'avons vu, la première phrase du commentaire que l'Allemagne faisait sur ce sujet en 1997²⁰ en exprimant des doutes sur la base des garanties en droit coutumier, va dans le même sens.

5.7. Le conseil de l'Allemagne a remarqué que toutes les règles secondaires créent des obligations «qui s'ajoutent» aux obligations créées par les règles primaires. Mais des questions se posent dans ce contexte : les assurances prévues dans la pratique diplomatique fort limitée des Etats sont-elles censées créer des obligations de nature juridique, et le droit international coutumier confirme-t-il la création d'une telle obligation, lorsque celle-ci ne s'impose pas en ce qui concerne le dommage causé par l'infraction ? Qui plus est, puisque la teneur des assurances dans tous les cas découle de la teneur de l'obligation primaire, il existe un risque de conflit lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la réparation de la violation d'une obligation primaire peut s'inspirer de considérations particulières, telles que la pratique des Etats parties à la convention consulaire, dont Mme Brown a parlé. Aucun régime spécial de cet ordre ne s'appliquerait à une obligation contractée dans le cadre des assurances fournies.

5.8. Je ne crois pas que le conseil ait expliqué comment des garanties peuvent simultanément être une réparation et ne pas être une réparation, mais c'est un point que je qualifierais de théorique, parce que de toute manière l'Allemagne n'a pas prouvé qu'elle avait droit à des assurances en la présente espèce.

²⁰ A/CN.4/488, par. 104.

5.9. Pour ce qui est des observations que les Etats-Unis ont formulées récemment sur la responsabilité des Etats devant la Sixième Commission, le conseil de l'Allemagne a essayé d'attribuer quelque signification au fait que ces interventions n'ont pas porté sur nos préoccupations relatives au projet d'article 30. Cette omission n'a aucune signification particulière. Comme nous l'avons indiqué dans notre exposé devant la Sixième Commission, nous entendions nous concentrer sur les deux principales questions théoriques que soulève encore le projet d'articles — les contre-mesures et les violations graves. Il s'agit là de questions complexes et difficiles, et nous avons décidé de les traiter assez à fond et de réserver expressément notre position à l'égard des autres questions que posent ces articles pour les développer par écrit. Nous pensons être plus utiles à la Commission en procédant de cette manière, car cela lui donnerait dès que possible notre point de vue sur les questions de principe les plus difficiles. Les assurances et les garanties, qui posent manifestement un problème qui nous touche tout particulièrement en la présente espèce, n'ont pas sur le plan des principes une portée aussi vaste.

5.10. Permettez-moi d'analyser brièvement la nature des assurances concrètes que demande l'Allemagne en la présente espèce. Ses conseils indiquent que la quatrième conclusion n'est pas censée constituer une obligation catégorique. C'est bien sûr une bonne nouvelle pour nous. Même s'ils affirment que les travaux de la Commission à ce sujet auraient dû nous faire comprendre que nous l'avions mal interprétée, ce n'est pas aussi clair pour nous à l'examen du «commentaire» relatif à cet article, adopté en première lecture²¹ ainsi que du texte du projet d'article actuel. Quoiqu'il en soit, la conclusion nous semble avoir été rédigée sous une forme catégorique, et l'Allemagne ne l'a pas modifiée.

5.11. Ce que l'Allemagne demande précisément dans sa quatrième conclusion, s'il ne s'agit pas d'une garantie absolue, n'a toutefois pas été suffisamment tiré au clair. Les conseils de l'Allemagne ont dit qu'il fallait prendre certaines mesures préventives. Est-ce que la distribution de 400 000 fiches, destinées aux fonctionnaires chargés du maintien de l'ordre public — intitulées «instructions pour l'arrestation et la mise en détention de ressortissants étrangers» — et je le répète, ces 400 000 fiches ont été distribuées — est-ce que cela constitue une de ces mesures préventives ?

²¹ A/CN.4/SER.A/1993/Add. 1. (deuxième partie), p. 84.

Est-ce que la création d'un nouveau poste d'encadrements au département d'Etat — dont le titulaire est directement chargé de veiller à ce que l'information concernant le droit à la notification consulaire soit donnée sans retard — est-ce que cela constitue une de ces mesures préventives ? Les Etats-Unis ont entrepris un vaste programme à long terme pour mieux s'acquitter de leur obligation d'informer. Dans ce contexte, les critiques de l'Allemagne ne représentent pas la situation telle qu'elle est et ne sont pas non plus fondées.

5.12. Pour les Etats-Unis, les assurances qu'ils ont déjà données à l'Allemagne dispensent la Cour de décider si l'Allemagne doit bénéficier d'assurances appropriées supplémentaires au titre de la violation par les Etats-Unis de leur obligation d'informer les frères LaGrand de leur droit à notification consulaire en vertu du paragraphe 1 de l'article 36. Aussi, pour ce qui est de la quatrième conclusion, nous considérons qu'elle devrait être rejetée intégralement, compte tenu au moins des facteurs suivants : le statut incertain des assurances au regard du droit international; la portée mal définie des assurances que réclame l'Allemagne dans cette conclusion; l'absence d'une violation fondamentale en dehors de celle de l'obligation d'informer; l'absence de preuves concernant les exemples présentés tardivement de violations supplémentaires de l'obligation d'informer; l'imprécision du texte de la conclusion au sujet des assurances relatives à la prétendue violation du paragraphe 2 de l'article 36; l'ingérence injustifiée dans le droit interne des Etats-Unis qu'entraînerait la conclusion; et l'absence de tout fondement dans la convention de Vienne justifiant une assurance portant expressément sur la peine de mort.

5.13. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, les conseils de l'Allemagne ont échafaudé tout un édifice d'arguments et de doctrine à l'appui de leur réclamation. Mais c'est un mirage. Et, comme l'auteur-compositeur Bob Dylan le chantait : «Ce qui a l'air si grand de loin n'est pas si imposant de près.» La Cour constatera sans doute qu'il en va de même pour les conclusions de l'Allemagne, voire pour l'argumentation de l'Allemagne dans sa totalité.

5.14. Je vous remercie de votre courtoisie et de votre attention. Monsieur le président, voudriez-vous appeler à la barre M. Trechsel ?

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Mathias. I give the floor now to Mr. Trechsel.

Mr. TRECHSEL:

6.1. Thank you. Mr. President, Members of the Court, listening to our distinguished opponents yesterday morning, I had the impression that there had been a misunderstanding— Mr. Simma said the same thing. Like the previous speakers, I shall do what I can to correct the impression which might have been created of a "dialogue of the deaf".

6.2. Judging by certain of the speeches, it might be thought that we entirely rejected the guarantees under Article 36 of the Vienna Convention. How else can one explain the renewed citation of United Nations Human Rights Commission document No. 2000/65 on the death penalty? I, for my part, warmly welcome this initiative. Nor have we opposed the effective application of Article 36.

6.3. On a personal note, I wish to repeat that I support any initiative that could reduce the number of executions, and I shall not be satisfied as long as that number remains above zero.

6.4. However, I consider myself a jurist specializing to some extent in human rights, not a human rights activist. Even if it is not always easy, we must be guided by legal reasoning. For example, the European Commission of Human Rights declared inadmissible the application by Mr. Kirkwood, who was to be extradited to the United States where he risked the death penalty²²; it was a difficult decision, but one required by law. Yesterday, the Co-Agent of the German Government felt it necessary to make some personal comments about me which I found regrettable. I wish simply to state that I do not accept the labels of "fundamentalist" or advocate of a *Begriffsjurisprudenz*, and that I am not motivated by the ideas he ascribes to me. Moreover, this is not a case in which your august Court is called upon to take a stand for or against human rights. The Court's task is confined to stating what obligations were assumed by States when they ratified the Vienna Convention and, in particular, whether the Convention requires them to provide for specific remedies in the event of a violation.

6.5. Much as we may have admired the chiaroscuro on the Rembrandt canvases in the Mauritshuis, we reject it when it is applied in order to draw a simplistic distinction between two types of right: human rights and the rights of States. We consider it proper and important to

²²Application n° 10479/83, *Kirkwood v. United Kingdom*, decision of 12 February 1984, DR 37, pp. 158 *et seq.*

establish further distinctions. For example, I would distinguish human rights from humanitarian law, but also from the rights of minorities, without of course seeking to diminish the importance of one or the other²³. I see no point in putting everything into the same pot in order to cook up a *minestrone ai diritti dell'uomo* of international individual rights. Our aim is to strengthen human rights by recognizing their special character. It is no accident that Article 2, paragraph 3 (a), of the International Covenant on Civil and Political Rights (like similar regional instruments) accords the right to an effective remedy to any person claiming that his rights have been violated. The German Government appears to attach no importance to this provision, since it claims that the same rule must be applied to the Vienna Convention, which contains no such provision.

6.6. For the reasons put forward on Tuesday, especially those associated with the principle of reciprocity, we maintain our position that, while the Vienna Convention does indeed accord individual rights, the rights in question are not human rights.

6.7. Professor Simma expressed his surprise yesterday at hearing me cite a great deal of "Strasbourg" case-law. I must say that his surprise surprises me. In the world today there are two human rights courts. One of them has produced two judgments on the merits and 16 advisory opinions, the other some 1,200 judgments, not to mention some 35,000 decisions of the European Human Rights Commission. We can, after all, only cite the case-law which exists. We well understand that Germany bases itself on OC/16, the single pillar of its argument, but the pillar is not strong enough, for the simple reason that its foundation is not solid. The intention is perfectly laudable, but even here the end cannot justify all means of whatever kind.

6.8. We have demonstrated, by citing to you, *inter alia*, a number of legal decisions from various countries, that the Vienna Convention has hitherto not been regarded as a rule of criminal procedure whose violation could support an appeal. We note that Germany has not been able to cite against us a single judgment to the opposite effect.

6.9. Finally, allow me if you will, Mr. President, Members of the Court, to make a comment on what I said to you regarding the remedies in German procedural criminal law. Paragraph 337 of the Code of Criminal Procedure and the rules governing the application for review called *Revision*,

²³See in this connection my contribution to the work dedicated to the memory of Rolv Ryssdal.

have been quoted to you again, as I did myself last Tuesday. Mr. President, Members of the Court, this is an ordinary form of appeal in the sense that it must be submitted within a certain time-limit and *inter alia* prevents the judgment from becoming *res judicata*. In the *LaGrand* case, it was not while domestic remedies were being exhausted that the rule of procedural default was applied. It was applied when the judgment had already been final for some time, at the stage of the *habeas corpus* proceedings. There are no such proceedings in German law. Thus in German law in an analogous situation there would have been no remedy at all, rather than a remedy that was subject to the rule of procedural default. It seems to me that the Court should be informed of this fact, even though it should rather have been Germany's duty to do this.

6.10. This, Mr. President, Members of the Court, brings me to the end of my remarks and I would ask you, Mr. President, to give the floor now to Professor Matheson.

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

M. MATHESON :

7.1. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, je traiterai brièvement de l'argumentation de l'Allemagne relative à l'effet de l'ordonnance par laquelle la Cour a indiqué des mesures conservatoires. La Cour se souvient que mardi, nous avons soulevé quatre points fondamentaux dont chacun, indépendamment, devrait inciter à conclure qu'elle doit refuser d'accorder les mesures demandées par l'Allemagne dans la présente instance sans qu'il soit nécessaire de répondre à la question générale de savoir si elle a ou non le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires ayant un caractère contraignant.

7.2. *Premièrement*, nous avons fait valoir mardi qu'en l'espèce les mesures indiquées par la Cour, de par leur libellé lui-même, n'avait pas ce caractère contraignant. Dans sa démonstration de jeudi, l'Allemagne n'a pas essayé de prétendre que le libellé de l'ordonnance lui donnait un caractère contraignant. Ce n'est pas étonnant car le libellé utilisé dans la version anglaise de l'ordonnance, c'est-à-dire la version qui fait foi, manifestement, ne crée pas ce caractère contraignant.

7.3. Le conseil de l'Allemagne a bien trouvé que notre argument ressemblait au «titre d'un mauvais roman» mais s'est borné à suggérer que les mesures conservatoires doivent toujours avoir

un caractère contraignant, quel que soit leur libellé, parce que les tribunaux ne peuvent pas ordonner des mesures qui n'ont pas ce caractère. Voilà qui n'est vraiment pas convaincant. Comme nous l'avons montré en détail mardi, les tribunaux internationaux ont bel et bien ordonné des mesures conservatoires libellées en termes non contraignants, qui n'étaient d'ailleurs pas conçus pour être contraignants. Entre autres exemples, on pourrait citer les ordonnances rendues par le Tribunal international du droit de la mer le 11 mars 1998 dans l'affaire du *Saiga n° 2*²⁴ et le 27 août 1999 dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue*²⁵ ainsi que les mesures provisoires que la Cour européenne des droits de l'homme a ordonnées dans l'affaire *Cruz Varas c. Suède*²⁶. Dans cette dernière affaire, la Cour européenne a déclaré que «les termes mêmes de la demande adressée en l'espèce reflèteraient son caractère non contraignant» et que «la question de la force obligatoire des mesures provisoires indiquées par les juridictions internationales prête à controverse et il n'existe pas de règle juridique uniforme»²⁷.

7.4. Il n'y a pas de raison pour que la Cour ordonne des mesures conservatoires sous une forme obligatoire. Comme nous l'avons démontré, un tribunal peut fort bien choisir d'exprimer ce qu'il attend sous une forme non contraignante, particulièrement si, comme dans la présente instance, les mesures en question portent uniquement sur les fonctions essentielles de souverain qu'exercent les Etats ou bien sont indiquées *ex parte* au tout début d'une procédure dans laquelle les faits sont complexes et où on dispose de très peu de temps pour analyser la situation. En

²⁴ <http://www.un.org/Depts/los/ITLOS/Saiga2-Order.htm>. Le dispositif de l'ordonnance ne contient qu'un paragraphe qui ordonne à l'une des parties de s'abstenir d'une certaine action et un autre paragraphe qui recommande aux deux parties de prendre une certaine mesure. Le fait que l'une des mesures soit une simple recommandation a été spécialement souligné.

²⁵ <http://www.un.org/Depts/los/ITLOS/Order-Tuna34.htm>. Voir CR 2000/29, p. 47, par. 7.10 (14 novembre 2000).

²⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Série A n° 201* (20 février 1991).

²⁷ *Ibid.*, par. 92 et 101.

revanche, comme nous l'avons fait observer en détail mardi, lorsqu'un tribunal reconnaît qu'une mesure qu'il prescrit est obligatoire, il l'exprime sous une forme contraignante²⁸.

7.5. Par conséquent rien, à notre avis, ne permet de conclure que l'ordonnance de la Cour dans la présente affaire a créé des obligations contraignantes. A elle seule cette constatation autorise à refuser d'admettre, comme le demande l'Allemagne, que les Etats-Unis ont enfreint les obligations juridiques liées à l'ordonnance.

7.6. *Deuxièmement*, nous avons fait valoir mardi que, quel que soit le caractère juridique de l'ordonnance de la Cour, en fait, les Etats-Unis s'y sont conformés en ce qu'ils ont procédé à toutes les démarches qu'ils pouvaient compte tenu des circonstances extrêmes dans lesquelles ils ont dû agir. Jeudi, l'Allemagne a cité une liste de mesures qui à son avis, auraient pu et auraient dû être prises au cours de la période de moins de trois heures qui s'est écoulée entre la réception de l'ordonnance de la Cour et l'exécution prévue. On a prétendu que le président aurait pu, par décret, ordonner à l'Arizona de ne pas procéder à l'exécution ou aurait pu engager une procédure à cette fin contre l'Arizona devant une juridiction fédérale.

7.7. Je suis sûr que la Cour comprendra que des mesures d'une telle importance et d'une telle complexité sur le plan constitutionnel ne pouvaient absolument pas être envisagées sérieusement dans un laps de temps de trois heures, encore moins mises en œuvre dans ce délai. L'Allemagne a paru vouloir dire qu'il est relativement courant que le pouvoir fédéral intervienne dans les procédures pénales des Etats, par exemple en ordonnant à un *Attorney* des Etats-Unis d'intenter une procédure d'urgence contre le gouverneur d'un Etat devant une juridiction fédérale. Rien ne pourrait être plus éloigné de la vérité et nous ne connaissons aucun précédent de ce genre. Une telle mesure nécessiterait certainement une décision au plus haut niveau du pouvoir fédéral, qui ne serait prise qu'à la suite d'un débat approfondi.

²⁸ Voir CR 2000/29, p. 45, par. 7.6 (14 novembre 2000). Mardi, nous avons cité un certain nombre d'exemples, entre autres certaines mesures conservatoires décidées par la Cour dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*. L'Allemagne a prétendu que notre citation contredisait notre position selon laquelle les mesures conservatoires décidées par la Cour n'ont généralement pas un effet obligatoire, mais cela n'est pas exact. Comme nous l'avons fait observer mardi, la Cour a déclaré que les Parties «doivent» l'une et l'autre prendre toutes mesures nécessaires pour se conformer aux diverses obligations existantes en vertu du droit international; ce libellé contraignant indiquait que les Parties étaient d'ores et déjà tenues de remplir ces obligations internationales. De toute façon, quelles que soient les raisons qui ont conduit la Cour à libeller l'ordonnance dans l'affaire du *Congo* de façon à lui donner un caractère obligatoire, cela montre à l'évidence que la Cour emploie un libellé impératif lorsqu'elle reconnaît le caractère obligatoire de la mesure, par opposition au libellé non-obligatoire de l'ordonnance dans la présente instance.

7.8. L'Allemagne a aussi soutenu que la cour suprême des Etats-Unis aurait pu et aurait dû ordonner immédiatement un sursis à l'exécution lorsqu'elle a reçu l'ordonnance de la Cour. L'Allemagne prétend qu'il aurait été simple pour la cour suprême, laquelle était saisie de trois procédures différentes concernant diverses questions relatives à l'affaire *LaGrand*, d'adopter, sans prendre quasiment le temps de la réflexion, l'extraordinaire mesure que représente le sursis à exécution, s'agissant d'une exécution décidée par un Etat, en se fondant sur des mesures conservatoires qui n'avaient pas de caractère contraignant à première vue. L'Allemagne semble aussi croire que la cour suprême aurait dû passer immédiatement outre à ses propres précédents sur la question de la compétence que lui impartit la Constitution des Etats-Unis et aurait dû immédiatement ouvrir une voie de recours qu'interdisait le droit des Etats-Unis. Il serait abusif de s'attendre à voir la cour suprême agir de cette façon dans ces circonstances extrêmes.

7.9. Etant donné que la cour suprême a écarté les demandes dont elle était saisie et que le Gouvernement des Etats-Unis n'a pas considéré que l'ordonnance de la Cour internationale de Justice avait un caractère juridiquement contraignant, il est également abusif d'estimer que le gouverneur de l'Arizona a agi contrairement à des obligations juridiques internationales en refusant de surseoir à l'exécution au cours de ces toutes dernières heures mouvementées²⁹.

7.10. *Troisièmement*, nous avons dit mardi qu'en raison du retard injustifié que l'Allemagne a mis à demander des mesures conservatoires, attendant à cette fin le dernier moment, il n'y a pas lieu de lui accorder ce qu'elle demande au sujet cette ordonnance. Jeudi, l'Allemagne n'a pas répondu sur ce point. Elle n'a pas cherché à nouveau à défendre les raisons pour lesquelles elle avait déposé sa demande à un moment aussi extraordinaire ni le retard inexplicable qu'elle avait mis à soulever la question de la notification consulaire auprès des Etats-Unis ou à saisir la Cour de l'affaire. Elle n'a pas essayé de répondre à notre thèse à ce sujet : nous avons dit qu'en agissant

²⁹ En fait, pour les raisons indiquées par l'*Attorney General* Mme Napolitano, mardi, le gouverneur de l'Arizona avait déjà refusé d'accorder le sursis demandé par la commission des grâces le 2 mars et il aurait fallu une nouvelle recommandation pour que le gouverneur puisse accorder un sursis à la suite de l'ordonnance de la Cour du 3 mars. Pour cela, il aurait fallu réunir à nouveau la commission des grâces, et assurer la participation des victimes. Vu les délais limités et les distances (l'Arizona a un très vaste territoire), la possibilité de le faire en si peu de temps est loin d'être évidente.

ainsi l'Allemagne avait causé un préjudice sérieux tant aux Etats-Unis qu'à la Cour elle-même et qu'elle n'a pas respecté les règles de conduite de la Cour concernant l'équité de la procédure, l'égalité des parties et la bonne administration de la justice.

7.11. Voilà qui devrait suffire à décider la Cour à ne pas donner suite à la demande de l'Allemagne sur ce point. Agir autrement reviendrait à encourager de manière abusive à déposer à la dernière minute toute requête de ce genre sans que le retard soit justifié. Un tel précédent, susceptible d'inciter d'autres requérants à se comporter de la sorte pourrait avoir un effet sensible et regrettable sur le fonctionnement de la Cour et sur les droits des parties qui la saisissent. On peut par exemple se demander ce qui se passerait si cela devait se produire à un moment où la Cour plénière n'est pas en session.

7.12. En dernier lieu, nous avons fait valoir mardi que la Cour pouvait statuer pleinement et de manière adéquate sur le fond de l'affaire sans qu'il soit nécessaire de résoudre la question de l'effet de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires. Nous avons rappelé que la Cour n'avait jugé ni nécessaire ni approprié d'accorder de telles mesures de réparation quand il est arrivé que l'une des parties n'exécute pas une ordonnance en indication de mesures conservatoires et, sur le fond, il n'est ni nécessaire, ni utile d'accorder ces mesures en l'espèce. Si la Cour fait droit à l'une quelconque des autres demandes de l'Allemagne, elle lui accordera largement réparation de l'exécution de Walter LaGrand et, si elle décide de ne pas satisfaire ces autres demandes, il serait pour le moins anormal qu'elle fonde sa décision sur le fond exclusivement sur la prétendue violation d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires.

7.13. L'Allemagne a soulevé cette question dans sa plaidoirie de jeudi mais permettez-moi de dire que ses observations passaient à côté. D'après son argumentation, le tort qui lui a été fait en raison du défaut de notification consulaire a été aggravé par l'exécution de son ressortissant. Certes, comme la Cour le sait, nous avons reconnu que le manquement à l'obligation de notification consulaire constituait de notre part une violation de la convention de Vienne mais nous n'acceptons en revanche pas que l'exécution constitue une violation de la convention ni une «aggravation» du manquement. De toute façon, nous ne voyons pas comment cette revendication

qui touche au fond de l'affaire impose ou justifie de la part de la Cour une mesure de réparation supplémentaire censée correspondre à l'effet de son ordonnance en indication de mesures conservatoires.

7.14. En bref, nous soutenons que les circonstances en l'espèce se prêtent très mal, de la part de la Cour, à une recherche de solution concernant un problème important et fort ancien, qui est de savoir dans quelle mesure elle a le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires ayant force obligatoire. Les circonstances dont je parle sont notamment les suivantes : le retard avec lequel l'Allemagne a déposé sa requête, ce qu'elle a fait à la toute dernière minute, et, jeudi, elle n'a pas tenté de justifier ce retard; le caractère non obligatoire du libellé de l'ordonnance, que là encore l'Allemagne n'a pas tenté de réfuter jeudi; la brièveté absurde du délai laissé aux Etats-Unis d'Amérique pour agir; enfin, l'absence de tout besoin réel de résoudre cette question en l'espèce. Nous estimons que dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de rechercher si les Etats-Unis d'Amérique ont violé des obligations juridiques en ce qui concerne l'ordonnance en indication de mesures conservatoires.

7.15. Pour être bien clairs, nous répétons que si la Cour estime malgré tout devoir statuer maintenant sur la question générale de savoir si les mesures qu'elle indique sont contraignantes en vertu de son Statut, les Etats-Unis renouvellent alors l'argumentation détaillée qu'ils ont présentée à ce sujet dans leur contre-mémoire. Contrairement à ce qu'a dit l'Allemagne, il n'y a pas eu de notre part de «retraite stratégique» à ce sujet. Cela étant, nous estimons que la Cour peut et doit rejeter la demande de réparation formulée par l'Allemagne sans qu'il soit nécessaire pour elle de résoudre cette question plus générale.

7.16. Ainsi prend fin mon intervention. Je remercie la Cour de son attention. Je suggère maintenant que la Cour demande à l'agent des Etats-Unis d'Amérique, M. Thessin, de conclure la réfutation des Etats-Unis d'Amérique. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : M. Matheson, je vous remercie. Je donne maintenant la parole à M. Thessin.

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

Dans ses dernières remarques, M. Westdickenberg a rappelé hier les crimes de Karl et Walter LaGrand et les souffrances des victimes et de leurs proches. Le meurtre brutal commis par les LaGrand sert en réalité de toile de fond à cette affaire.

Cela étant, l'affaire proprement dite ne concerne ni ce meurtre brutal, ni la sentence prononcée par les autorités de l'Etat d'Arizona. Elle est limitée au différend qui oppose l'Allemagne et les Etats-Unis d'Amérique au sujet de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Or la convention de Vienne sur les relations consulaires n'offre pas de base de droit international sur laquelle l'Allemagne pourrait s'appuyer pour critiquer le système de justice pénale tel qu'il a été appliqué aux Etats-Unis d'Amérique dans l'affaire LaGrand.

Les Etats-Unis ont cependant admis qu'ils étaient responsables de la seule violation dont cette Cour est saisie, la violation de l'obligation que leur imposait à l'égard de l'Allemagne l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention d'informer Karl et Walter LaGrand de leur droit à la notification de leur consulat. En conséquence, la conclusion finale des Etats-Unis d'Amérique est la suivante :

Les Etats-Unis d'Amérique prient respectueusement la Cour de dire et juger :

1. Qu'ils ont violé l'obligation dont ils étaient tenus envers l'Allemagne en vertu de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires en ce que les autorités compétentes des Etats-Unis n'ont pas informé sans retard de leurs droits Karl et Walter LaGrand ainsi que l'exigeait cet article et que les Etats-Unis ont présenté leurs excuses à l'Allemagne pour cette violation et sont en train de prendre des mesures concrètes visant à empêcher qu'elle ne se reproduise; et
2. Que toutes les autres demandes et conclusions de la République fédérale d'Allemagne sont rejetées.

Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, je vous remercie de votre attention. Ainsi prend fin la plaidoirie des Etats-Unis d'Amérique.

Le PRESIDENT : Monsieur Thessin, je vous remercie. The Court takes note of the final submissions which you have read on behalf of the United States of America, as it took note

yesterday of the final submissions presented by Mr. Westdickenberg, Agent of Germany. I shall now give the floor to Judge Koroma, who would like to ask a question.

M. KOROMA : Monsieur le président, je vous remercie. Au cours de cette audience et dans ses conclusions, l'Allemagne a affirmé qu'en appliquant des règles de droit interne, en l'occurrence la doctrine de la carence procédurale, les Etats-Unis d'Amérique ont violé leur obligation de permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles sont accordés les droits visés à l'article 36 de la convention sur les relations consulaires. Ma question est la suivante : La position de l'Allemagne est-elle que l'application de la doctrine de la carence procédurale constitue en soi une violation de la convention ? Je vous remercie, Monsieur le président.

The PRESIDENT: Thank you. The text of this question will of course, as usual, be transmitted in writing to the Parties. I would now take this opportunity to recall that, if it so desires, the United States may after the closure of these oral proceedings present comments upon the new documents produced by Germany on 26 October 2000 and submit documents in support of its comments.

The Court has set 8 December as the deadline for the submission of these observations and comments. Written replies to the questions put by Judges Higgins and Koroma should also be provided by 8 December.

This brings us to the end of this series of hearings devoted to the oral arguments in the case. On behalf of myself and of the court, I should like to thank the Agents, counsel and advocates of both Parties for their presentations.

In accordance with practice, I will ask the Agents to remain at the Court's disposal to provide any additional information it may require. With that proviso, I now declare closed the oral proceedings in the *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*.

The Court will now retire for deliberation. The Agents of the Parties will be advised in due course of the date on which the Court will deliver its Judgment.

As the Court has no other business before it today, the session is closed.

The Court rose at 3.35 p.m.
