

OPINION DISSIDENTE DE M. BUERGENTHAL

[Traduction]

Irrecevabilité de la troisième conclusion de l'Allemagne — Le dépôt tardif de la demande en indication de mesures conservatoires n'est pas justifié — Défaut d'audiences dû à la négligence de l'Allemagne — Déclarer la troisième conclusion recevable est contraire à l'équité procédurale et à la bonne administration de la justice — La décision de la Cour en faveur de la recevabilité est insuffisamment motivée — L'ordonnance demandée par l'Allemagne identique à celle rendue dans l'affaire Breard — L'Allemagne savait que les Etats-Unis ne reconnaissent pas de force obligatoire à l'ordonnance Breard — Stratégie contentieuse de l'Allemagne — Une faute procédurale préjudiciable aux Etats-Unis.

1. Me trouvant en désaccord avec la Cour lorsqu'elle déclare recevable la troisième conclusion de l'Allemagne, je regrette de ne pouvoir m'associer à cette partie de l'arrêt de la Cour.

2. Dans cette conclusion, à mon sens irrecevable, l'Allemagne prie la Cour de dire et juger

«que, 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».

3. L'Allemagne a déposé sa requête introductive d'instance, assortie d'une demande en indication de mesures conservatoires, le 2 mars 1999 à 19 h 30 (heure de La Haye), soit environ vingt-sept heures avant l'heure prévue pour l'exécution de Walter LaGrand. Le 3 mars 1999, à 9 heures (heure de La Haye), le vice-président de la Cour¹ a reçu les représentants des Parties pour discuter de la suite de la procédure. Lors de cette réunion, le représentant de l'Allemagne a prié la Cour d'indiquer d'office les mesures conservatoires demandées conformément à l'article 75 de son Règlement et sans que soit tenue la moindre audience à ce sujet. En réponse à cette demande, le représentant des Etats-Unis a notamment indiqué

«que les Etats-Unis auraient de fortes objections contre toute procédure, telle que celle évoquée seulement le matin même par le repré-

¹ Le président de la Cour, M. Schwebel, étant de nationalité américaine, avait renoncé à la présidence dans cette affaire conformément à l'article 32 du Règlement de la Cour.

sentant de l'Allemagne, qui conduirait la Cour à rendre une ordonnance d'office sans avoir dûment entendu les deux Parties au préalable»².

4. Au paragraphe 1 de l'article 74, le Règlement de la Cour précise que «[l]a demande en indication de mesures conservatoires a priorité sur toutes autres affaires» et, au paragraphe 3, le même article dispose en partie que «[l]a Cour ou, si elle ne siège pas, le président fixe la date de la procédure orale de manière à donner aux parties la possibilité de s'y faire représenter».

En vertu du paragraphe 1 de l'article 75 du Règlement,

«La Cour peut à tout moment décider d'examiner d'office si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires que les parties ou l'une d'elles devraient prendre ou exécuter.»

5. Le 3 mars 1999, à 19 h 15 (heure de La Haye), la Cour a rendu l'ordonnance en indication de mesures conservatoires demandée par l'Allemagne et ce, sans qu'ait eu lieu la procédure orale préalable prévue au paragraphe 3 de l'article 74 du Règlement, sans que des pièces écrites aient été échangées, et alors que la Cour disposait uniquement de la requête et de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Allemagne où celle-ci avait exposé les allégations qu'elle formulait à l'appui de sa demande.

6. En rendant l'ordonnance sollicitée, la Cour a motivé de la manière suivante sa décision d'agir sans que le défendeur ait pu être entendu :

«Considérant qu'une bonne administration de la justice exige qu'une demande en indication de mesures conservatoires fondée sur l'article 73³ du Règlement de la Cour soit présentée en temps utile;

Considérant que l'Allemagne a souligné qu'elle n'a eu pleinement connaissance des faits de l'espèce que le 24 février 1999 et qu'elle a depuis lors poursuivi ses démarches diplomatiques;

Considérant que, aux termes du paragraphe 1 de l'article 75 du Règlement de la Cour, celle-ci «peut à tout moment décider d'examiner d'office si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires que les parties ou l'une d'elles devraient prendre ou exécuter»; qu'une telle disposition figure en substance

² *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 13, par. 12.*

³ L'article 73 du Règlement de la Cour, que l'Allemagne a également invoqué, est libellé comme suit :

«1. Une partie peut présenter une demande en indication de mesures conservatoires par écrit à tout moment de la procédure engagée en l'affaire au sujet de laquelle la demande est introduite.

2. La demande indique les motifs sur lesquels elle se fonde, les conséquences éventuelles de son rejet et les mesures sollicitées. Copie certifiée conforme de la demande est immédiatement transmise par le greffier à la partie adverse.»

dans le Règlement depuis 1936 et que, si la Cour n'a pas, à ce jour, fait usage du pouvoir que cette disposition lui confère, celui-ci n'en apparaît pas moins bien établi; que la Cour peut user de ce pouvoir qu'elle ait ou non été saisie par les parties d'une demande en indication de mesures conservatoires; que, en pareille hypothèse, elle peut, en cas d'extrême urgence, procéder sans tenir d'audience; et considérant qu'il appartient à la Cour de décider dans chaque cas si, au vu des particularités de l'espèce, elle doit faire usage dudit pouvoir»⁴.

7. La Cour a rendu son ordonnance quatre heures seulement avant l'heure prévue pour l'exécution de Walter LaGrand, qui devait avoir lieu dans l'Etat de l'Arizona. Les autorités des Etats-Unis ne disposaient donc que de très peu de temps pour examiner l'ordonnance et y donner suite avec, compte tenu de sa gravité, la pondération requise tant en vertu du droit américain et de la pratique constitutionnelle régissant les relations entre la fédération et les Etats fédérés qu'en vertu du droit international. Il faut toutefois noter que l'Allemagne a présenté à la Cour des demandes portant sur un ensemble d'éléments de fait qui imposaient d'agir immédiatement pour sauver la vie d'un être humain, lequel aurait été privé des droits que lui reconnaissait le droit international. Vu ces circonstances, on peut difficilement reprocher à la Cour d'avoir rendu l'ordonnance selon les modalités adoptées. En revanche, rien ne justifie de la part de l'Allemagne d'avoir attendu la dernière minute pour demander l'ordonnance. Cela est d'autant plus vrai que — on le voit bien aujourd'hui — les raisons invoquées par l'Allemagne pour justifier le dépôt tardif de sa demande ne résistent pas à l'analyse. Comme il sera démontré plus loin, ce dépôt tardif a gravement lésé les Etats-Unis dans la défense de leurs droits devant la Cour. A mon sens, ces circonstances doivent amener aujourd'hui la Cour à déclarer la troisième conclusion irrecevable.

8. L'Allemagne a tenté de justifier le dépôt à la dernière minute de sa demande en indication de mesures conservatoires en prétendant que, jusqu'au 23 ou 24 février 1999, elle ignorait que les autorités de l'Etat de l'Arizona savaient, au moins dès 1982 ou 1984, que les frères LaGrand étaient des ressortissants allemands. Dans l'ordonnance qu'elle a rendue, la Cour a donné à cet argument un poids considérable. C'est ce qui ressort immédiatement de la façon dont elle évoque avec précision la demande de l'Allemagne dans l'exposé des motifs de sa décision et ressort aussi du contexte dans lequel la référence figure dans son ordonnance (voir, plus haut, le paragraphe 6).

9. A supposer même que les motifs invoqués par l'Allemagne puissent justifier le dépôt tardif de sa requête — ce qui est contestable —, il ressort du dossier dont la Cour dispose aujourd'hui que l'Allemagne avait bel et

⁴ *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 13, par. 19-21.*

bien à sa disposition, depuis 1993 au moins, les éléments d'information qu'elle a prétendu ne pas avoir.

10. L'Allemagne a appris en 1992 que les LaGrand avaient été arrêtés en 1982 puis jugés et condamnés en 1984. Selon elle, c'est par une visite aux frères LaGrand, le 8 décembre 1992, qu'elle a commencé à intervenir dans la présente affaire. Elle décrit à la Cour son action dans les termes suivants :

«Par la suite, l'Allemagne a aidé, à la fois sur le plan financier et logistique, les avocats des intéressés à enquêter sur leur enfance en Allemagne, et à soulever la question de l'*omission du défaut d'assistance consulaire au cours de la procédure judiciaire.*»⁵ (Les italiques sont de moi.)

Les actions judiciaires intentées par les avocats des LaGrand, en coordination avec les fonctionnaires consulaires allemands, ont notamment consisté à engager le 8 mars 1993 une procédure d'appel devant le tribunal fédéral de première instance pour le district de l'Arizona. D'après l'Allemagne, c'est «lors de cette procédure» que «les avocats ont invoqué pour la première fois le défaut d'assistance consulaire et la violation de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires»⁶. A l'appui de leur thèse, les avocats ont produit le même jour devant le tribunal fédéral de première instance les rapports présenticiels établis en 1984 par les agents de mise à l'épreuve du comté de Pima, en Arizona, dans le cadre de la détermination de la peine des frères LaGrand⁷. Il était très clairement précisé dans chacun de ces rapports que les LaGrand étaient des citoyens allemands⁸. Ces rapports avaient été communiqués une décennie auparavant aux avocats de la défense qui en avaient formellement accusé réception en audience publique le 12 décembre 1984⁹.

11. Autrement dit, les avocats des LaGrand avaient à leur disposition dès 1984, sinon avant, les éléments d'information contenus dans les rapports présenticiels, notamment le fait que les autorités de l'Arizona savaient dès le début des années quatre-vingt que les LaGrand étaient des ressortissants allemands. Ces avocats ont produit les rapports présenticiels devant le tribunal fédéral de première instance de l'Arizona, en mars 1993, dans le cadre de leur recours en *habeas corpus* pour le compte des LaGrand. Dès lors, ces rapports étaient à la disposition de l'Allemagne qui, comme nous l'avons vu, a fait valoir devant la Cour qu'elle avait «aidé ... les avocats des intéressés à soulever ... la question du défaut

⁵ Mémoire de l'Allemagne, vol. I, p. 11, par. 2.06.

⁶ *Ibid.*, p. 12, par. 2.07.

⁷ Voir mémoire de l'Allemagne, vol. III, annexe 46, p. 1009.

⁸ Voir rapports présenticiels du 2 avril 1984 concernant Karl et Walter LaGrand, mémoire de l'Allemagne, vol. II, annexe 2, p. 261 et 276.

⁹ Voir mémoire de l'Allemagne, vol. II, annexe 8, p. 461-462.

d'assistance consulaire» et «la violation de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires» dans le cadre des actions intentées en 1993 (voir, plus haut, le paragraphe 10).

12. Ces éléments font sérieusement douter du bien-fondé de la thèse exposée devant la Cour par l'Allemagne, qui a justifié le dépôt tardif de sa demande en indication de mesures conservatoires (le 2 mars 1999) en expliquant qu'elle n'avait découvert que le 23 février 1999 seulement que les autorités de l'Arizona étaient dès 1984 au courant de la nationalité allemande des LaGrand. A supposer même que l'Allemagne ne fût pas au courant de ces éléments de fait, rien ne vient justifier son ignorance puisqu'elle soutient fermement être activement intervenue dans l'affaire LaGrand et avoir collaboré avec les avocats des LaGrand après 1992, en particulier en les aidant à soulever les questions liées à la convention de Vienne.

13. Dans ses exposés oraux, l'Allemagne a répondu de la manière suivante à l'argument des Etats-Unis selon lequel les rapports présenticiels de 1984 permettaient de savoir à quelle date les autorités de l'Arizona avaient appris que les LaGrand étaient des ressortissants allemands :

«la seule question qui se pose raisonnablement dans ce contexte est celle de savoir si des fonctionnaires allemands ont eu accès facilement ou non aux rapports présenticiels en 1992 ou par la suite. Sans attribuer d'importance déterminante à ce point, nous pouvons vous donner une réponse claire. Nous avons déposé devant la Cour un mémorandum relatif à la question des rapports présenticiels en l'affaire *LaGrand*, rédigé par le *Federal Public Defender* du district de l'Arizona à la demande du consulat général d'Allemagne à Los Angeles. Permettez-moi de résumer la teneur de ce mémorandum : conformément à un règlement local de la cour supérieure du comté de Pima, les rapports présenticiels concernant Karl et Walter LaGrand ont été conservés sous scellés et demeurent confidentiels même après la condamnation. Lorsque le *Federal Public Defender* a tenté de retrouver ces rapports en juin de cette année [1992], ceux-ci sont restés introuvables. Comme l'écrit le *Public Defender* :

«L'employé du greffe de la cour supérieure chargé de la conservation des pièces produites aux fins de l'administration de la preuve a indiqué qu'il n'avait pas d'informations sur les rapports présenticiels concernant l'un ou l'autre des frères LaGrand, ni aucune idée de l'endroit où ces rapports étaient classés. Il semble que les rapports en question ne figurent même pas dans le dossier conservé au greffe de la cour supérieure.»

Monsieur le président, si l'autorité compétente des Etats-Unis elle-même n'a pas réussi à retrouver ces rapports, est-il raisonnable d'affirmer, comme le fait le contre-mémoire, que l'on a «du mal à comprendre comment les fonctionnaires consulaires allemands ne connaissaient pas déjà ces rapports»? Peut-on vraiment accuser un

consulat étranger de négligence parce qu'il n'a pas réussi à se procurer des documents que les autorités locales compétentes elles-mêmes n'ont pas pu retrouver?»¹⁰

14. A la question posée par le conseil de l'Allemagne dans la dernière phrase du paragraphe ci-dessus, il faut répondre par un «oui» clair et net. Comme nous l'avons vu, les avocats des LaGrand avaient les rapports présenticiels en leur possession et ils les ont produits devant le tribunal fédéral de première instance en 1993. En outre, à supposer même que ces rapports fussent confidentiels ou placés sous scellés après la condamnation des LaGrand en 1984, ils sont tombés dans le domaine public dès leur production devant le tribunal fédéral de première instance. Puisque l'Allemagne pouvait ainsi obtenir les rapports dès 1993, il n'est guère pertinent que le *Public Defender*, cité précédemment par l'Allemagne, n'ait pas été en mesure, comme il le dit, semble-t-il, de les trouver en 2000.

15. Il convient également de noter qu'entre 1992, date à laquelle l'Allemagne a été informée de la détention, du procès et de la condamnation des LaGrand, et le début de 1999, date à laquelle elle a affirmé s'être rendu compte pour la première fois que les autorités de l'Arizona savaient depuis le début des années quatre-vingt que les LaGrand étaient de nationalité allemande, l'Allemagne n'a jamais demandé au département d'Etat des Etats-Unis d'enquêter sur le cas des LaGrand. En outre, en 1998, le département d'Etat a expressément invité toutes les ambassades sises à Washington à «porter à son attention tout manquement éventuel à l'obligation de notification consulaire afin de pouvoir procéder à une enquête et prendre les mesures voulues le cas échéant»¹¹. Une enquête de ce type, si l'Allemagne l'avait demandée conformément à la pratique bien établie dans ce genre d'affaires, aurait permis de déterminer à quelle date les autorités de l'Arizona avaient eu connaissance de la nationalité des LaGrand. De fait, cet élément d'information se trouve dans le rapport établi par le département d'Etat à l'issue de l'enquête qu'il a lui-même menée sur l'affaire en 1999-2000¹².

16. Le manque de vigilance dont l'Allemagne fait preuve pour vérifier les faits qu'elle a invoqués afin de justifier le dépôt tardif de sa demande en indication de mesures conservatoires a privé les Etats-Unis de la possibilité de faire valoir leurs moyens sur cette demande. Qui plus est, la Cour n'avait dès lors plus guère d'autre choix que d'accepter tel quel l'argument de l'ignorance plaidé par l'Allemagne puisque, faute de pouvoir le présenter, les Etats-Unis n'ont pas eu la faculté de réfuter la thèse de l'Allemagne sur ce point. La conduite de l'Allemagne soulève ici des

¹⁰ CR 2000/26, p. 38.

¹¹ Contre-mémoire des Etats-Unis, p. 51, par. 61.

¹² Karl et Walter LaGrand: rapport d'enquête sur les questions de notification consulaire, département d'Etat des Etats-Unis, 17 février 2000, contre-mémoire des Etats-Unis, annexe 1, p. 7-8.

questions analogues à celles que la Cour a traitées en l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, où la Yougoslavie a tenté d'invoquer une nouvelle base de compétence à un stade très avancé de l'instance. Dans cette affaire-là, la Cour a dit ceci :

« Considérant que l'invocation par une partie d'une nouvelle base de juridiction au stade du second tour de plaidoiries sur une demande en indication de mesures conservatoires est sans précédent dans la pratique de la Cour; qu'une démarche aussi tardive, lorsqu'elle n'est pas acceptée par l'autre partie, met gravement en péril le principe du contradictoire et la bonne administration de la justice; et que, par suite, la Cour ne saurait, aux fins de décider si elle peut ou non indiquer des mesures conservatoires dans le cas d'espèce, prendre en considération le nouveau chef de compétence dont la Yougoslavie a entendu se prévaloir le 12 mai 1999. »¹³

17. La justification que donne l'Allemagne du dépôt tardif de sa demande, et qui, comme il ressort des éléments dont la Cour dispose aujourd'hui, s'appuie sur de fausses allégations, a conduit la Cour à rendre une décision « [mettant] gravement en péril le principe du contradictoire et la bonne administration de la justice ». Ce résultat, comme nous l'avons vu, découle du manque de vigilance de l'Allemagne, lequel autorise à lui seul à tenir la conclusion formulée pour irrecevable à raison des motifs exposés par la Cour en l'affaire *Yougoslavie c. Belgique* que je viens de citer.

18. En examinant la question de la recevabilité de la troisième conclusion de l'Allemagne, la Cour est parvenue à la conclusion suivante (par. 57):

« La Cour reconnaît que l'Allemagne peut être critiquée pour la manière dont l'instance a été introduite et pour le moment choisi pour l'introduire. La Cour rappelle toutefois que, tout en étant consciente des conséquences de l'introduction de l'instance par l'Allemagne à une date si avancée, elle n'en a pas moins estimé approprié de rendre son ordonnance du 3 mars 1999, un préjudice irréparable semblant imminent. Dans ces conditions, la Cour estime que l'Allemagne est en droit de se plaindre aujourd'hui de la non-application, alléguée par elle, de ladite ordonnance par les Etats-Unis. En conséquence, la Cour conclut que la troisième conclusion de l'Allemagne est recevable. »

19. Je n'ai rien à redire quand la Cour estime que, vu l'imminence du « préjudice irréparable » en l'espèce, il était « approprié » de rendre l'ordonnance du 3 mars 1999 sur la base des éléments de fait dont elle avait connaissance à ce moment-là. Mais il ne n'ensuit pas, contrairement à ce que dit la Cour, que, « [d]ans ces conditions ... l'Allemagne est en droit de

¹³ *Mesures conservatoires, ordonnances du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 139, par. 44.

se plaindre aujourd'hui de la non-application, alléguée par elle, de ladite ordonnance par les Etats-Unis». Que la Cour ait estimé approprié de rendre l'ordonnance n'emporte pas nécessairement la recevabilité de la troisième conclusion de l'Allemagne dès lors que les raisons invoquées par l'Allemagne pour justifier son dépôt tardif ne résistent manifestement pas à l'analyse. Il est regrettable que la Cour ait omis d'aborder cette question car elle a une incidence directe sur la recevabilité de la troisième conclusion de l'Allemagne.

20. La négligence de l'Allemagne a eu d'autres conséquences préjudiciables aux Etats-Unis, s'agissant de l'ordonnance du 3 mars 1999. Dans sa demande en indication de mesures conservatoires, l'Allemagne a prié la Cour de rendre une ordonnance dont le libellé suit mot pour mot celui de l'ordonnance rendue le 9 avril 1998 dans l'affaire *Breard*¹⁴. Lorsque la Cour suprême des Etats-Unis a examiné l'ordonnance *Breard*, le *Solicitor General* des Etats-Unis a expliqué pour quelles raisons, aux yeux du gouvernement, cette ordonnance n'avait pas force obligatoire. Il a évoqué trois points à cet égard. Il a d'abord rappelé que «les juristes [étaient] profondément divisés sur cette question (voir *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, par. 903, note 6, p. 369 et 370 (1986))» et que «[l]a thèse la plus solide [était] qu'une telle ordonnance n'a pas un caractère obligatoire»¹⁵. Le *Solicitor General* a ensuite cherché à démontrer, par une analyse de l'article 41 du Statut de la Cour, pourquoi il s'agissait de la thèse la plus solide. Le deuxième argument avancé par le *Solicitor General* pour démontrer le caractère non obligatoire des ordonnances visées à l'article 41 du Statut de la Cour était le suivant :

«la C.I.J. elle-même n'a jamais conclu que des mesures conservatoires s'imposent aux parties à un différend. La C.I.J. a indiqué des mesures conservatoires dans sept autres affaires dont nous avons connaissance. Dans la plupart de celles-ci, le défendeur n'a pas considéré comme obligatoire l'ordonnance en indication de mesures conservatoires.»¹⁶

Enfin, le *Solicitor General* a fait valoir que, «même si les parties à une affaire dont est saisie la C.I.J. [étaient] tenues d'obtempérer à une ordonnance en indication de mesures conservatoires»¹⁷, l'ordonnance en l'affaire *Breard* n'était pas libellée en des termes impératifs. La Cour suprême des Etats-Unis a suivi l'avis du *Solicitor General* en refusant le

¹⁴ *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 258, par. 41 (I).

¹⁵ Mémoire soumis par les Etats-Unis à titre d'*amicus curiae*, *Republic of Paraguay v. Gilmore*, mémoire de l'Allemagne, vol. II, annexe 34, p. 737.

¹⁶ *Ibid.*, p. 738.

¹⁷ *Ibid.*, p. 739.

sursis à l'exécution qui s'imposait aux termes de l'ordonnance rendue par la Cour internationale de Justice en cette affaire¹⁸.

21. L'Allemagne savait que la position du gouvernement des Etats-Unis était, de manière générale, que les ordonnances en indication de mesures conservatoires rendues par la Cour n'ont pas force obligatoire et elle savait, en particulier, comment ils interprétaient l'ordonnance *Breard*. Or, moins d'un an plus tard, l'Allemagne a prié la Cour de rendre une ordonnance libellée précisément dans les mêmes termes au lieu de solliciter une ordonnance qui aurait fourni aux autorités des Etats-Unis des raisons juridiques de réexaminer leur position sur le caractère obligatoire de ces ordonnances. Cette omission de l'Allemagne aurait été moins grave s'il y avait eu en l'espèce une audience au cours de laquelle les Etats-Unis auraient pu faire valoir leur position devant la Cour. Mais, comme nous l'avons vu, il a été impossible de tenir des audiences parce que l'Allemagne a déposé sa demande trop tardivement.

22. On comprend donc mal ce que l'Allemagne cherchait à obtenir par sa demande en indication de mesures conservatoires du 2 mars 1999. Elle ne pouvait certainement pas s'étonner de voir les Etats-Unis adopter à l'égard de l'ordonnance demandée la même position que celle qu'ils avaient prise à l'égard de l'ordonnance *Breard* du 9 avril 1998. L'ordonnance demandée par l'Allemagne le 2 mars 1999 n'aurait fourni aux autorités des Etats-Unis aucun fondement juridique autorisant le *Solicitor General* à revenir sur la position officielle que celui-ci avait adoptée moins d'un an auparavant. Que le *Solicitor General* revienne sur sa position antérieure en l'absence d'une telle justification aurait été sans précédent. En outre, et c'est encore plus important, la Cour elle-même n'avait pas entre-temps clarifié sa position sur ce point. Aussi l'Allemagne a-t-elle manqué au devoir élémentaire d'équité dont elle était tenue vis-à-vis des Etats-Unis, vu les circonstances de l'espèce, lorsqu'elle a prié la Cour d'agir d'office, sans tenir d'audiences, et de rendre une ordonnance identique à celle qui avait été rendue en l'affaire *Breard*. Il est vrai, certes, qu'une partie à une instance devant cette Cour, comme devant toute juridiction, doit supporter les conséquences d'avoir présumé à tort, comme on le voit rétrospectivement, qu'une certaine ordonnance n'a pas force obligatoire et d'être tenue pour responsable de la violation qui en résulte. Mais cela n'exonère pas l'Allemagne de la responsabilité qu'elle encourt pour avoir adopté une stratégie contentieuse préjudiciable aux Etats-Unis.

23. Je résume: il a été établi que les motifs invoqués par l'Allemagne pour justifier le dépôt tardif de ses demandes n'étaient pas fondés. De fait, on voit bien aujourd'hui que l'Allemagne n'avait aucune raison valable de ne pas saisir la Cour de sa demande en indication de mesures conservatoires au moins un an ou deux auparavant, voire bien plus tôt.

¹⁸ *Breard v. Greene, Republic of Paraguay v. Gilmore*, S. Ct., vol. 118, p. 1352 (1998), *International Legal Materials* (1998), vol. 37, p. 829.

Toujours est-il que ce dépôt tardif a eu pour conséquence d'empêcher les Etats-Unis de faire valoir en temps opportun leurs moyens sur cette demande en indication de mesures conservatoires de l'Allemagne. L'absence d'audience a également privé les Etats-Unis de la possibilité d'examiner la question du caractère obligatoire des ordonnances de la Cour et de leur effet sur les normes juridiques des Etats-Unis. Qui plus est, l'Allemagne a prié la Cour de rendre une ordonnance dont elle avait tout lieu de penser que les Etats-Unis la considéreraient comme non obligatoire, et donc comme non exécutoire; c'était peut-être là le but recherché, sinon cette stratégie contentieuse s'explique fort mal.

24. En conséquence, j'estime que la démarche suivie par l'Allemagne pour faire adopter l'ordonnance du 3 mars 1999 équivaut à une faute procédurale préjudiciable aux intérêts des Etats-Unis en tant que partie à la présente instance. Une telle faute constitue un motif suffisant — impérieux, à mon avis — pour déclarer irrecevable la troisième conclusion de l'Allemagne.

(Signé) Thomas BUERGENTHAL.