

Non-Corrigé
Uncorrected

Traduction
Translation

CR 2000/26 (traduction)

CR 2000/26 (translation)

Lundi 13 novembre 2000 à 10 heures

Monday 13 November at 10 a.m.

0 8

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is open.

The Court meets today pursuant to Articles 43 to 47 of its Statute to hear the oral arguments of the Parties in the *LaGrand Case (Federal Republic of Germany v. United States of America)*.

The Federal Republic of Germany has brought this case before the Court by an Application, filed in the Registry on 2 March 1999, instituting proceedings against the Government of the United States of America, for violations of the Vienna Convention on Consular Relations of 24 April 1963. In that Application, Germany stated that two of its nationals, Mr. Karl LaGrand and Mr. Walter LaGrand, had been found guilty of certain crimes and sentenced to death in the State of Arizona in the United States of America without being advised of the rights to consular assistance, as guaranteed to them by Article 36, subparagraph 1 (b), of the Vienna Convention on Consular Relations. The Federal Republic of Germany claimed that the United States of America had thereby violated a number of obligations under international law.

As basis for the Court's jurisdiction, Germany relied in its Application on Article I of the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations, concerning the Compulsory Settlement of Disputes. That Article provides: "Disputes arising out of the interpretation or application of the Convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice and may accordingly be brought before the Court by an application made by any party to the dispute being a Party to the present Protocol". Germany points out that both the United States and itself are parties to the Vienna Convention and to the said Optional Protocol.

0 9

On the same day that it filed its Application instituting proceedings, Germany also filed a request for the indication of provisional measures under Article 41 of the Statute of the Court. In its request it stated that Karl LaGrand had been executed on 24 February 1999 and that the date of execution of Walter LaGrand had been set for the day following the date of the request, namely 3 March 1999. In view of the extreme urgency and of the fact that the execution of Walter LaGrand would have caused irreparable harm to the rights claimed by Germany in that particular case, on 3 March 1999 the Court made an Order indicating provisional measures pursuant to Article 41 of its Statute and to Article 75, paragraph 1, of its Rules. That Order provided that the United States of America should take all measures at its disposal to ensure that

Walter LaGrand was not executed pending the final decision in these proceedings, and that it should inform the Court of all the measures which it had taken in implementation of the Order.

By letter of 8 March 1999, the Embassy of the United States of America informed the Court of the measures taken in relation to the said Order. That letter stated, *inter alia*, that a copy of the Court's Order had been transmitted by the Department of State to the Governor of Arizona on the same day that the Court had made it; that, in view of the extremely late hour of the receipt of the Court's Order, no further steps were feasible; and that, during the evening of 3 March 1999, Mr. Walter LaGrand had been executed.

By Order of 5 March 1999, time-limits were fixed for the filing of a Memorial by the Federal Republic of Germany and of a Counter-Memorial by the United States of America; those documents were duly filed within the time-limits fixed. Following the filing of those pleadings, the President of the Court met the Agents of the Parties pursuant to Article 31 of the Rules of Court, in order to ascertain their views with regard to questions of procedure in the case; at that meeting Germany stated that it did not wish to produce any further written pleading, as did likewise the United States. The case was accordingly ready for hearing and dates for the oral proceedings were set. The Court has consulted the Parties on the organization of those proceedings.

*

10

By letter received in the Registry on 26 October 2000, the Agent of Germany stated that his Government wished to produce five new documents in accordance with Article 56 of the Rules of Court. A copy of that letter and of the accompanying documents was communicated to the other Party, in order to enable it to submit such observations as it might wish to make pursuant to paragraph 1 of Article 56 of the Rules. By letter of 6 November 2000, the Agent of the United States informed the Court that the United States consented to the production of the first and second documents, but not to that of the third, fourth and fifth documents; in that letter the United States reserved its right to submit one or more documents in connection with the new documents produced by Germany, in accordance with paragraph 3 of Article 56 of the Rules. In a letter dated 7 November 2000, the Agent of Germany commented upon the said letter from the Agent of the

United States, and the latter replied to those comments in a further letter also dated 7 November 2000.

In the absence of any objection on the part of the United States, the Court, pursuant to Article 56, paragraph 1, of the Rules, was not required formally to authorize the production of the first and second documents. As regards the third, fourth and fifth documents, the Court has decided, pursuant to paragraph 2 of Article 56 of the Rules, to authorize their production by Germany, it being understood that the United States of America would have the opportunity, in accordance with paragraph 3 of Article 56 of the Rules, to comment subsequently thereon and to submit documents in support of those comments. That decision was duly communicated to the Parties by letters from the Registrar dated 9 November 2000. I should, moreover, like to make it clear at this point that, since Germany gave notice of its desire to produce new documents only at a very late stage, the United States will have the opportunity, if it so wishes, to submit its news documents, together with any comments in this regard, not only at these hearings but also in writing after their closure.

*

After ascertaining the view of the Parties, the Court has decided, pursuant to Article 53, paragraph 2, of its Rules, that copies of the pleadings and documents annexed will be made available to the public from today. Further, in accordance with the Court's practice, the pleadings without their annexes will be available from today on the Court's website and will be published subsequently in the Court's *Pleadings, Oral Arguments and Documents*.

11

*

I note the presence in the Hall of the Agents and counsel of the Parties. As is customary, the Federal Republic of Germany, as Applicant, will be heard first. I accordingly now give the floor to Mr. Westdickenberg, Agent of Germany.

Mr. Westdickenberg you have the floor.

M. WESTDICKENBERG :

I. EXPOSE LIMINAIRE

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, en tant que conseiller juridique du ministère fédéral des affaires étrangères, c'est un honneur pour moi que d'intervenir à nouveau devant vous. Permettez-moi de vous présenter mes collègues, qui plaideront la présente affaire avec moi :

- M. Bruno Simma, professeur à l'Université de Munich, qui interviendra comme coagent, et, comme conseils,
- M. Pierre-Marie Dupuy, professeur à l'Université de Paris-Assas,
- M. Donald Donovan, du cabinet Debevoise & Plimpton,
- M. Hans-Peter Kaul, chef de la division du droit international public du ministère fédéral des affaires étrangères d'Allemagne,
- MM. Daniel Khan et Andreas Paulus, assistants de M. Simma à l'Université de Munich.

2. L'affaire qui nous intéresse aujourd'hui est singulière à plusieurs égards :

- premièrement, elle a surgi entre deux Etats qui sont de proches alliés et partenaires; leurs peuples entretiennent des liens d'amitié et partagent, de même que leurs gouvernements, un certain nombre de valeurs;
- deuxièmement, elle a trait à une procédure judiciaire dont l'aboutissement a été la mort de deux hommes, les ressortissants allemands Karl et Walter LaGrand, le premier ayant été exécuté par injection mortelle et le deuxième dans la chambre à gaz de l'Etat d'Arizona. Toutefois, ce n'est pas leur mort — aussi triste et regrettable soit-elle et aussi présente qu'elle soit à l'esprit de mes collègues et de moi-même — qui est au centre de la présente procédure. Notre requête n'est pas davantage dirigée contre la pratique de la peine de mort en tant que telle, bien que les conséquences de cette pratique aient de toute évidence un impact non négligeable sur les aspects juridiques qui nous occupent aujourd'hui;
- troisièmement, la présente affaire est la première dans laquelle la Cour a rendu une ordonnance d'office, en application du paragraphe 1 de l'article 75 de son Règlement. Agissant littéralement dans les heures qui ont suivi sa saisine par l'Allemagne le 2 mars 1999, la Cour a

décidé d'indiquer des mesures conservatoires sans avoir tenu d'audience, pour une seule raison, essentielle : la vie d'un homme était en danger imminent.

3. Tout cela montre que cette affaire met en jeu des principes d'ordre supérieur : pour quelle autre raison l'Allemagne se serait-elle sentie tenue d'assigner en justice son proche allié, les Etats-Unis ? Pour quelle autre raison la Cour aurait-elle ressenti la nécessité d'agir de cette façon, qui est sans précédent ? Nous sommes ici aujourd'hui pour obtenir une décision de la Cour internationale de Justice sur des questions juridiques qui revêtent une grande importance — non plus pour les frères LaGrand, malheureusement, mais une grande importance pour les relations consulaires et donc pour les individus, et aussi pour les Etats du monde entier et non pas seulement pour l'Allemagne. Nous nous occupons de questions de droit international : rien de plus, mais rien de moins ! Je me permets de le souligner parce que certains observateurs pourraient être tentés de négliger précisément ce point. Il ne s'agit pas d'un procès pénal. L'Allemagne n'accuse personne, et certainement pas le Gouvernement des Etats-Unis. En tant que demandeur, nous cherchons à obtenir un arrêt de la Cour internationale de Justice sur des questions qui relèvent de l'application de la convention de Vienne sur les relations consulaires, et les Etats-Unis sont le défendeur en l'instance. Cet accent mis par l'Allemagne sur les aspects de droit international ne doit pas être interprété comme un manque de compassion ni pour les victimes des crimes commis par Karl et Walter LaGrand ni pour la destinée des deux frères. Notre approche se fonde plutôt sur le respect des nobles principes et missions qui guident la Cour, laquelle n'est pas une cour d'appel pénale mais, ainsi qu'il ressort du protocole de signature facultative de la convention de Vienne, la gardienne de l'application de cet instrument et de la pratique en la matière.

4. Je voudrais être parfaitement clair : l'Allemagne souhaite ne compromettre en rien les relations qu'elle entretient avec les Etats-Unis, qui sont excellentes et le resteront. Le fait même que les Etats-Unis et l'Allemagne puissent s'opposer devant la Cour internationale de Justice sans que cela porte préjudice à leurs relations montre à quel point ces relations sont bonnes et étroites et prouve également l'existence d'une culture juridique hautement développée dans les deux pays. L'un comme l'autre sont attachés au principe de la légalité, au plan interne et au plan international. Permettez-moi d'ajouter que la Cour a tranché une bonne douzaine d'affaires entre des pays alliés.

5. Sur la scène internationale, la convention de Vienne est un pilier important de la protection des ressortissants de chaque pays et de leurs droits à l'étranger. Nous souhaiterions souligner ici, comme nous l'avons déjà fait dans notre mémoire¹, que ce n'est pas seulement l'Allemagne mais également les Etats-Unis — lesquels comptent plus de quatre millions de ressortissants à l'étranger, répartis dans le monde entier — qui ont un intérêt vital à ce que cette Cour ait l'occasion de se prononcer sur l'interprétation de l'une des normes essentielles de la convention de Vienne. Cela ne peut qu'accroître la sécurité juridique et servir l'intérêt des deux Etats, car l'arrêt de la Cour renforcera l'application de la convention de Vienne et contribuera à la protection de nos citoyens. Ce point de vue semble d'ailleurs partagé par les Etats-Unis, puisque le département d'Etat américain a déclaré : «Nous sommes pleinement conscients que les Etats-Unis doivent veiller à ce que les ressortissants étrangers aux Etats-Unis se voient accorder le même traitement que celui que nous nous attendons à voir réserver à nos citoyens à l'étranger. Il ne saurait être question d'appliquer deux poids et deux mesures... Il est tout à fait approprié de porter des [cas de ce genre] à notre attention.»²

6. Ainsi que je l'ai indiqué, et comme nous l'avons souligné dans notre mémoire³, la présente affaire ne porte ni sur la peine de mort en général ni sur son application dans un pays particulier. Néanmoins, la position de l'Allemagne à l'égard de la peine capitale est claire : avec ses partenaires de l'Union européenne, l'Allemagne œuvre depuis de longues années en faveur de son abolition partout dans le monde. Le Gouvernement fédéral et le Bundestag considèrent tous deux la peine de mort comme une atteinte au droit fondamental de l'homme à la vie. Nous estimons que cette forme de châtement ne peut se justifier ni du point de vue éthique ni du point de vue juridique. Nous ne pensons pas non plus qu'elle se soit avérée une méthode viable de lutte contre la criminalité.

7. Néanmoins, c'est aux Etats qu'il appartient de décider, dans l'exercice de leur capacité souveraine, s'ils veulent autoriser ou abolir la peine de mort sur leur territoire. Il n'existe pas en droit international d'obligation d'abolir cette peine. Nous observons cependant une tendance

¹ Mémoire, par. 1.07.

² *New York Times*, 30 octobre 2000, p. A 20.

³ Mémoire, par. 1.08.

14

mondiale à son abolition. Plus de la moitié des Etats dans le monde ont aboli la peine capitale, en fait ou en droit. L'Allemagne a joué un rôle déterminant dans l'élaboration du deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui concerne l'abolition de la peine de mort et qui est aujourd'hui en vigueur dans 42 Etats. Comme je l'ai dit, la peine de mort n'est sans doute pas contraire en soi au droit international. Mais les limites prévues à l'article 6 du Pacte doivent être respectées.

8. La peine de mort a été abolie *de facto* dans les 41 Etats membres du Conseil de l'Europe et, à la suite de l'adoption du protocole n° 6 se rapportant à la convention européenne des droits de l'homme, presque tous l'ont aussi désormais abolie *de jure*. Les pays qui souhaitent devenir membres du Conseil de l'Europe, au sein duquel les Etats-Unis ont un statut d'observateur, ont l'obligation de ratifier le protocole n° 6.

9. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, je voudrais souligner à nouveau ici que nous ne remettons pas en cause les crimes commis par les frères LaGrand. Nous déplorons profondément les grandes souffrances qu'ils ont infligées aux victimes et à leurs proches. Mais nous sommes également conscients de l'importance de la protection consulaire pour les droits des ressortissants allemands et américains se trouvant à l'étranger, en particulier lorsque des décisions irréversibles telles que celle d'infliger ou d'exécuter la peine de mort sont en jeu. Voilà pourquoi nous cherchons à obtenir que soient précisées les obligations incombant aux Etats parties à la convention de Vienne en vertu de l'article 36 de celle-ci. Nous le faisons non seulement dans l'intérêt des ressortissants de nos deux pays, mais également dans celui des hommes et des femmes du monde entier.

10. La décision de porter le cas des frères LaGrand devant la Cour internationale de Justice ne nous a pas été facile. C'était pour nous le dernier recours après que nous eûmes tenté d'agir par toutes les autres voies, en vain. Quand les autorités allemandes ont été informées de l'affaire, en 1992, par les frères eux-mêmes, nos efforts pour leur porter assistance se sont d'abord concentrés sur les procédures judiciaires internes en cours, par respect pour l'indépendance du pouvoir judiciaire. Au cours de ces procédures, Karl et Walter LaGrand ont invoqué la violation de la convention de Vienne, mais sans succès. C'est seulement une fois épuisées toutes les voies de recours internes, à la fin de 1998, après que la Cour suprême des Etats-Unis eut refusé de rendre

15

une ordonnance de *certiorari*, et que les dates de l'exécution eurent été fixées par la cour suprême de l'Arizona le 12 janvier 1999, que l'Allemagne a demandé la clémence. Des mesures diplomatiques ont été prises à tous les niveaux politiques, sous forme de lettres adressées par le ministre fédéral des affaires étrangères et le ministre de la justice à leurs homologues américains, de plusieurs démarches effectuées auprès du gouverneur de l'Etat d'Arizona, et même de lettres adressées par le président de la République fédérale et le chancelier fédéral au président Clinton. Au début, tous ces efforts diplomatiques étaient des appels de nature politique ou morale à la clémence. L'octroi d'une mesure de grâce aurait sensiblement réduit les conséquences des violations de la convention de Vienne par les Etats-Unis. Il aurait permis d'éviter la première exécution d'un ressortissant allemand aux Etats-Unis depuis la création de la République fédérale d'Allemagne, en 1949.

11. Au départ, nous nous en sommes tenus à la voie diplomatique et n'avons pas porté l'affaire devant la Cour internationale de Justice, pour deux raisons principales : d'abord, parce que nous avions bon espoir que les tribunaux américains réparerait les violations de la convention de Vienne invoquées par les frères LaGrand, et ensuite, parce que nous pensions que la grâce serait accordée.

12. Toutefois, lorsque la commission des grâces de l'Arizona, à son audience du 23 février 1999, a rejeté les requêtes formulées par Karl LaGrand, il est devenu manifeste que l'on ne pouvait s'attendre à la grâce. Le Gouvernement allemand n'a appris qu'à cette audience que les autorités de l'Etat d'Arizona étaient informées depuis le début de la nationalité allemande des frères LaGrand et avaient donc méconnu de façon flagrante leur obligation d'informer les frères des droits qui étaient les leurs en vertu de la convention de Vienne. C'est alors que l'Allemagne a décidé de porter l'affaire devant la Cour internationale de Justice.

13. Nous saluons le fait que la Cour ait agi si rapidement et ait indiqué dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 3 mars 1999 qu'il devait être sursis à l'exécution de Walter LaGrand jusqu'à ce qu'elle ait rendu sa décision définitive. Malheureusement, Walter LaGrand a été exécuté en dépit de cette ordonnance.

16

14. L'Allemagne a une autre raison de se présenter devant cette Cour. Nous espérons que son arrêt confirmera aussi ce qui, selon nous, est de la plus haute importance pour l'activité de la Cour, à savoir qu'une ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue dans de telles circonstances a force obligatoire. Seul le respect de ce principe est de nature à éviter que des décisions rendues par la Cour sur le fond ne se trouvent vidées de leur sens à cause d'un acte accompli par une partie avant la décision finale. Nous estimons par ailleurs qu'il est nécessaire de poursuivre la procédure parce qu'il existe toujours, selon nous, après l'exécution des frères LaGrand, des preuves plus que suffisantes de manquements répétés des Etats-Unis aux obligations internationales prévues par l'article 36 de la convention de Vienne. Malgré tous les efforts que font les autorités américaines — efforts dont nous leur donnons acte — pour améliorer l'exécution de l'obligation de notification prévue à l'article 36 de la convention de Vienne, des ressortissants allemands qui ont été privés de leurs droits consulaires se trouvent, au moment même où je vous parle, détenus dans des prisons américaines. Nous avons connaissance d'au moins vingt-quatre cas de ressortissants allemands qui ont été arrêtés, sans être informés des droits que leur reconnaît l'article 36, depuis 1998, c'est-à-dire depuis que les Etats-Unis ont commencé à prendre des dispositions pour mieux faire respecter l'article 36. Cela signifie qu'une affaire semblable à celle des LaGrand pourrait se reproduire à tout moment.

15. L'enjeu d'une telle situation est important, non seulement pour les Allemands mais pour tous les ressortissants étrangers arrêtés aux Etats-Unis, et elle pourrait avoir des conséquences particulièrement tragiques dans des cas où, comme en l'espèce, la peine de mort risque d'être infligée. Selon Amnesty International, on comptait au mois de juin 2000 dans les prisons américaines quatre-vingt-sept ressortissants étrangers condamnés à mort. Depuis 1993, quatorze ressortissants étrangers ont été exécutés aux Etats-Unis; dans non moins de onze de ces cas, il y aurait eu violation de l'article 36 de la convention de Vienne⁴. Je citerai à ce propos les noms de Francisco Angel Breard, le ressortissant paraguayen exécuté en avril 1998, dont le cas a été soumis à cette Cour, et de Joseph Stanley Faulder, ressortissant canadien exécuté au mois

⁴ Amnesty International, *Key Topics, Execution of Foreign Nationals by the USA as of 23 June 2000*, disponible sur <http://www.amnestyusa.org/abolition/fnnat.html>.

de juin l'année dernière, ainsi que du Mexicain Miguel Angel Flores, exécuté au Texas il y a quatre jours.

Nous espérons que la présente instance apportera d'importants éclaircissements et renforcera le rôle de la convention de Vienne sur les relations consulaires et, par là même, la protection des individus dans le monde entier.

16. Mr. President, Members of the Court, may I now explain to you how and in what order the German delegation will be dealing with the various issues to be debated at these hearings.

17. Professor Bruno Simma will begin by setting out the basic facts of the case, before going on to comment on certain differences in the interpretation of those facts by the Parties.

Then Mr. David Kahn will deal with the questions of jurisdiction and admissibility raised in the United States Counter-Memorial.

He will be followed by Mr. Hans-Peter Kaul, who will analyse the violations of Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention on Consular Relations committed in the *LaGrand* case.

17 Mr. Andreas Paulus will then argue that, in applying its domestic law, the United States was also in breach of paragraph 2 of Article 36 of the Vienna Convention.

Professor Simma will then return to show that the right of information provided for by Article 36 of the Vienna Convention is an individual right pertaining to the security of the human person, in that it guarantees a specific mandatory procedure in cases involving the death penalty.

In the afternoon, Mr. Donovan will begin by replying to the Respondent's contention that Germany has not succeeded in showing that the admitted breaches of the Vienna Convention in the *LaGrand* case have had negative consequences.

Professor Simma will then return to the question of the responsibility of the United States in regard to the violations of the Vienna Convention, arguing in particular that this entitles Germany not only to a declaration by the Court concerning those violations, but also to assurances and guarantees of non-repetition.

In conclusion, Professor Pierre-Marie Dupuy will deal exhaustively with all of the issues relating to the Court's Order of 3 March 1999, and the United States failure to comply therewith.

18. Given the complexity of this case and the limited time available to us today, Germany would ask the Court to refer to the written pleadings for any question which we may have been unable to deal with at these hearings.

19. With the Court's permission, in our oral presentation we shall be omitting the references to the citations. These are, however, indicated in the copies supplied to the Registry.

20. We have also provided the Court with judges' folders containing certain basic documents, including the submissions to the Court, the text of which has undergone certain amendments.

21. Mr. President, Members of the Court, I thank you for your attention during my introduction and I would now ask you to give the floor to Professor Bruno Simma, who will continue Germany's oral presentation. Thank you very much.

18

Le PRESIDENT : Thank you, Mr. Westdickenberg and I give now the floor to Professor Bruno Simma.

M. SIMMA : Thank you, Mr. President.

II. LES FAITS

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, c'est pour moi un grand honneur que de me présenter à nouveau devant vous, cette fois au nom de mon propre pays, dans une affaire de la plus grande importance pour l'Allemagne. Ma première tâche aujourd'hui va être de passer en revue les faits de l'affaire. L'Allemagne note avec satisfaction que la plupart de ces faits ne font pratiquement l'objet d'aucune contestation. Je commencerai mon exposé en rappelant brièvement les points sur lesquels les Parties sont ainsi d'accord.

2. En janvier 1982, deux ressortissants allemands, Karl et Walter LaGrand, ont commis une tentative de vol à main armée contre une banque de Marana, en Arizona, au cours de laquelle le directeur de la banque a été tué et une autre employée gravement blessée. Lors de l'arrestation des frères, les autorités de l'Arizona ne les ont pas informés des droits qu'ils détenaient en vertu de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Elles n'ont pas non plus notifié l'arrestation et la détention des LaGrand au consulat allemand. Les LaGrand eux-mêmes

n'avaient pas connaissance de leur droit à une assistance consulaire. Vous trouverez à l'annexe 2 de notre mémoire les rapports pré-sentenciels qui prouvent que les autorités de l'Arizona avaient connaissance de la nationalité allemande des deux frères depuis au moins avril 1982. Dix ans plus tard, en juin 1992, les fonctionnaires consulaires allemands ont été mis au courant de l'affaire par les frères LaGrand eux-mêmes, qui avaient été informés de leurs droits par deux autres détenus allemands, et non par les autorités de l'Arizona. A cette date, Karl et Walter LaGrand avaient déjà été jugés et condamnés à mort. Au cours de la procédure pénale qui a abouti à ces sentences, le défaut d'assistance consulaire n'avait été invoqué ni par les avocats des frères ni par qui que ce soit d'autre. Lorsque, bien plus tard, le moyen relatif à la violation de l'article 36 fut enfin soulevé dans la procédure d'*habeas corpus*, il fut considéré comme tombant sous le coup de la carence procédurale. Ceux relatifs au manque de diligence des avocats précédents, notamment dans le cas de Karl LaGrand, ainsi qu'à d'autres insuffisances de la procédure au niveau de l'Etat, connurent le même sort. Ainsi, faute de notification au consulat en temps utile, et du fait de l'application de la doctrine dite de la «carence procédurale» qui s'en est suivie, l'Allemagne s'est trouvée dans l'impossibilité d'assister efficacement les frères devant la justice. Malgré tous les efforts imaginables, déployés tant sur le plan judiciaire que consulaire, diplomatique, et finalement politique, Karl et Walter LaGrand ont été exécutés en février et mars 1999. L'exécution de Walter LaGrand a eu lieu après que cette Cour eut rendu, le 3 mars, une ordonnance où elle indiquait notamment : «les Etats-Unis d'Amérique doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura pas été rendue»⁵. Voici ce que les autorités américaines ont fait immédiatement après la lecture de cette ordonnance : premièrement, le département d'Etat a transmis l'ordonnance au gouverneur de l'Arizona sans aucun commentaire; deuxièmement, le *Solicitor General* a soutenu devant la Cour suprême des Etats-Unis qu'«une ordonnance de la Cour internationale de Justice en indication de mesures conservatoires ne revêt pas un caractère obligatoire»⁶; troisièmement, la Cour suprême des Etats-Unis a rendu un arrêt où elle faisait sienne

⁵ Ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 16.

⁶ Voir mémoire, annexe 28.

cette position⁷; quatrième, le gouverneur de l'Arizona n'a pas utilisé le pouvoir discrétionnaire qui était le sien pour surseoir à l'exécution, malgré une recommandation en ce sens de la commission des grâces de l'Arizona; enfin, des fonctionnaires de l'Arizona ont exécuté Walter LaGrand au mépris de l'ordonnance de la Cour. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, voilà l'essentiel des faits de l'affaire.

3. Bien que — ainsi que le défendeur le souligne à juste titre — «les faits de l'espèce [soient] moins compliqués et moins contestés que ceux d'autres affaires dont la Cour est actuellement saisie»⁸, la deuxième partie du contre-mémoire des Etats-Unis montre que certaines divergences de vues existent pourtant. Je commencerai par quelques points mineurs.

4. Le défendeur infère des lettres adressées par le président et le ministre de la justice allemands à leurs homologues américains, rédigées dans les semaines qui ont précédé les exécutions⁹, que l'Allemagne a reconnu que les frères avaient bénéficié d'un procès équitable. Il est vrai que la lettre du président Herzog en date du 5 février 1999 n'exprimait pas de doutes au sujet de la «légitimité de leur condamnation ni de l'équité de la procédure»¹⁰. Mais, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, la lettre du président Herzog était clairement un appel à la clémence et non un exposé juridique. Son objet n'était pas de prendre position sur une question juridique complexe, et elle n'avait certainement pas pour but d'apprécier la licéité du comportement des Etats-Unis au regard du droit international. Cette dernière question a été soulevée dans une lettre écrite le 22 février 1997 par M. Fischer, le ministre des affaires étrangères allemand¹¹ — fait qui n'est pas mentionné par le défendeur. Permettez-moi d'ajouter que l'Allemagne n'a pas l'intention, dans le cadre de la présente instance, de soulever la question de la légitimité des verdicts de culpabilité ou du caractère équitable de la procédure au regard de la loi américaine. Nous nous trouvons devant la plus haute juridiction internationale et nos demandes ressortissent exclusivement au droit international. Ce que l'Allemagne demande, c'est que la Cour rende un arrêt déclarant que des actes et omissions d'organes des Etats-Unis ont contrevenu à

⁷ Voir mémoire, annexe 32.

⁸ Contre-mémoire, par. 13.

⁹ Voir mémoire, annexes 14 et 20.

¹⁰ Contre-mémoire, par. 14.

¹¹ Voir mémoire, annexe 18.

certaines règles du droit international, et spécifiant des mesures juridiques internationales appropriées.

5. Les Parties sont également d'accord sur les circonstances relatives à la naissance des frères LaGrand, à leur enfance extrêmement difficile, passée en partie dans des foyers d'accueil en Allemagne comme aux Etats-Unis, et aux problèmes et difficultés qu'ils ont connus pendant l'adolescence. Enfin, il n'y a aucune contestation sur le fait que Karl et Walter LaGrand ont été allemands depuis leur naissance jusqu'à leur mort et n'ont jamais acquis d'autre nationalité. Mais ce que les Etats-Unis essaient de faire, c'est de minimiser l'importance de la nationalité en l'espèce. Ils déclarent dans le contre-mémoire qu'à l'époque du meurtre, au début de 1982 :

«ils semblaient être à tous égards des citoyens originaires des Etats-Unis ... [par] leur manière d'être [*appearance*] et de se comporter ainsi que leurs habitudes [*characteristics*] ... ils étaient totalement américains dans leur façon d'être»¹².

Nous nous demandons ce que les Etats-Unis entendent démontrer par cette description. Elle n'est certainement pas de nature à remettre en cause le principe fondamental du droit international, confirmé par la jurisprudence constante de cette Cour, selon lequel la nationalité est un lien juridique reposant sur certaines données sociales. Le défendeur ne conteste pas qu'avoir comme ascendant une mère allemande est constitutif d'un tel lien légitime. L'«apparence» (*appearance*) et les «caractéristiques» (*characteristics*) américaines ne peuvent non plus servir d'excuse pour justifier le non-respect par les Etats-Unis de leur obligation d'informer les frères de leur droit de contacter le consulat allemand. Lors de leur arrestation, Karl et Walter LaGrand ont fait l'objet d'un rapport d'arrestation dans lequel ils ont indiqué comme lieu de naissance l'Allemagne. Vous trouverez le rapport d'arrestation concernant Karl LaGrand à l'annexe 1 du mémoire de l'Allemagne. Il est donc surprenant, pour ne pas dire plus, que, dans un pays où le droit de la nationalité repose sur le principe du *jus soli*, les fonctionnaires responsables aient pu prendre les frères LaGrand pour des «citoyens originaires des Etats-Unis»¹³. J'ai déjà dit aussi que les rapports pré-sentenciels mentionnaient explicitement que Karl et Walter LaGrand étaient des ressortissants allemands. Enfin, devant la commission des grâces, le 23 février 1999, le procureur de l'Arizona

21

¹² Contre-mémoire, par. 16 et 17.

¹³ Contre-mémoire, par. 16.

(*State Attorney*) Peasley a reconnu en des termes non équivoques que les autorités de l'Arizona savaient dès le début que les frères étaient de nationalité allemande.

6. Les Etats-Unis insistent par ailleurs sur la multiplicité des procédures de recours engagées par les frères. Là encore, nous nous demandons dans quel dessein. Les Etats-Unis veulent-ils ainsi convaincre la Cour que, vu la qualité et la quantité des voies de droit suivies au sein du système judiciaire des Etats-Unis, justice a été rendue et que, dès lors, il n'est pas nécessaire que cette Cour intervienne ? Ce serait là dénaturer complètement l'objet de la requête de l'Allemagne : l'Allemagne n'entend nullement placer la Cour internationale sur le même plan que les nombreuses juridictions américaines qui ont examiné cette affaire. L'Allemagne ne soulève devant cette Cour que des questions liées — et limitées — à l'interprétation et à l'application de certaines règles de droit international dans un cas précis. Les deux Parties ont reconnu comme obligatoire le protocole de signature facultative à la convention de Vienne qui dispose, en son article premier, que «[l]es différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention relèvent de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice». Par ailleurs, le fait, pour reprendre les termes du contre-mémoire, que «[l]es autorités judiciaires compétentes ont ... conclu que les avocats défendant les LaGrand leur avaient assuré une représentation en justice satisfaisante au regard de la Constitution»¹⁴ est sans pertinence dans le présent contexte. Il ne s'agit pas de cela. Ce que nous affirmons, c'est que, en raison du défaut de notification, l'Allemagne a été privée du droit que lui conférait la convention de Vienne d'aider les frères à obtenir une assistance juridique appropriée. Que la prétendue «représentation en justice satisfaisante au regard de la Constitution» soit loin d'avoir été adéquate est un problème entièrement différent.

7. Je présenterai maintenant quelques observations sur le chapitre III de la deuxième partie du contre-mémoire, intitulé «Les efforts déployés par les Etats-Unis pour assurer un meilleur respect de la convention»¹⁵. Dans ce chapitre, les Etats-Unis énumèrent les diverses mesures prises en vue d'obtenir que soient mieux respectées sur le plan interne les prescriptions de la convention de Vienne en matière de notification. J'ai le regret de dire que ce n'est pas la première fois que les conseils des Etats-Unis rendent compte à cette Cour des efforts en question. Il y a plus

¹⁴ Contre-mémoire, par. 19.

¹⁵ Contre-mémoire, par. 20 et suiv.

de deux ans et demi, dans sa plaidoirie du 7 avril 1998 en l'affaire *Breard*, Mme Brown, conseil des Etats-Unis, a déclaré entre autres choses que :

«les Etats-Unis ont intensifié les efforts de longue date pour s'assurer que tous fonctionnaires de police, que ce soit au niveau de l'Etat fédéral, des Etats fédérés ou au niveau local, connaissent et respectent les exigences de l'article 36 en matière de notification et de communication consulaires. Le département d'Etat fournit régulièrement des informations sur ces questions, depuis de nombreuses années.»¹⁶

Et, après avoir énuméré et apporté des précisions sur les efforts récents déployés à cet égard, Mme Brown concluait que :

«En prenant ces mesures ainsi que d'autres, les Etats-Unis agissent d'une manière propre à redresser la situation qui a donné lieu au défaut de notification consulaire dans l'affaire de M. Breard et d'une manière conforme à la pratique des Etats. Rien de plus n'est requis.»¹⁷

8. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, il est impossible de ne pas établir un parallèle entre cette déclaration et ce qui est dit dans le contre-mémoire en l'espèce. Je suis sûr que, demain, nos collègues américains nous exposeront une nouvelle fois ces divers efforts. Bien sûr, l'Allemagne accueille avec satisfaction toute mesure prise dans ce domaine. Toutefois, ce qui compte en définitive, ce sont les résultats concrets, autrement dit le respect des obligations. Et à cet égard j'ai le regret de dire que nous sommes encore très loin d'observer des résultats satisfaisants. Il suffit de regarder la liste des cas les plus récents de citoyens allemands détenus en violation de l'article 36, liste qui se trouve dans votre dossier, pour conclure que les efforts mentionnés par le défendeur n'ont même pas abouti à un semblant de respect systématique. Ce que nous constatons, c'est que les autorités de police des Etats-Unis font preuve d'une constante indifférence à l'égard de l'article 36. D'ailleurs, notre liste est loin d'être exhaustive. D'une part, elle ne cite que les cas de personnes arrêtées après le 1^{er} janvier 1998, c'est-à-dire depuis que les Etats-Unis, selon leurs propres dires, ont intensifié leurs efforts visant à ce que les exigences de notification soient respectées. Et, d'autre part, notre liste ne peut évidemment couvrir que les cas à propos desquels les fonctionnaires allemands ont eu vent d'une manière ou d'une autre de l'arrestation et de la détention. En d'autres termes, nous pouvons être sûrs qu'il y a beaucoup d'autres cas dont nous ignorons encore l'existence. Une estimation sommaire de nos consulats aux Etats-Unis a conduit à

¹⁶ *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis), mesures conservatoires, procédure orale, CR 98/7, 7 avril 1998, par. 2.27.*

¹⁷ *Ibid.*

23

la conclusion qu'à l'heure actuelle, malgré les efforts exposés par le défendeur, moins de vingt-cinq pour cent des ressortissants allemands détenus aux Etats-Unis ont été dûment informés des droits que leur confère la convention de Vienne. Et, comme je l'ai dit, cette estimation ne peut pas prendre en compte les violations non détectées. Toujours à propos de la liste que vous avez devant vous, j'aimerais attirer votre attention sur trois points particuliers.

9. Premièrement, comme le prouve le cas n° 1 figurant sur cette liste, même dans les affaires où l'intéressé encourt la peine de mort, les autorités de police ne semblent pas suffisamment sensibilisées à l'obligation de notification établie par la convention de Vienne.

10. Deuxièmement, si nous nous concentrons un moment sur les exemples ayant trait à la Californie, nous considérons comme alarmant que même les protestations répétées émises au nom de l'Allemagne n'aient pu modifier la pratique de non-respect de l'article 36. Par une lettre du 7 juillet 1999 adressée au gouverneur de la Californie, l'Allemagne a protesté contre le défaut de notification dans l'affaire Katharine Grant (cas n° 14). Cette lettre est restée sans réponse. Il ne semble pas non plus que le gouverneur ait pris des mesures pour faire en sorte que l'obligation de notification soit mieux respectée par les autorités californiennes. S'il l'avait fait, l'Allemagne n'aurait pas eu à protester de nouveau à maintes reprises dans des cas semblables. Je mentionnerai simplement nos lettres datées des 2 mars, 23 juin, 27 juillet et 29 août de cette année (cas n°s 7, 9, 2 et 10 sur la liste). Dans la réponse californienne en l'affaire Nils Himmelsbacher (cas n° 7), il est reconnu ouvertement que la raison pour laquelle M. Himmelsbacher n'a pas été informé de ses droits était probablement que les autorités ignoraient tout simplement l'existence des droits et obligations découlant de la convention consulaire. La méconnaissance générale de l'article 36 qu'on observe en Californie paraît évidemment moins surprenante après lecture de la communication faite le 13 septembre dernier par l'*Attorney-General* californien dans le cas du ressortissant allemand Udo Mardis (cas n° 2 sur la liste). Copie de cette lettre a été fournie à la Cour. Il y est dit notamment :

«L'article 834c du Code pénal de Californie, qui donne effet à la convention de Vienne en Californie, n'est entré en vigueur que le 1^{er} janvier 2000. Par conséquent, cette disposition légale ainsi que la directive qu'elle donne aux fonctionnaires de police de Californie n'étaient pas applicables en janvier 1999, date à laquelle vous indiquez que M. Mardis a été arrêté.»

24

En fait, la convention de Vienne est évidemment en vigueur, et donc applicable entre les Etats-Unis et l'Allemagne, depuis 1971. Et les autorités californiennes étaient liées par les obligations qu'elle énonce, non seulement au regard du droit international mais aussi en vertu de la constitution des Etats-Unis. Si donc, Monsieur le président, après plus de deux ans et demi d'une campagne prétendument intensive de promotion du respect de la convention de Vienne, même le plus haut fonctionnaire de la justice californienne ignore l'état du droit, comment le défendeur peut-il soutenir sérieusement devant cette Cour que «rien de plus n'est requis» ?

11. J'en arrive ainsi au troisième et dernier point concernant notre liste : il y est fait mention de toute une série de lettres dans lesquelles les autorités des Etats-Unis responsables des violations de l'article 36 présentent leurs excuses. Vous comprendrez, Monsieur le président, qu'on ne peut plus attendre de l'Allemagne qu'elle se satisfasse de cette manière expéditive de chercher à se soustraire à ses obligations internationales. Les règles de droit international sont là pour être respectées, et non pas seulement pour servir de base à des excuses quand elles ont été violées. Les excuses peuvent constituer une solution valable dans des cas isolés, mais elles ne sont ni suffisantes ni appropriées si le comportement illicite est devenu systématique, comme c'est malheureusement le cas en l'espèce.

12. Enfin, j'en viens au chapitre IV de la deuxième partie du contre-mémoire des Etats-Unis, où le défendeur accuse l'Allemagne d'émettre des «affirmations conjecturales et injustifiées sur les effets de l'assistance consulaire»¹⁸.

13. Pour étayer cette allégation, les Etats-Unis, comme premier argument, disent douter que les frères LaGrand auraient contacté le consulat d'Allemagne s'ils avaient été dûment informés de leur droit de le faire. L'Allemagne estime que ce point n'est absolument pas pertinent. En outre, nous ne pouvons malheureusement plus demander à Karl et à Walter LaGrand ce qu'ils auraient fait, et le défendeur, j'ai le regret de dire, témoigne d'un certain cynisme en venant soutenir, après avoir en quelque sorte fait disparaître la seule preuve fiable, que la charge d'établir les faits pertinents incombe à l'Allemagne. Je vous rappellerai simplement que, dès que Karl et Walter LaGrand, en 1992, ont eu connaissance de leurs droits, ils se sont immédiatement mis en

¹⁸ Contre-mémoire, par. 24 et suiv.

rapport avec le consulat d'Allemagne. Pourquoi donc juger «peu vraisemblable», comme il est dit dans le contre-mémoire¹⁹, qu'ils eussent fait de même juste après leur arrestation, quelque dix ans plus tôt ?

14. Les Etats-Unis qualifient en outre de «conjecturale et injustifiée» l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle une assistance consulaire précoce aurait joué un rôle décisif. Le contre-mémoire estime que le rôle d'un consul dans une affaire comme celle-ci est

25

«souvent tout à fait différent de la vision idéalisée qui en est donnée dans le mémoire. Fait capital, les fonctionnaires consulaires ne peuvent agir en qualité d'avocats. L'assistance qu'ils prodiguent à un accusé se limite à l'aider à obtenir les services d'un avocat et à assister ensuite ce dernier.»²⁰

Monsieur le président, à la lecture du mémoire de l'Allemagne, vous verrez que nulle part nous ne donnons du rôle de nos fonctionnaires consulaires une description aussi exagérée que le contre-mémoire cherche à vous le faire croire. Bien sûr, les fonctionnaires consulaires ne peuvent pas agir en qualité d'avocats. Mais ils peuvent aider leurs compatriotes à obtenir les services d'un avocat compétent, et ils le font. Il s'agit manifestement là d'un des droits conférés aux fonctionnaires consulaires par la convention de Vienne. C'est précisément le déni de ces droits qui est en cause en l'espèce.

15. Par ailleurs, les doutes émis par les Etats-Unis sur le point de savoir si la réglementation allemande en vigueur à l'époque de l'arrestation des frères LaGrand correspondait à la situation actuelle sont dénués de fondement. La circulaire du ministère allemand des affaires étrangères en vigueur au moment de l'arrestation n'autorisait pas seulement les fonctionnaires consulaires allemands à fournir l'assistance juridique qui vient d'être mentionnée : elle exigeait expressément que soit désigné, dans des circonstances comme celles de l'espèce, «un avocat compétent et digne de confiance»²¹. De plus, l'article 7 de la loi consulaire allemande, lu en conjonction avec la circulaire, dispose que «les missions à l'étranger ont le devoir de prêter assistance aux ressortissants allemands en détention provisoire ou purgeant une peine de prison». La nouvelle circulaire en vigueur depuis 1998 explique comme suit la raison d'être de ce devoir : «L'arrestation

¹⁹ Contre-mémoire, par. 27.

²⁰ Contre-mémoire, par. 28.

²¹ Paragraphe 4 de la circulaire de 1975.

représente une atteinte particulièrement sérieuse à la liberté individuelle d'une personne... Il est donc extrêmement important que les Allemands en état d'arrestation à l'étranger reçoivent un appui rapide, professionnel et total des missions diplomatiques allemandes à l'étranger»²² et, comme je l'ai indiqué, nous avons fourni à la Cour une traduction anglaise de ces deux documents. Vous remarquerez que les dispositions pertinentes des deux circulaires sont pratiquement identiques.

26

16. Lorsque les fonctionnaires consulaires allemands ont finalement eu connaissance de la détention des frères LaGrand en 1992, les phases du procès devant jury et du prononcé de la peine étaient déjà terminées. A ce stade, à cause de certaines particularités du droit des Etats-Unis sur lesquelles nous reviendrons plus tard, il n'était ni possible ni nécessaire que le consulat d'Allemagne prenne dans l'urgence des mesures immédiates. Mais, l'Allemagne a pris toutes les mesures qu'on pouvait raisonnablement attendre d'elle. Malheureusement, en 1992, soit huit ans après la condamnation à mort de Karl et Walter LaGrand, il n'y avait plus grand-chose à faire. Monsieur le président, cela nous ramène à l'essentiel : c'est parce que les Etats-Unis ont omis d'informer les LaGrand que l'Allemagne a été privée du droit et de la possibilité qu'elle avait de fournir en temps voulu une assistance efficace aux deux frères, en les aidant notamment à obtenir une représentation en justice appropriée dans les phases décisives de leur procès. Monsieur le président, les Etats-Unis abordent la question à l'envers lorsqu'ils déclarent que «la tâche de défendre les LaGrand a toujours incombé aux avocats qui les représentaient» et que «[l]es deux avocats savaient que les LaGrand étaient nés en Allemagne, mais ont apparemment choisi de ne pas chercher à réunir des éléments de preuve sur leur prime enfance en Allemagne»²³. Nous ne remettons pas en question la responsabilité principale des avocats de la défense dans la gestion de l'affaire. Ce dont nous nous plaignons, c'est que l'Allemagne ait été privée de son droit d'aider ses ressortissants à choisir une représentation en justice appropriée et de leur prêter ensuite assistance au cours de leur procès.

17. Dans ce contexte, c'est à bon droit que le défendeur insiste sur le rôle extrêmement important que jouent les avocats de la défense en matière pénale aux Etats-Unis — rôle qui va bien au-delà de celui qui est assigné aux avocats de la défense dans la plupart des autres systèmes

²² Paragraphe I de la circulaire relative à l'assistance aux Allemands détenus à l'étranger (annexe 47 au mémoire).

²³ Contre-mémoire, par. 32.

juridiques du monde. L'auteur d'un récent éditorial publié dans l'hebdomadaire britannique bien connu *The Economist* et consacré aux affaires de condamnation à mort aux Etats-Unis portait l'appréciation suivante :

«Des centaines de milliers de procès pour meurtre se sont déroulés aux Etats-Unis depuis 1976, la plupart exposant l'accusé à la peine de mort. En pratique cependant les procureurs n'ont requis la peine de mort que dans moins de cinq pour cent des cas. Il est rare que les procureurs requièrent le châtement suprême lorsqu'ils trouvent en face d'eux des avocats de la défense expérimentés et zélés. Lorsqu'ils le font, ce n'est non pas à cause de la gravité des crimes commis, mais parce que l'avocat de la défense leur semble une proie facile²⁴.»

Monsieur le président, les avocats défendant les LaGrand étaient justement une «proie facile». La cour suprême de l'Arizona a pris acte du «profil excessivement bas» gardé par l'avocat de Karl LaGrand bien qu'il lui fût impossible de dire «que sa prestation a été insuffisante au point de compromettre le caractère contradictoire du procès»²⁵. L'avocat lui-même a admis ultérieurement qu'il était incapable de traiter les questions complexes que soulève une affaire où la peine de mort est requise et il a expressément reconnu qu'il aurait dû s'y prendre différemment à biens des égards. J'invite la Cour à examiner avec moi la déclaration sous serment de l'avocat ayant représenté Karl LaGrand à son procès, qui est reproduite à l'annexe 46 du mémoire de l'Allemagne, aux pages 1013 et suivantes. L'avocat y a notamment déclaré sous serment ce qui suit :

27

- lorsqu'il a été désigné pour défendre Karl LaGrand, c'était la première fois qu'il représentait un accusé dans une affaire de meurtre passible de la peine de mort;
- il n'avait suivi aucune formation spécialisée dans le cadre de formation juridique continue pour s'occuper d'une telle affaire;
- il n'était pas averti du niveau d'expérience, des tâches, des tactiques et des stratégies qu'une affaire de ce genre exigeait;
- il avait abordé l'affaire du meurtre imputé à Karl LaGrand comme les autres affaires dont il s'était déjà occupé : comme une «infraction majeure habituelle», du genre d'«une affaire de drogue ou de cambriolage»;

²⁴ 10 juin 2000, p. 16.

²⁵ Voir mémoire, annexe 4.

- avec le recul, il s'était rendu compte qu'il n'était pas préparé à ce qui était en jeu, ni n'en était informé, et il a été dépassé par l'énorme médiatisation de l'affaire et n'a pu maîtriser la situation à cause de son manque d'expérience;
- il n'a jamais eu l'aide d'un enquêteur dans cette affaire;
- il ne s'est jamais entretenu avec des membres de la famille;
- il n'a jamais fait procéder à des recherches ou investigations exhaustives sur l'état mental de l'accusé ni accumulé d'éléments de preuve y relatifs; et pour terminer
- il n'a jamais considéré l'impulsivité ou l'altération temporaire des facultés mentales comme un moyen de défense valable.

Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, je m'abstiendrai de commenter le point de vue exprimé par la cour suprême de l'Arizona, que les Etats-Unis font leur dans leur contre-mémoire²⁶, selon lequel ce genre de défense doit malgré tout être considéré comme «une représentation en justice satisfaisante au regard de la Constitution». La seule observation que je souhaite formuler, c'est qu'il est hors de doute que la piètre qualité de la défense assurée aux frères LaGrand a contribué — c'est le moins qu'on puisse dire — à ce que ceux-ci se retrouvent dans la catégorie des moins de cinq pour cent de cas où les procureurs, aux Etats-Unis, requièrent la peine de mort. M. Donovan abordera ce point de manière plus approfondie cet après-midi.

28

18. Les Etats-Unis veulent-ils réellement faire croire à la Cour que l'idée que l'Allemagne — si elle avait été informée de l'arrestation des frères LaGrand en temps utile — aurait aidé ses ressortissants à obtenir une meilleure représentation en justice et accru ainsi de manière décisive leur chance de se retrouver parmi les quatre-vingt-quinze pour cent d'accusés non condamnés à mort après avoir commis de tels crimes n'est que simple conjecture de sa part ? Ou, pour poser la question autrement, les Etats-Unis veulent-ils vraiment dire que l'Allemagne — pays particulièrement attaché à l'abolition de la peine de mort partout dans le monde — aurait permis que ses ressortissants soient représentés par un avocat aussi effacé et aussi incompétent dans une procédure pénale où leur vie était en jeu ?

²⁶ Contre-mémoire, par. 19.

19. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, ayant ainsi présenté les faits sur lesquels l'Allemagne prie respectueusement la Cour de fonder sa décision et quelques observations sur les divergences d'interprétation de ces faits entre les Parties, puis-je maintenant vous prier de donner la parole à mon collègue M. Daniel Khan, qui développera notre argumentation sur la compétence et la recevabilité.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Simma. I give now the floor to Mr. Daniel Khan.

M. KHAN : Merci, Monsieur le président.

III. COMPETENCE ET RECEVABILITE

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, c'est un grand honneur et un grand plaisir pour moi de prendre pour la première fois la parole devant vous. J'ai pour tâche de plaider sur les questions de la compétence et de la recevabilité, dont l'Allemagne a traité de manière exhaustive dans son mémoire. Afin d'éviter les redites, je me bornerai par conséquent dans la suite de mon exposé à une analyse critique des questions et problèmes soulevés à cet égard dans le contre-mémoire des Etats-Unis.

2. Avant de commencer, l'Allemagne tient à exprimer sa satisfaction devant la décision des Etats-Unis de ne pas soulever d'exceptions préliminaires. Ce fait démontre que les deux Parties s'accordent sur l'objectif d'un règlement aussi rapide que possible du présent différend.

29 3. Malheureusement cette convergence de vues ne va pas très loin. On constate, s'agissant de la portée et de la nature du règlement judiciaire envisagé, que l'Allemagne aspire à une solution globale de toutes les questions juridiques de fond en cause, alors que les Etats-Unis ne sont au contraire disposés à soumettre à l'examen de la Cour qu'une petite partie de ces questions : en ce qui concerne les nombreuses autres questions que soulève la présente affaire, les Etats-Unis essaient de se dissimuler derrière l'épais rideau de fumée de ce qu'ils appellent «l'irrecevabilité». Or l'importance des questions que l'Allemagne a soulevées n'est pas seulement liée au sort des frères LaGrand : elles conservent, malheureusement, toute leur actualité. Les faits qui sont à l'origine du présent litige se sont répétés à maintes reprises par le passé et continueront de nous hanter à l'avenir si la Cour n'y met pas un terme. Il suffit de penser à l'affaire *Breard*, à l'instance

introduite récemment devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, au cas du ressortissant canadien Stanley Faulder ou à celui du ressortissant mexicain Miguel Angel Flores qui vient d'être exécuté il y a quatre jours à peine, au grand retentissement de ces affaires au sein de la communauté internationale et enfin, par-dessus tout, à la situation déplorable dans laquelle se trouvent des centaines de ressortissants étrangers condamnés à mort aux Etats-Unis et ailleurs. A la lumière des faits tels qu'ils ressortent de ces affaires et instances, on peut sans risque de se tromper supposer que la grande majorité de ces individus n'ont pu bénéficier des garanties procédurales instituées par la convention de Vienne sur les relations consulaires. Aussi le moment est-il venu pour la plus haute autorité judiciaire du monde de se prononcer de manière claire et dépourvue d'ambiguïté.

I. Compétence

4. Monsieur le président, qu'il soit souhaitable, voire urgent, de parvenir à un règlement global ne saurait évidemment nous dispenser d'établir le fondement d'un prononcé de la Cour. Nous savons tous que «la juridiction de la Cour est toujours une juridiction limitée», comme la Cour permanente l'a fait observer il y a déjà longtemps dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*²⁷. Nous avons démontré dans le mémoire que l'article premier du protocole de signature facultative à la convention de Vienne confère compétence à la Cour pour connaître de toutes les demandes qu'a présentées l'Allemagne. Nous prenons note avec satisfaction du fait que les Etats-Unis partagent explicitement notre point de vue dans leur contre-mémoire, du moins en ce qui concerne les demandes de l'Allemagne relatives à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention sur les relations consulaires²⁸. Ils contestent toutefois la compétence de la Cour en ce qui à trait la protection diplomatique²⁹. L'Allemagne estime pour sa part que «l'application de la convention» au sens du protocole de signature facultative englobe bien les conséquences de la violation des droits individuels reconnus par la convention, y compris le fait pour l'Etat d'envoi de faire siennes les demandes y relatives. D'ailleurs, selon l'article 5 de la convention consulaire, la protection des intérêts des ressortissants de l'Etat d'envoi est une des fonctions consulaires les plus importantes.

30

²⁷ *Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9, p. 32.*

²⁸ Contre-mémoire, par. 47.

²⁹ Contre-mémoire, par. 73 et suiv.

Quant aux autres conclusions de l'Allemagne, les Etats-Unis ont choisi de demeurer muets sur la question de la compétence, tout en avertissant cependant dans leur contre-mémoire que ce silence est «[s]ans préjudice de la position qu'ils pourraient adopter dans toute nouvelle procédure dans le cadre de la présente affaire»³⁰. Nous espérons néanmoins que le défendeur est au fait du principe, souligné par M. Rosenne, selon lequel les exceptions de caractère préliminaire doivent toujours être soulevées avant que la partie intéressée ne lie contestation sur le fond ou au plus tard au moment du dépôt du contre-mémoire³¹. Aussi l'Allemagne est-elle persuadée que les Etats-Unis s'abstiendront de prendre l'initiative, inhabituelle et même hautement discutable, de contester la compétence de la Cour à ce stade final de la procédure, initiative qui serait de toute façon vouée à l'échec.

II. Recevabilité

5. Nous ferons également observer que la retenue dont fait preuve le défendeur en ce qui concerne la compétence de la Cour au sens strict ne s'étend pas à la question de la recevabilité. Les Etats-Unis tentent, par le recours à cette notion, de dégager complètement leur responsabilité à raison des actes illicites qu'ils ont commis, à la seule exception de la violation de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. C'est ainsi que les Etats-Unis s'efforcent de vous convaincre qu'il serait malvenu pour la Cour de se prononcer sur les trois conclusions suivantes de l'Allemagne : *a*) celle selon laquelle la façon dont le droit américain a été appliqué dans l'affaire des frères LaGrand violait les droits que l'Allemagne tient du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne; *b*) celle selon laquelle les Etats-Unis ont manqué à leur obligation juridique internationale de se conformer à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour le 3 mars 1999, et enfin *c*) la demande que soient prises des mesures judiciaires allant au-delà de la simple proclamation par la Cour de l'illicéité du non-respect de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention consulaire par les Etats-Unis.

3 1

6. Les Etats-Unis prétendent à l'égard de tous ces points que «d'importants facteurs s'opposent à ce que soient déclarées recevables les demandes à l'origine des deuxième, troisième et quatrième conclusions de l'Allemagne»³². J'estime franchement, que les «importants facteurs»

³⁰ Contre-mémoire, par. 48.

³¹ S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, vol. II, Jurisdiction (1997), p. 864.

³² Contre-mémoire, par. 49.

invoqués par les Etats-Unis à l'appui de leur demande de rejet pur et simple de la plupart des conclusions de l'Allemagne sont tout sauf convaincants.

7. Permettez-moi de commencer par analyser la conception tout à fait exorbitante de la «recevabilité» sur laquelle le défendeur fonde son argumentation. Je passerai ensuite à l'examen des trois «importants facteurs». Vous ne serez point surpris d'apprendre que l'Allemagne conclura que les trois exceptions d'irrecevabilité qui nous sont opposées sont juridiquement indéfendables et que, partant, chaque demande présentée par l'Allemagne en l'espèce est recevable.

8. «Pour se prononcer sur la recevabilité», selon le contre-mémoire,

«la Cour doit rechercher si les caractéristiques de l'affaire dont elle est saisie ou les circonstances propres à certaines demandes particulières font qu'il est malvenu pour elle de se pencher et statuer sur l'affaire dans sa totalité ou sur certaines demandes en particulier»³³.

Cette affirmation faite sur un ton plein d'autorité contraste nettement avec l'absence de toute référence à la jurisprudence de la Cour ou à toute autre source qui serait de nature à l'étayer. Aussi sommes-nous en droit de demander si cette interprétation extensive de la notion de «recevabilité» reflète l'état réel du droit.

9. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, une analyse minutieuse de la jurisprudence de la Cour et de sa devancière en matière de recevabilité nous conduit à conclure que le tableau brossé par les Etats-Unis ne correspond pas à la perception qu'a la Cour elle-même de la question. Certes, comme la Cour l'a souligné dans l'affaire du *Cameroun septentrional*³⁴, la fonction judiciaire est soumise à des limitations inhérentes qui peuvent n'être pas faciles à classer. Nous discernons toutefois dans la jurisprudence de la Cour au moins deux éléments essentiels qui éclairent la façon dont celle-ci et sa devancière ont toujours traité les questions de recevabilité.

10. En premier lieu, la Cour n'admet d'exception d'irrecevabilité que si celle-ci se fonde sur des circonstances spéciales et singulières. Partant, la notion de «recevabilité» introduite par les Etats-Unis est erronée en ce qu'elle laisse entendre qu'il suffit simplement, pour déterminer s'il convient que la Cour poursuive l'examen d'une affaire et se prononce à son sujet, d'en apprécier les caractéristiques. La règle semble plutôt être celle d'une présomption selon laquelle l'existence

³³ *Ibid.*

³⁴ *Cameroun septentrional, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 30.*

d'un lien juridictionnel entre les parties dans une affaire donnée implique la recevabilité des demandes qui y sont formulées. Cette présomption ne peut être réfutée que dans des circonstances tout à fait spéciales. La Cour n'a d'ailleurs jamais fait valoir qu'elle avait toute latitude pour connaître ou non d'une affaire contentieuse. Elle n'a refusé de le faire que dans des circonstances très particulières et après un «examen très approfondi», pour reprendre la formule utilisée par la Cour permanente dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire des *Zones franches*³⁵.

11. En deuxième lieu, une conception aussi vague et large de la «recevabilité» que celle qu'avancent les Etats-Unis pourrait nous amener à supposer qu'il est impossible de prévoir concrètement les motifs pouvant justifier la recevabilité ou l'irrecevabilité d'une affaire ou de certaines demandes. Cela n'est tout simplement pas vrai. Il ressort d'un examen plus attentif de la jurisprudence de la Cour que celle-ci a toujours considéré en des termes très explicites la sauvegarde de l'intégrité de sa fonction judiciaire comme un élément capital à l'aune duquel apprécier la recevabilité. Dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, la Cour a dit «qu'il [lui appartenait] de veiller à l'intégrité de [sa] fonction judiciaire»³⁶. Dans l'affaire *Nottebohm*, la Cour a limité son rôle à l'«administration de la justice»³⁷, comme l'avait déjà fait la Cour permanente dans l'affaire des *Zones franches* en insistant sur sa qualité de cour de justice, qui la faisait quelque peu hésiter à intervenir «en dehors du domaine où une cour de justice, dont la tâche est d'appliquer des règles de droit, peut aider à la solution de différends entre deux Etats»³⁸. Enfin, dans l'affaire *Haya de la Torre*, la Cour a refusé de choisir entre diverses solutions sur la base de considérations de nature pratique ou d'opportunité politique, parce qu'elle estimait qu'«il ne rentr[ait] pas dans la fonction judiciaire de la Cour d'effectuer ce choix»³⁹. Ce raisonnement dépourvu d'ambiguïté va de pair avec la réticence que manifeste la Cour à juste titre à aborder le fond d'une affaire si elle prévoit que son arrêt demeurera dépourvu d'effet. Permettez-moi de citer par exemple la décision de la Cour dans l'affaire de l'*Or monétaire*⁴⁰, dans laquelle l'absence à l'instance de l'Albanie, dont

33

³⁵ *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.I.J. série A/B, n° 46, p. 161.*

³⁶ *Cameroun septentrional, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 29*

³⁷ *Nottebohm, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 122.*

³⁸ *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.I.J. série A/B, n° 46, p. 162.*

³⁹ *Haya de la Torre, arrêt, C.I.J. Recueil 1951, p. 79.*

⁴⁰ *Or monétaire pris à Rome en 1943, arrêt, C.I.J. Recueil 1954, p. 19 et suiv*

la position juridique constituait l'objet même de l'affaire, faisait qu'il était prévisible que tout arrêt éventuel de la Cour ne serait suivi d'aucun effet. Dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, la Cour a refusé de trancher de simples questions hypothétiques dépourvues de toute utilité réelle⁴¹. Enfin, dans les affaires des *Essais nucléaires*, la Cour a conclu qu'«[i]l n'entr[ait] pas dans la fonction juridictionnelle de la Cour de traiter des questions dans l'abstrait»⁴².

12. Si nous transposons cette jurisprudence en des termes plus abstraits, nous pourrions dire que, dans la pratique de la Cour, la recevabilité porte sur la question de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances, la décision de la Cour d'aborder le fond ou de poursuivre la procédure sur le fond dans une affaire donnée est compatible avec son statut d'organe judiciaire principal des Nations Unies, avec sa fonction judiciaire ou avec le caractère judiciaire de ses décisions⁴³.

13. A la lumière de ce que je viens de dire et, revenant à l'affaire qui nous occupe, je dois avouer que j'éprouve une réelle difficulté à comprendre comment cette affaire ou l'une quelconque des demandes formulées par l'Allemagne en l'espèce pourrait trouver sa place dans le puzzle des précédents en matière d'irrecevabilité. Tout ce que fait l'Allemagne, c'est formuler dans le cadre d'un différend d'ordre juridique en cours un certain nombre de demandes fondées sur des moyens purement juridiques. En premier lieu, l'Allemagne prie la Cour de dire que les Etats-Unis ont violé certaines règles de la convention de Vienne sur les relations consulaires. En deuxième lieu, l'Allemagne prie la Cour de dire que les Etats-Unis ont violé l'ordonnance rendue par la Cour le 3 mars 1999. Dans les deux cas, ce que l'Allemagne sollicite c'est une déclaration de la Cour, mesure la plus appropriée pour réparer le préjudice qu'elle a subi. En troisième lieu, l'Allemagne exige, à titre de mesure juridique distincte et supplémentaire, des garanties que de tels actes ne se reproduiront plus afin de prévenir toute nouvelle violation de ses propres droits ainsi que de ceux de ses ressortissants.

14. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, le fait de soulever ces questions purement juridiques peut-il porter atteinte de quelque manière que ce soit à l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour ? Certainement pas ! Bien au contraire, l'Allemagne soutient

⁴¹ *Cameroun septentrional, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 33 et suiv.

⁴² *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 272, par. 159, et *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 477, par. 62.

⁴³ Voir S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, vol. II, Jurisdiction (3^e ed., 1997), p. 546.

34

que rares ont été les cas où la Cour a été appelée à trancher un différend aussi exempt d'implications politiques qu'en l'espèce, cas soulevant des questions de droit international clairement définies permettant à la Cour d'agir strictement dans le cadre de sa fonction judiciaire, c'est-à-dire de trancher des questions juridiques concrètes plutôt qu'abstraites, réelles plutôt qu'hypothétiques, et de régler ainsi un différend d'ordre juridique en cours.

15. En guise de conclusion à mes observations générales sur la question de la recevabilité, je soulignerai qu'aucune des questions juridiques divisant les Parties n'a encore été réglée : l'Allemagne n'a pas obtenu de déclaration de la Cour, elle n'a pas obtenu non plus les assurances et garanties qu'elle avait demandées et, enfin, les écritures révèlent qu'un nombre considérable de points de droit et de fait demeurent contestés entre les Parties.

16. Permettez-moi maintenant d'aborder les trois exceptions spécifiques d'irrecevabilité que le défendeur soulève à l'encontre de certaines demandes de l'Allemagne.

17. Les Etats-Unis soutiennent dans la première de ces exceptions qu'«[i]l suffit à la Cour de répondre à la première conclusion de l'Allemagne pour faire justice entre les Parties» et qu'un arrêt statuant sur la première conclusion de l'Allemagne «réglerait le différend *principal* opposant les Parties, ferait justice entre celles-ci et affirmerait l'importance de la convention de Vienne dans les relations internationales»⁴⁴. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, il s'agit là véritablement d'une affirmation surprenante et — pour autant que nous puissions en juger — sans précédent. Lorsqu'un Etat soumet à la Cour, comme nous le faisons, quatre demandes distinctes, il n'appartient certainement pas au défendeur de décider lesquelles de ces demandes sont «principales» et lesquelles ne le sont pas. La réalité est simple : le présent différend ne se limite pas à l'objet visé dans la première conclusion de l'Allemagne. L'Allemagne quant à elle, n'a pas pour souci premier d'obtenir une déclaration générale de la Cour confirmant l'importance de la convention de Vienne dans les relations internationales. Notre objectif premier est plutôt d'obtenir justice dans le cas particulier que nous lui avons soumis et qui se trouve soulever des questions touchant l'interprétation et l'application de diverses normes internationales. On ne peut d'après l'Allemagne parvenir à un règlement judiciaire global du présent différend que si la Cour examine

⁴⁴ Contre-mémoire, par. 50 (les italiques sont de nous).

au fond toutes ses demandes. Et parvenir à un tel règlement judiciaire global est précisément ce que la Cour a toujours considéré comme étant sa fonction même.

35

18. Cela m'amène à la deuxième exception, tendant à ce que la Cour déclare irrecevables certaines demandes de l'Allemagne au motif qu'elles amèneraient la Cour, selon les Etats-Unis, à «assumer un rôle qui n'est pas le sien et qui lui est interdit, celui d'organe de contrôle des tribunaux internes américains»⁴⁵.

19. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, soyez assurés que l'Allemagne sait très bien que la Cour n'a pas pour fonction d'agir en tant que cour d'appel criminelle. Vous avez vous-mêmes insisté sur ce point dans vos ordonnances en indication de mesures conservatoires tant dans l'affaire *Breard* qu'en l'espèce. Au risque de répéter la même antienne, permettez-moi de rappeler que les demandes que l'Allemagne vous a soumises n'ont d'autre objet que le règlement d'un différend d'ordre juridique international relatif à l'interprétation et à l'application de la convention de Vienne. Ce que nous prions respectueusement la Cour de faire, c'est a) d'adopter notre interprétation de certaines règles de droit international; b) de dire et juger que le comportement qu'a eu le défendeur, c'est-à-dire, pour reprendre la terminologie du protocole de signature facultative, «l'application» qu'ont faite les Etats-Unis de la convention sur les relations consulaires, était incompatible avec les obligations juridiques internationales dont ils étaient tenus vis-à-vis de l'Allemagne; et c) de tirer de ce manquement certaines conséquences juridiques prévues par le droit international de la responsabilité des Etats. Partant, la présente instance n'a nullement pour objet d'entraver l'administration de la justice au sein du système judiciaire des Etats-Unis. Et l'Allemagne ne prie pas non plus la Cour d'infirmier une quelconque décision des tribunaux des Etats-Unis dans l'affaire des frères LaGrand.

20. Monsieur le président, il nous paraît aller de soi et résulter de la simple logique que l'opération juridique que nous prions la Cour d'entreprendre doive forcément comporter une appréciation critique de la conduite d'organes des Etats-Unis, y compris ses branches judiciaire et législative. Si l'Allemagne aborde des points du droit interne des Etats-Unis — démarche que le contre-mémoire critique, en parlant de «longues digressions ... sur le droit interne américain»⁴⁶ —,

⁴⁵ Contre-mémoire, par. 51 et suiv.

⁴⁶ Contre-mémoire, par. 52.

c'est uniquement pour démontrer que certains aspects du droit américain et de son application en l'espèce, en particulier la doctrine dite de la « carence procédurale », ont conduit les Etats-Unis à manquer à des obligations juridiques découlant de la convention de Vienne. Attribuer des violations du droit international au pouvoir judiciaire d'un Etat n'a rien d'extraordinaire ni qui soit de nature à poser problème. Une déclaration de la Cour internationale indiquant que des juridictions internes des Etats-Unis ont participé ou contribué à de tels manquements ne serait ni malvenue ni interdite — bien au contraire.

36

21. Monsieur le président, dans la troisième exception qu'ils soulèvent, les Etats-Unis contestent la recevabilité de notre conclusion relative à l'ordonnance du 3 mars 1999⁴⁷. Permettez-moi de rappeler ce que l'Allemagne demande à cet égard : nous prions la Cour de dire et juger que les Etats-Unis ont manqué à leur obligation juridique internationale de se conformer à cette ordonnance.

22. Or, si nous examinons l'argumentation développée par les Etats-Unis sur ce point, nous constatons que les critiques qu'ils formulent visent la Cour plutôt que l'Allemagne. Les Etats-Unis se plaignent de ce que « [l]a décision de l'Allemagne de saisir la Cour comme elle l'a fait a conduit celle-ci à faire abstraction de certains éléments fondamentaux de la procédure judiciaire »⁴⁸. Le défendeur déplore en outre « un mal-jugé » dans la procédure suivie par la Cour et, enfin, accuse cette dernière de ne pas avoir respecté « les principes fondamentaux d'une bonne justice »⁴⁹.

23. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, nous ne pouvons laisser de telles accusations sans réponse. Nous comprenons bien qu'il a dû être très difficile à la Cour de rendre une ordonnance en indication de mesures conservatoires en suivant une procédure aussi inhabituelle. Vous ne l'avez certainement fait qu'après avoir établi que la situation était d'une « urgence incontestable », comme M. Schwebel, ancien président de la Cour, l'avait reconnu dans l'affaire *Breard*⁵⁰; et en présence de solides « raisons humanitaires », pour reprendre les termes de

⁴⁷ Contre-mémoire, par. 55 et suiv.

⁴⁸ Contre-mémoire, par. 63 (les italiques sont de nous).

⁴⁹ Contre-mémoire, par. 64 et 66.

⁵⁰ *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998*, déclaration de M. Schwebel, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 259.

37

M. Oda⁵¹. L'Allemagne attache une grande valeur à cette décision, par laquelle vous avez exercé votre autorité judiciaire pour protéger la vie d'un homme qui était pour ainsi dire entre vos mains. Nous ne pouvons guère que regretter que les Etats-Unis n'aient pas respecté cette décision difficile et mûrement pesée en donnant effet à l'ordonnance. Nous ne pouvons tout simplement pas exclure la possibilité qu'à l'avenir la Cour se trouve de nouveau devant des situations exceptionnelles qui ne lui laissent pas d'autre choix que de déroger aux procédures établies si c'est là le seul moyen de servir la justice en cas d'extrême urgence. L'Allemagne est certaine que la Cour est restée dans les limites d'une application scrupuleuse des règles en question. Cette décision mérite le plus profond respect de la collectivité internationale.

24. Partant, il est difficile de saisir le but et l'objet des exceptions soulevées par les Etats-Unis. Le défendeur veut-il que la Cour annule sa propre ordonnance au motif de manquements à la procédure qu'il allègue, ou bien la Cour devrait-elle traiter son ordonnance comme étant viciée en quelque sorte, et par conséquent d'une moindre pertinence juridique ?

25. Monsieur le président, c'est la Cour elle-même qui a décidé en toute indépendance d'agir comme elle l'a fait et de rendre cette ordonnance. Il n'y a certainement pas lieu d'engager, sous l'angle de la recevabilité, un débat sur la portée et la pertinence juridique de cette ordonnance. Nous ne devrions pas à ce stade aborder des questions qui portent sur le fond de notre affaire, et nous devrions éviter de jouer une «pièce dans la pièce» à la Shakespeare, pour citer feu notre collègue et ami Keith Highet.⁵²

26. En conclusion de mon analyse de la question de la recevabilité, je voudrais dire un mot sur ce que le défendeur appelle «[l]e moment choisi par l'Allemagne». Ainsi que nous l'avons précisé dans notre mémoire, l'Allemagne avait de bonnes raisons d'agir comme elle l'a fait. En outre, comme le constatent à juste titre les Etats-Unis, «il n'existe pas de délai de prescription uniforme en droit international ni de normes claires fixant les délais dans lesquels la Cour doit être

⁵¹ *Ibid.*, déclaration de M. Oda, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 260, par. 8 ; et affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, *mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999*, déclaration de M. Oda, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 20, par. 7.

⁵² *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, *mesures conservatoires*, Mémoires et plaidoiries, CR 98 /4, 6 mars 1998, p. 62, par. 28.

saisie»⁵³. Les deux Parties sont donc d'accord pour dire que le caractère tardif en tant que tel ne constitue pas un motif d'irrecevabilité.

27. Ce que les Etats-Unis semblent tenir pour un motif d'irrecevabilité, c'est le fait que l'Allemagne aurait pu être informée de tous les éléments pertinents à l'affaire, entre autres de ce que les autorités de l'Arizona savaient dès le départ que les frères LaGrand étaient des ressortissants allemands, si seulement elle avait prêté l'attention voulue à ce que l'on appelle les rapports pré-sentenciels de 1984. Mais puis-je vous rappeler respectueusement que ce n'est pas avant 1992 que les fonctionnaires consulaires allemands ont appris l'arrestation des frères LaGrand ? Soit huit ans déjà après le procès, après la condamnation et après la rédaction de ces rapports pré-sentenciels. Il est vrai que les avocats chargés de la défense des LaGrand, eux, n'ont pas prêté attention à la mention de la nationalité des deux frères qui figurait dans ces rapports. Cela permet effectivement de critiquer la qualité de leur défense à l'époque. Mais, Monsieur le président, c'est là précisément l'argument de l'Allemagne : la défense de Karl et Walter LaGrand aurait été beaucoup plus efficace si un consulat d'Allemagne avait eu l'occasion d'y veiller.

3 8

28. Aussi, 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 pré-sentenciels 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 pré-sentenciels 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 pré-sentenciels 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, 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 pré-sentenciels concernant l'un ou l'autre des frères LaGrand, ni aucune idée de l'endroit où ces rapports étaient classés. Il semble que les

⁵³ Contre-mémoire, par. 58.

rapports en question ne figurent même pas dans le dossier conservé au greffe de la cour supérieure.»

Monsieur le président, si même 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»⁵⁴? 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 ?

29. Aussi, et compte tenu des explications complémentaires que nous avons données dans notre mémoire, l'Allemagne prie respectueusement la Cour de se déclarer compétente pour connaître de la présente affaire et de dire que toutes les demandes formulées par l'Allemagne sont recevables.

Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je vous remercie de votre attention. Puis-je vous inviter maintenant à donner la parole à mon collègue M. Kaul, qui parlera à la Cour des violations, par les Etats-Unis, du paragraphe premier de l'article 36 de la convention consulaire.

39

The PRESIDENT : Thank you very much. The Court will first adjourn for ten minutes.

The Court adjourned from 11.40 a.m. to 11.55 a.m.

The PRESIDENT: Please be seated. The sitting is resumed and I give now the floor to Mr. Kaul for Germany.

M. KAUL : Thank you, Mr. President.

IV. LE PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 36 DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LES RELATIONS CONSULAIRES

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est pour moi un honneur et un privilège de prendre la parole devant vous au nom de l'Allemagne. Ma mission est d'analyser les

⁵⁴ Contre-mémoire, par. 60.

violations du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne qu'ont commises les Etats-Unis. A cette fin, je commencerai par rappeler rapidement les droits que définit l'article 36 ainsi que la teneur et la structure de cette disposition cruciale. En second lieu, je montrerai pourquoi il ne suffit pas que les Etats-Unis aient reconnu avoir violé la convention pour satisfaire à leurs obligations vis-à-vis de l'Allemagne, et qu'ils se fondent, en prétendant le contraire, sur une interprétation restrictive et très discutable de l'article 36. En conclusion, je démontrerai que les Etats-Unis ont violé le paragraphe 1 de l'article 36, non seulement dans son alinéa *b*), mais aussi dans ses alinéas *a*) et *c*).

2. Monsieur le président, le différend qui oppose les Etats-Unis et l'Allemagne porte sur un problème central : les Etats-Unis lisent l'article 36 de la convention de Vienne en un sens très étroit et restrictif. Ainsi que l'affaire des frères LaGrand le prouve clairement, cette interprétation peut vider de la plus grande partie de sa signification pratique le droit reconnu aux ressortissants étrangers d'être informés de leur droit de communiquer avec les fonctionnaires consulaires.

Par opposition l'Allemagne affirme, premièrement que l'article 36 prévoit un régime qui garantit aux étrangers un accès effectif aux conseils de leur consulat et, deuxièmement, que ce régime fait aussi appel, de la part de la législation et de la réglementation nationales, à des normes minimales qui donnent véritablement au droit de communication consulaire un sens et une utilité pratique.

4 0 I. L'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires

3. Monsieur le président, quels sont les droits énoncés à l'article 36, quelle est la teneur et la structure de cette disposition ?

Comme vous savez, le paragraphe 1 de l'article 36 énonce plusieurs droits qui permettent aux ressortissants étrangers d'entrer en communication et en contact avec leur consulat, et il comprend trois alinéas, à savoir les alinéas *a*), *b*) et *c*) du paragraphe 1 de l'article 36.

Comme vous avez devant vous, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, le texte exact de l'article 36 de la convention de Vienne, il est inutile de donner de nouveau intégralement lecture de cette importante disposition. Je rappellerai donc brièvement que

- l'alinéa *a*) énonce le droit des fonctionnaires consulaires de communiquer avec leurs ressortissants et de se rendre auprès d'eux et vice versa,
- l'alinéa *b*) établit les droits concrets de l'Etat d'envoi et de tout ressortissant de cet Etat, pour qu'en cas d'arrestation, ces droits de communiquer et de se mettre en rapport les uns avec les autres puissent être exercés effectivement. A cette fin, il prévoit
 - que la personne arrêtée est informée sans retard de son droit de communiquer avec le consulat;
 - si elle le désire, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent alors informer sans retard le consulat, qui peut à son tour user de son droit de communication avec ses ressortissants comme le dispose l'alinéa suivant
- alinéa *c*) : le consulat peut user de son droit de se rendre auprès de son ressortissant détenu, de correspondre avec lui et — c'est le plus important — de pourvoir à sa représentation en justice.

Lorsque nous examinons la teneur et la structure du paragraphe 1 de l'article 36 dans le cadre de l'affaire des frères LaGrand, quel est l'élément déterminant ?

Monsieur le président, l'élément déterminant, et d'ailleurs le critère absolument crucial, est la question de savoir si les autorités ont informé sans retard la personne arrêtée de son droit de contacter le consulat.

Pourquoi est-ce déterminant à ce point ?

Parce que — et je ne saurais trop le souligner —, lorsque cette obligation de l'Etat de résidence est violée, les autres droits qu'énonce le paragraphe 1 de l'article 36 perdent en pratique toute pertinence, voire toute signification.

4 1

Il est déterminant que l'étranger soit informé de son droit de se mettre en rapport avec son consulat. C'est essentiellement par cette disposition que la convention permet de donner vraiment effet aux *autres* droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36. Il s'agit à la fois du droit de communication avec le consulat énoncé à l'alinéa *a*) du paragraphe 1 et du droit qu'a le consulat de se rendre auprès de son ressortissant détenu, de correspondre avec lui et, c'est le plus important, de pourvoir à sa représentation en justice en application de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36.

En résumé, le respect de l'obligation d'informer l'étranger de son droit de communiquer avec son consulat est une *condition préalable* à l'exercice effectif des autres droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36. Si cette condition *sine qua non* n'est pas remplie, l'assistance consulaire telle qu'elle est prévue aux alinéas a) et c) du paragraphe 1 de l'article 36 devient un principe abstrait, devient lettre morte, est dépourvue de signification pratique. Comme nous le constatons, cela risque d'avoir les conséquences les plus déplorables, fatales, comme dans le cas des frères LaGrand, tout particulièrement dans un pays où la peine de mort est souvent prononcée. En pareil cas, une application restrictive et erronée de l'article 36 peut, comme cette affaire en témoigne, faire littéralement pencher la balance dans un sens ou dans l'autre, alors qu'il s'agit de vie ou de mort.

4. Monsieur le président, j'en viens au paragraphe 2 de l'article 36. Le paragraphe 2 concerne la question importante de la mise en œuvre dans la législation interne de l'Etat de résidence des droits qui viennent d'être énoncés. Ce paragraphe se lit comme suit :

«Les droits visés au paragraphe 1 du présent article 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 du présent article.»

Il est clair que le paragraphe 2 de l'article 36 ne limite ni ne restreint en aucune façon les obligations qui incombent à l'Etat de résidence en application du paragraphe 1 de l'article 36. Il porte seulement sur les modalités de leur exercice. D'une part, le paragraphe 2 précise bien que l'article 36 ne porte pas atteinte à la validité des lois et règlements du pays considéré. D'autre part, et cela est un élément absolument essentiel de l'argumentation de l'Allemagne, Monsieur le président, le paragraphe 2 de l'article 36 impose à l'Etat de résidence une obligation précise. Cet Etat doit adopter des lois et des règlements qui permettent d'exercer effectivement les droits énoncés à l'article 36. Le paragraphe 2 vise la réalisation des fins de l'article 36, c'est-à-dire que les étrangers aient effectivement accès aux services de leur consulat s'ils le désirent. L'Etat de

4 2 résidence doit donc donner à son droit interne une forme telle que l'exercice des droits énoncés à l'article 36 puisse être effectif, avoir un sens, être concrètement praticable. Nous montrerons, Monsieur le président, que la législation des Etats-Unis méconnaît cette obligation en raison de l'existence et de l'application de certaines règles comme celles de la «carence procédurale»

(*procedural default*) et de la loi intitulée *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act* (la loi sur l'anti-terrorisme et l'application effective de la peine de mort).

5. Monsieur le président, l'Allemagne constate avec satisfaction, une satisfaction limitée, que les Etats-Unis ont reconnu qu'ils n'ont pas fait savoir aux frères LaGrand, en 1982, au moment de leur arrestation et de leur mise en détention, qu'ils avaient le droit de contacter leur consulat, comme le prévoit le paragraphe 1 de l'article 36. Mais bien sûr, devant les preuves claires et catégoriques qui figurent dans les rapports pré-sentenciels, d'où il ressort que les autorités de l'Arizona savaient dès le début que les deux frères étaient de nationalité allemande les Etats-Unis ne reconnaissent là que l'évidence : c'est-à-dire que les frères LaGrand étaient de nationalité allemande, que les autorités de l'Arizona, parfaitement informées du fait ont négligé d'informer à leur tour les autorités allemandes; que, par conséquent, les Etats-Unis sont responsables de l'inobservation de l'article 36 par les autorités de l'Arizona.

II. L'interprétation du paragraphe premier de l'article 36

6. Monsieur le président, j'en viens à ma deuxième question :

Comment les Etats-Unis peuvent-ils s'en tenir à une interprétation aussi étroite et restrictive de l'article 36 que celle qu'ils défendent dans leur contre-mémoire ?

Nous craignons, Monsieur le président, devant certains passages du contre-mémoire au sujet, d'abord, de la condition [d'informer] «sans retard», puis au sujet des travaux préparatoires, et enfin au sujet de la pratique des Etats en ce qui concerne l'article 36, de devoir douter sérieusement que les Etats-Unis soient fermement résolus à reconnaître cette violation. Aussi, bien que les Etats-Unis aient admis avoir enfreint l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36, l'Allemagne estime nécessaire de préciser l'interprétation de ce paragraphe 1 de l'article 36.

1. L'obligation d'informer «sans retard»

7. Monsieur le président, il est tout particulièrement évident que les Etats-Unis donnent une interprétation restrictive et erronée de l'obligation d'informer «sans retard» énoncée à l'article 36.

Se référant au libellé de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 qui impose l'obligation d'«avertir sans retard», les Etats-Unis déclarent de manière tout à fait étonnante que cette notification peut aussi être reportée, de sorte que «la notification s'effectue après

4 3 l'accomplissement des étapes clés d'une instruction criminelle»⁵⁵. Les Etats-Unis affirment même que l'article 36 et d'autres accords consulaires «n'établissent pas de lien entre la notification consulaire et un stade particulier de l'enquête et des poursuites»⁵⁶. Monsieur le président, est-ce que «sans retard» — selon les Etats-Unis — signifie autre chose que «sans retard»? Cette attitude ne fait-elle pas fi de l'application effective de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 que prescrit la convention de Vienne? Si c'est ainsi qu'il faut comprendre l'énoncé, on pourrait considérer qu'il suffit de procéder à la notification juste avant l'exécution du condamné! L'affaire *LaGrand* montre que cette conception étrange, en fait presque cynique, du «respect des obligations» n'est pas purement théorique: les deux frères ont été informés de leur droit de communication avec le consulat peu après la fin de la procédure d'*habeas corpus*, à l'issue de laquelle leur dernier appel a été rejeté par la cour suprême le 21 décembre 1998 — soit plus de seize ans après leur arrestation et moins de trois mois avant leur exécution.

8. Les Etats-Unis ont raison de dire au paragraphe 86 de leur contre-mémoire que la convention de Vienne n'oblige pas «les fonctionnaires consulaires à fournir une assistance consulaire concrète». Mais cette observation, encore une fois, est à côté de la question. Ce qui est déterminant, c'est que la convention accorde le droit de fournir cette aide. L'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 36 donne aux fonctionnaires consulaires «le droit ... de pourvoir à [la] représentation en justice» d'un détenu et de correspondre avec lui, y compris de lui donner des conseils sur la conduite à tenir pendant le procès et de lui offrir l'assistance d'un avocat. Pour que ce droit puisse s'exercer utilement, la notification doit être faite «sans retard» c'est-à-dire en temps voulu pour que l'on puisse pourvoir à une représentation en justice efficace dès le début de la procédure pénale. Encore une fois: informer les détenus plus tard n'est pas conforme à l'obligation de les informer «sans retard», c'est-à-dire immédiatement après l'arrestation. En informant les frères *LaGrand* de leur droit d'aviser le consulat plus de seize ans après leur arrestation, les Etats-Unis n'ont manifestement pas obéi à la norme prescrite par l'article 36.

⁵⁵ Contre-mémoire, par. 84.

⁵⁶ *Ibid.*, note 90.

2. Les Etats-Unis abusent des travaux préparatoires

44

9. Par ailleurs, Monsieur le président, les Etats-Unis cherchent à limiter la portée de l'article 36 en se référant aux travaux préparatoires de cette disposition et à la pratique des Etats. Comme nous l'avons montré et comme nous continuerons de le montrer, les Etats-Unis ont donné des travaux préparatoires une interprétation tout à fait erronée en se fondant sur des propositions qui ont été catégoriquement rejetées par la conférence. A ce stade, je me bornerai à citer un seul exemple, mais c'est un exemple éloquent.

10. La mise au point de la disposition relative au droit d'être informé du droit que l'on a de se mettre en rapport avec son consulat a été difficile. Néanmoins, en ce qui concerne l'interdiction de tout retard, les travaux préparatoires sont très clairs. L'obligation de notifier le consulat de l'Etat de résidence sans retard a d'abord été proposée par la CDI. Mais la CDI voulait que le consulat soit informé «sans retard injustifié»⁵⁷. Sur proposition du Royaume-Uni, la deuxième commission de la conférence diplomatique a supprimé le terme «injustifié». Elle a donc renforcé l'obligation de procéder rapidement à la notification⁵⁸, si bien que l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 ne tolère aucun retard dans l'information du détenu au sujet de ses droits. C'était l'*opinio juris* commune qu'un étranger a le droit individuel de recevoir sans retard l'assistance de son consulat. L'idée était que la notification de ses droits faite au détenu devrait être obligatoire, qu'elle devrait être efficace et qu'elle ne doit pas être discrétionnaire.

3. La pratique des Etats

11. Monsieur le président, pourquoi la pratique des Etats ne peut-elle ni conforter ni justifier l'interprétation restrictive et erronée que donnent les Etats-Unis d'Amérique de l'article 36 ?

- Premièrement la pratique des Etats est limitée et peu concluante.
- Deuxièmement, aucune des affaires en cours ne concerne, comme le fait la nôtre, la question précise de savoir si une condamnation à la peine de mort alors qu'il y a eu violation du droit à l'assistance consulaire doit être réexaminée ou non (la seule exception étant l'affaire *Breard* que la Cour connaît parfaitement).

⁵⁷ Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, Documents officiels A/CONF. 25/16/add. 1 (1963), vol. II, p. 24, projet d'article 36, par. 1, al. *b*).

⁵⁸ *Ibid.*, vol. II, p. 86 (amendement proposé par le Royaume-Uni, Documents officiels A/CONF. 25/C.2/L. 107 (1963); *ibid.*, par. 106 *c*), p. 134.

— Troisièmement, la plupart des violations de l'article 36 sont commises dans le cadre d'affaires mineures et sont alors résolues au cours de la procédure pénale, comme ce fut le cas dans les deux affaires allemandes citées dans le contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique.

4 5

Les quelques affaires évoquées par les Etats-Unis d'Amérique concernent presque toutes la question de savoir si des preuves obtenues alors que le prévenu n'était pas renseigné sur l'assistance consulaire peuvent être utilisées ou non au cours de la procédure pénale aux fins d'une condamnation. Cela n'a évidemment pas grand-chose à voir avec la question fondamentalement différente qui nous occupe, à savoir si une condamnation à la peine de mort entachée d'une violation grave et prolongée du droit à une assistance consulaire doit être réexaminée ou non. Au sujet de l'effet qu'une violation de l'article 36 produit sur le déroulement d'une procédure pénale, M. Booschever, juge, a notamment déclaré, dans l'opinion dissidente énergique qu'il a émise à la suite de l'affaire *Lombera-Camorinlinga* :

«Je souscris à la conclusion de la majorité quand elle dit qu'il «ne faut pas écarter les déclarations qu'un ressortissant étranger fait après avoir été arrêté au seul motif qu'il les a faites avant d'avoir été informé de son droit à demander une notification consulaire...» Mais lorsque le ressortissant étranger peut démontrer qu'il a été lésé par l'absence d'information sur ses droits, ce préjudice doit être réparé...»⁵⁹

Si cela est juste, Monsieur le président, n'est-il pas plus indispensable encore de réparer l'effet préjudiciable en question s'il concerne des circonstances ayant conduit à prononcer la peine capitale ?

Pour être bien clair, l'Allemagne n'a pas demandé l'annulation automatique de toutes les condamnations entachées d'une violation de l'article 36 et n'a pas l'intention de le faire. Ce que demande l'Allemagne, comme nous l'exposerons ultérieurement en détail, c'est qu'une condamnation ou une peine prononcée qui est entachée d'une violation du droit à l'information du ressortissant étranger puisse faire l'objet d'une procédure ultérieure de réexamen, surtout s'il s'agit d'affaires impliquant une condamnation à la peine de mort.

III. La violation du paragraphe 1 de l'article 36 par les Etats-Unis d'Amérique

12. Monsieur le président, j'en viens maintenant à ma troisième et dernière question :

⁵⁹ Contre-mémoire, annexe 9, p. 31.

Pourquoi le fait que les Etats-Unis d'Amérique aient reconnu jusqu'à un certain point avoir violé l'article 36 ne suffit-il pas à faire justice entre les Parties ?

La réponse est la suivante : premièrement, les Etats-Unis d'Amérique ne reconnaissent pas avoir commis les violations des alinéas *a)* et *c)* du paragraphe 1 de l'article 36 qui accompagnent la violation de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 dudit article; deuxièmement, les Etats-Unis d'Amérique n'admettent pas que leurs lois et règlements ne sont pas à la hauteur des principes contenus dans le paragraphe 2 de l'article 36, de la convention de Vienne dans la mesure où ils ne permettent pas de donner plein effet à l'objet même des droits énoncés dans le paragraphe 1 de l'article 36; troisièmement, les Etats-Unis d'Amérique ne reconnaissent pas que l'article 36 crée des droits individuels, que la violation de ces droits lèse également le droit de l'Allemagne d'exercer sa protection diplomatique et que ces facteurs aggravent la violation première.

13. S'agissant des violations des alinéas *a)* et *c)* du paragraphe 1 de l'article 36 consécutives au défaut d'information sur l'assistance consulaire, que faut-il vraiment penser des objections soulevées par les Etats-Unis d'Amérique pour qui les demandes de l'Allemagne doivent être considérées comme de simples demandes surajoutées et donc déplacées ?

Il est courant qu'un seul et même comportement se traduise par plusieurs manquements à des obligations différentes. Si l'obligation d'informer un détenu de ses droits et de l'aider à se mettre en rapport avec son consulat n'est pas respectée, le détenu ne peut pas prendre contact avec son consulat, ne peut pas communiquer avec lui, ne peut pas recevoir la visite de fonctionnaires consulaires, ne peut pas bénéficier du soutien d'un défenseur compétent parce qu'il n'a pas connaissance de son droit. En conséquence, la violation de ce droit implique fatalement la violation des autres droits. Comme on l'a vu lors du procès LaGrand, les frères n'ont pu contacter leur consulat qu'en 1992, alors qu'il était trop tard. Après le verdict de culpabilité et la condamnation, l'aide du consulat d'Allemagne ne pouvait plus être d'aucun effet, surtout pas en ce qui concerne la condamnation à la peine de mort. C'est-à-dire que respecter par la suite les droits conférés par les alinéas *a)* et *c)* du paragraphe 1 de l'article 36 ne pouvait remédier au fait que ces dispositions avaient été précédemment violées.

Monsieur le président, finalement, la situation a abouti à l'exécution des frères LaGrand. En ce qui concerne Walter LaGrand, ces violations graves de la convention de Vienne ont été encore

aggravées par la violation délibérée de l'ordonnance rendue par la Cour le 3 mars 1999, laquelle avait force obligatoire.

14. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, je vous prie de bien vouloir donner la parole à mon collègue, M. Paulus, qui va montrer que les Etats-Unis d'Amérique ont également violé le paragraphe 2 de l'article 36. Je vous remercie de votre attention.

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

M. PAULUS :

V. L'ARTICLE 36, PARAGRAPHE 2 DE LA CONVENTION DE VIENNE

47

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, c'est pour moi un grand honneur que de représenter ici le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne. Je vais montrer que dans l'affaire des frères LaGrand, les Etats-Unis d'Amérique ont violé l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires et en particulier son paragraphe 2 parce qu'ils ont appliqué leur droit interne. Dans son mémoire, l'Allemagne a exposé en détail les raisons pour lesquelles elle considère que l'application de la doctrine de la carence procédurale et de la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, la loi sur l'antiterrorisme et l'application effective de la peine de mort, revient à violer le paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne. Monsieur le président, à ce stade je ne m'étendrai pas trop en détail sur le droit interne des Etats-Unis d'Amérique. De fait, le contre-mémoire ne conteste pas pour l'essentiel notre analyse du droit des Etats-Unis d'Amérique. Le désaccord entre les Parties porte sur la conformité *vel non* de la législation américaine avec les droits conférés aux ressortissants étrangers par l'alinéa b) du paragraphe 1 et du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne. Il s'agit là d'une question de droit international et, Monsieur le président, c'est précisément cette question qui vous est soumise aujourd'hui.

2. Je développerai la thèse de l'Allemagne relative à la violation du paragraphe 2 de l'article 36 en trois étapes :

- premièrement, je montrerai que l'interprétation du paragraphe 2 de l'article 36, son objet et son but ainsi que les travaux préparatoires prouvent que cette disposition devait garantir que les obligations internationales découlant de l'article 36 prendraient le pas sur la législation et la réglementation internes qui ne permettent pas la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu de l'article 36;
- deuxièmement, je ferai valoir que la législation et la pratique des Etats-Unis d'Amérique ne donnent pas plein effet à ces droits et sont donc contraires aux paragraphes 1 et 2 de l'article 36; et
- troisièmement, je ferai valoir que la primauté reconnue à l'article 36 par rapport au droit interne ne souffre pas d'exceptions et que les Etats-Unis d'Amérique doivent en conséquence modifier leur législation ou ses modalités d'application pour qu'à l'avenir l'article 36 soit toujours respecté dans les actions judiciaires se déroulant aux Etats-Unis.

Le PRESIDENT : Puis-je vous interrompre un instant pour vous demander de parler un peu plus lentement; les interprètes ont du mal à vous suivre.

M. PAULUS : Je vous prie de m'excuser, Monsieur le président.

I. L'interprétation et les travaux préparatoires

4 8

3. Monsieur le président, le libellé du paragraphe 2 de l'article 36 ne laisse aucun doute quant à sa signification : d'une part, il est stipulé que «[I]es droits visés au paragraphe 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence». Il s'agit là d'une évidence : le paragraphe 1 de l'article 36 n'autorise pas le non-respect du droit interne. Ainsi, pour prendre un exemple utilisé par la Commission du droit international⁶⁰, les règlements internes sur les visites dans les prisons doivent être respectés.

4. D'un autre côté toutefois, ces lois et règlements ne doivent pas entraver l'application des droits énoncés dans le paragraphe 1. C'est le sens de la condition stipulée dans la seconde moitié du paragraphe 2 : les lois et règlements en question doivent toutefois «permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article». Ainsi est

⁶⁰ Commentaire de la Commission du droit international sur le projet d'article 36. Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, *Documents des Nations Unies A/Conf.25/Add.1* (1963), vol. II., p. 25, par. 5.

confirmée et maintenue la primauté du droit international par rapport au droit interne. Par ailleurs, il nous faut ici interpréter l'intention du paragraphe 1, qui est que les droits accordés en vertu de ce paragraphe doivent effectivement remplir leur objet, c'est-à-dire garantir qu'un ressortissant étranger placé en détention puisse effectivement communiquer avec ses autorités consulaires et bénéficier de leur soutien. Nous avons ici une disposition qui subordonne l'application du droit interne à celle du droit international. Comme le montrera l'Allemagne, la législation américaine ne répond pas à cette exigence.

II. La lecture erronée des travaux préparatoires par les Etats-Unis d'Amérique

5. Monsieur le président, avant d'examiner plus en détail comment le droit des Etats-Unis d'Amérique reste en deçà des normes fixées dans le paragraphe 2 de l'article 36, permettez-moi de réagir brièvement à l'analyse de l'historique de la disposition en question telle qu'elle est présentée dans le contre-mémoire. Un coup d'œil aux travaux préparatoires montrera que la lecture qu'en proposent les Etats-Unis d'Amérique est en contradiction avec l'historique de l'article 36.

6. Le contre-mémoire fait référence au commentaire de la Commission du droit international sur le texte proposé à l'origine pour le paragraphe 2 de l'article 36 et prétend que la commission avait l'intention de limiter la clause conditionnelle au «régime des visites en prison»⁶¹. Mais cette conclusion repose sur une lecture tout simplement incomplète du commentaire de la commission. En fait, le paragraphe 5 du commentaire sur le projet de l'article 36 donne les visites dans les prisons comme un exemple de circonstances qui devraient être régies par la législation et la réglementation internes. Toutefois le paragraphe 7 du commentaire se réfère à tous les droits visés par le projet d'article 36. En conséquence, la clause conditionnelle devait concerner l'ensemble des droits énumérés dans le paragraphe 1 de l'article 36⁶².

49

7. Par ailleurs, le commentaire de la Commission concernait son projet et non le paragraphe 2 de l'article 36 de la convention tel qu'il existe sous son libellé actuel. Le projet de la Commission demandait simplement que les lois et les règlements internes n'annulent pas les droits

⁶¹ Contre-mémoire, par. 80.

⁶² Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, actes officiels, vol. II, Document des Nations Unies A/CONF.25/16/Add.1 (1963), p. 25.

prévus par le paragraphe 1 de l'article 36⁶³. Manifestement, la proposition de la Commission était plus faible que ne l'est le texte définitif de la convention qui demande non seulement que les droits des ressortissants étrangers ne soient pas annulés mais aussi que soient pleinement réalisées les «fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article». M. Evans, délégué du Royaume-Uni, a expliqué en ces termes l'amendement du Royaume-Uni⁶⁴ adopté ultérieurement par la Conférence :

«Les consulats doivent respecter les lois et règlements en des matières telles que le droit de visite dans les prisons et ce qu'est autorisé à recevoir un prisonnier. Il est cependant de la plus grande importance de préserver, quant au fond, les droits et obligations prévus au paragraphe 1.»⁶⁵

Ainsi, contrairement à ce que maintiennent les Etats-Unis d'Amérique au paragraphe 80 de leur contre-mémoire, ce qui est déterminant, ce n'est pas de savoir si une législation inacceptable concerne les visites dans les prisons ou d'autres questions mais si elle risque d'entraver l'exercice des droits prévus au paragraphe 1 de l'article 36. Comme va le démontrer l'Allemagne, Monsieur le président, c'est exactement ce que fait la législation américaine.

8. Dans sa défense du projet qui devait devenir le paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne, le délégué du Royaume-Uni a ajouté :

«La délégation ukrainienne a soutenu que le droit interne devait l'emporter sur le droit international, mais cette objection ne peut s'appliquer aux droits reconnus au paragraphe 1 de l'article 36.»⁶⁶

Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 36 impose d'analyser le droit national à la lumière de l'objet et du but de l'article 36 et non simplement de chercher si le droit interne est expressément contraire à l'énoncé des droits. L'interprétation donnée dans le contre-mémoire est donc beaucoup trop restrictive quant il y est affirmé que

50

«Rien n'indique dans le texte ... que les règles de droit pénal et de procédure pénale en vertu desquelles un accusé serait jugé ou ferait réexaminer par les juridictions d'appel la déclaration de culpabilité et la peine prononcée à son encontre entre également dans les prévisions de cette disposition.»⁶⁷

⁶³ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁴ Document des Nations Unies A/CONF.25/C.2/L.107 (1963), dans Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, document des Nations Unies A/CONF.25/16/Add.1 (1963), vol. II, p. 86.

⁶⁵ Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, *op. cit.*, vol. I, p. 375, par. 47.

⁶⁶ Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, *op. cit.*, vol. I, p. 376, par. 10.

⁶⁷ Contre-mémoire, par. 79.

En fait, le mot «fins» est suffisamment large pour inclure toutes les dispositions de droit interne susceptibles d'entraver l'exercice des droits conférés par l'article 36. Etant donné l'extrême diversité des systèmes juridiques utilisés dans le monde, une énumération des questions de droit interne visées au paragraphe 2 de l'article 36 ne serait ni nécessaire ni possible.

9. Monsieur le président, dans leur contre-mémoire, les Etats-Unis d'Amérique font grand cas de l'opposition de l'Union des républiques socialistes soviétiques et de la Biélorussie au libellé du paragraphe 2 de l'article 36. Ils s'appuient sur la position d'Etats qui ont voté contre cette disposition et n'ont pas ratifié la convention avant 1989 parce qu'ils estimaient, à juste titre, que le paragraphe 2 de l'article 36 les obligerait à modifier profondément leur législation et leur pratique, ce qu'ils n'étaient pas prêts à faire. Comme l'a dit le délégué de l'Ukraine à la conférence de 1963 : «Les mots en question sont très dangereux en ce sens que les règles internationales risqueraient sérieusement d'empiéter sur la législation nationale...»⁶⁸

Il est difficile de voir comment de telles objections émises par des opposants à une disposition pourraient traduire la «conception, exprimée publiquement, que se faisaient les négociateurs», comme l'affirme le contre-mémoire⁶⁹. La position des Etats qui se sont prononcés contre le texte du paragraphe 2 de l'article 36 prouve simplement que ces Etats s'y sont opposés quand ils se sont rendus compte que cette disposition aurait des incidences considérables et sont finalement restés en dehors du traité. Ce n'est qu'après un changement fondamental de leur situation politique que l'Union soviétique, le Bélarus et l'Ukraine ont adhéré à la convention, plus de vingt-cinq ans plus tard⁷⁰.

10. Monsieur le président, je répète que la lecture que font les Etats-Unis d'Amérique du paragraphe 2 de l'article 36 est tellement restrictive qu'elle rend cet article inopérant par rapport à la législation interne alors que l'interprétation de l'Allemagne garantit toute son effectivité à cette disposition. Correctement interprété, le paragraphe 2 de l'article 36 subordonne toute la législation et réglementation internes à l'exercice effectif des droits et obligations internationaux visés au paragraphe 1 de l'article 36. C'est précisément pour cette raison que cette clause conditionnelle a

⁶⁸ Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, *op. cit.*, vol. I, p. 45, par. 47.

⁶⁹ Contre-mémoire, par. 81.

⁷⁰ Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, Document des Nations Unies ST/LEG/SER/E/18 (2000), vol. 1, chap. III 6.

5 1 été proposée par la Commission du droit international et qu'elle a même été renforcée dans les délibérations des Etats qui seraient parties à la convention de Vienne.

III. Les effets du droit interne des Etats-Unis d'Amérique sur les droits visés à l'article 36

11. Monsieur le président, j'aimerais maintenant aborder la question de savoir si la législation et la réglementation des Etats-Unis d'Amérique telles que les tribunaux américains les ont appliquées dans l'affaire *LaGrand* sont à la hauteur des normes définies à l'article 36. Dans son mémoire, l'Allemagne a exposé en détail l'impact de la doctrine interne de la carence procédurale et de la loi sur l'antiterrorisme et l'application effective de la peine de mort. Pour autant que nous puissions en juger, les Etats-Unis d'Amérique ont dans l'ensemble accepté notre description de leur droit et de leur jurisprudence, leur seule critique ayant été que nous avons donné une image trop positive de l'évolution récente⁷¹. En fait, si nous examinons la jurisprudence américaine, y compris les jugements rendus après le dépôt du mémoire de l'Allemagne, nous ne pouvons exclure que l'application effective de l'article 36 exige d'apporter quelques modifications à la législation et non pas simplement des modifications aux modalités d'application des lois en vigueur. Mais cela n'a rien d'exceptionnel. Comme l'a dit la Cour permanente de Justice internationale dans son avis consultatif sur l'*Echange des populations grecques et turques*, au sujet de l'interprétation d'une clause conventionnelle prescrivant expressément l'adaptation du droit interne aux obligations internationales :

« Cette clause ne fait que mettre en relief un principe allant de soi, d'après lequel un Etat qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris. »⁷²

Enfin, dans l'opinion individuelle qu'il joint à la décision dans l'affaire des *Prêts norvégiens*,

Hersch Lauterpacht a indiqué que :

« la loi interne pouvait être contraire dans son intention ou dans ses effets aux obligations internationales de l'Etat et que la question de la conformité de la loi interne avec le droit international était une question de droit international. »⁷³

⁷¹ Contre-mémoire, par. 76 et suiv. et par. 91, note de bas de page 96.

⁷² Affaire de l'*Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, C.P.J.I. série B n° 10.

⁷³ Affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, C.I.J. Recueil 1957, p. 9, op.indiv. Lauterpacht, p. 37.

52

12. Monsieur le président, l'affaire actuelle ne concerne pas le droit des Etats-Unis d'Amérique en tant que tel. Au regard du droit international, les lois nationales sont de simples faits. Comme l'indique le célèbre texte de l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale au sujet de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* :

«Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté de l'activité des Etats, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. La Cour n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la convention de Genève lui impose envers l'Allemagne.»⁷⁴

Monsieur le président, c'est exactement ce que l'Allemagne demande de la Cour. Nous ne demandons pas à la Cour d'interpréter la législation américaine comme telle mais nous invitons la Cour à statuer sur la question de savoir si, en appliquant leurs propres lois, les Etats-Unis d'Amérique ont agi en conformité avec les obligations que l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires leur impose envers l'Allemagne. Celle-ci estime que tel n'a pas été le cas.

13. Pour résumer, Monsieur le président, la législation des Etats-Unis empêche de soulever en appel, à la suite d'une condamnation, la question de la violation de l'obligation de notification visée à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36. Nous sommes là au cœur du problème : lorsqu'il y a eu violation de l'article 36 et que le défendeur en appel n'a pas fait valoir devant le tribunal du fond qu'il y avait eu une violation de ses droits en vertu de l'article 36, il est impossible de réexaminer l'impact de cette violation de l'article 36 sur le jugement qui est rendu alors que l'accusé ignorait ses droits. Ainsi, la législation des Etats-Unis crée un véritable cercle vicieux : l'accusé ne peut pas invoquer la violation de ses droits au titre de l'article 36 de la convention de Vienne parce qu'il ne connaît pas ses droits, mais le fait que les autorités aient omis d'informer le détenu de ses droits ne peut être réparé lors d'une procédure ultérieure parce que le droit interne des Etats-Unis n'autorise pas les tribunaux ne serait-ce qu'à examiner la question.

14. Ce sont deux institutions du droit des Etats-Unis — établies dans une intention entièrement différente — qui produisent ce résultat. La première est la doctrine de la carence

⁷⁴ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, arrêt n° 7, C.P.J.I. série A n° 7.*

53

procédurale, qui est appliquée souvent dans les Etats et toujours à l'échelon fédéral dans les procédures d'appel et d'*habeas corpus*, et la seconde est la loi de 1996 sur l'antiterrorisme et l'application effective de la peine de mort. D'après la doctrine de la carence procédurale, un accusé ne peut invoquer en appel des fautes commises au cours de la procédure s'il ne l'a pas déjà fait lors du procès devant jury. Si cette règle a effectivement un sens quand elle porte sur des droits que l'accusé ou son avocat connaissait, elle a des conséquences perverses quand elle s'applique au droit d'être informé d'un autre droit. Le droit à l'information comme celui qui est défini à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne permet de remédier à l'ignorance d'une personne en détention. Si cette obligation d'informer n'est pas satisfaite, l'intéressé ignorera que ce droit existe et ne sera pas non plus en mesure d'invoquer ce manquement devant le tribunal. En pareil cas et contrairement à ce qui se passe pour d'autres droits de procédure, le droit à l'information ne peut être vraiment appliqué que s'il peut être encore invoqué après la fin du premier procès. Une mesure, ou une règle, qui se justifie entièrement lorsque l'accusé connaît ses droits revient à un déni inadmissible de ces droits dans le cas d'un droit à l'information. L'Allemagne ne prétend pas que les tribunaux des Etats-Unis envisageaient un tel résultat lorsqu'ils ont introduit la doctrine de la carence procédurale mais cela n'empêche pas les conséquences catastrophiques que peut avoir cette doctrine du point de vue du droit à l'information prévu à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36. Comme l'a dit Douglas Cassel,

«Opposer une fin de non recevoir à une requête tardive au titre de la convention parce qu'elle est entachée de carence procédurale alors que les droits consulaires auraient pu être garantis en temps utile si l'Etat avait rempli les obligations qui lui incombent de notifier «sans retard» le ressortissant étranger de ses droits consulaires revient à pénaliser le ressortissant étranger pour le manquement de l'Etat. Il ne sert à rien de blâmer l'avocat. Si l'Etat avait rempli son obligation, la négligence de l'avocat aurait été sans importance.» [Traduction du Greffe]

et l'auteur ajoute :

«De plus, si les Etats-Unis d'Amérique avaient rempli leur obligation, [l'étranger] aurait été en mesure de faire valoir ses droits consulaires en temps et lieu appropriés. En permettant ... à des considérations d'*habeas corpus* ou de fédéralisme propre au droit interne de faire échec aux dispositions de la convention, les Etats-Unis d'Amérique ne permettent pas la «pleine réalisation» des fins pour lesquelles sont accordés les droits consulaires.»⁷⁵ [Traduction du Greffe]

⁷⁵ D. Cassel, *Judicial Remedies for Treaties Violations in Criminal Cases : Consular Rights of Foreign Nationals Death Penalty Cases*, 12LJIL (1999) 851, 885.

15. En outre, au lieu d'inciter les autorités des Etats à remplir leurs obligations au titre de l'article 36 de la convention de Vienne, la doctrine de la carence procédurale fournit une protection aux autorités qui violent ces obligations. Quand les autorités s'acquittent de l'obligation qui leur incombe d'informer les détenus de leurs droits, elles se trouvent en présence d'un accusé beaucoup mieux informé et risquent de perdre une affaire qu'autrement elles auraient peut-être gagnée. En revanche, si elles ne respectent pas leur obligation, elles ne courent même pas le risque d'être condamnées par une juridiction supérieure. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, cette situation ne peut être considérée comme assurant la mise en œuvre effective de l'article 36 de la convention de Vienne.

5 4

16. L'adoption de la loi intitulée *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* de 1996, loi sur l'antiterrorisme et l'application effective de la peine de mort⁷⁶, a rendu encore plus difficile les recours contre les verdicts de culpabilité prononcés par les juridictions étatiques. Un requérant dans une action d'*habeas corpus* qui prétend être détenu en violation d'un traité ne se verra même pas accorder une audience aux fins de prouver l'existence d'un effet préjudiciable⁷⁷. Ainsi, dans l'affaire *Breard*, la Cour suprême n'a fait référence qu'au premier membre de phrase du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne — en ignorant apparemment le second membre de phrase — et a appliqué les règles de droit interne de la carence procédurale et les principes de la loi sur l'antiterrorisme pour motiver son refus de statuer sur le fond au sujet du moyen tiré de la violation de l'article 36 de la convention de Vienne qui était invoqué par *Breard*⁷⁸.

17. Dans le cas des frères LaGrand, la règle de la carence procédurale et l'application de la même loi ont empêché les tribunaux fédéraux, en fait empêché n'importe quel tribunal, d'examiner vraiment la question de savoir si l'absence de notification au consulat avait vicié la condamnation à la peine de mort. La jurisprudence dont j'ai parlé a empêché les frères LaGrand d'invoquer utilement l'absence de notification au consulat lorsqu'ils ont eu enfin connaissance de leurs droits et se sont mis en rapport avec le consulat allemand à Los Angeles en 1992. Le 16 janvier 1998, la cour d'appel fédérale du 9^e circuit a jugé irrecevable pour cause de carence procédurale la requête

⁷⁶ Pub.L. No. 104-132, 110 Stat. 1214 (1996).

⁷⁷ 28 U.S.C., par. 2254 a), e) 2) ii) (Supp. 1998; pour le texte, voir le mémoire, note 188 au paragraphe 4.34.

⁷⁸ *Breard*, *International Legal Materials*, p. 37, 826, 828 (1998).

présentée au motif de la violation de la convention de Vienne même si la violation elle-même n'était pas contestée⁷⁹. La cour n'a même pas examiné l'argument de fond selon lequel la présentation de circonstances atténuantes supplémentaires aurait pu éviter la condamnation à la peine de mort.

18. Monsieur le président, l'application de la doctrine de la «carence procédurale» dans l'affaire *LaGrand* ne constitue pas une exception mais, au contraire, confirme que la non-application des dispositions de l'article 36 de la convention de Vienne par les tribunaux est la règle aux Etats-Unis. Malheureusement, les Etats-Unis ont raison de dire dans leur contre-mémoire que la tendance apparue dans la première décision de la neuvième *Circuit Court* dans l'affaire *Lomera-Camorlinga*, au moment où l'Allemagne a rédigé son mémoire, ne s'est pas maintenue. Les décisions rendues récemment par les tribunaux et les analyses des spécialistes montrent qu'il est peu probable que la jurisprudence en la matière évolue si le droit fédéral n'est pas modifié⁸⁰, même si certains observateurs considèrent que le changement est encore possible⁸¹. Cependant, dans le contexte actuel, ce qui importe ce n'est pas de savoir si les décisions rendues par les tribunaux des Etats-Unis sont justes ou non du point de vue du droit interne. Jusqu'à présent, c'est aux Etats-Unis qu'il appartient de décider comment mettre en œuvre l'article 36. Cette mise en œuvre doit en tout cas répondre à la norme d'efficacité minimale envisagée au paragraphe 2 de l'article 36. Or, comme l'Allemagne l'a montré, la façon dont le système de droit actuel des Etats-Unis traite les violations de l'article 36 ne permet pas de respecter ces conditions. Comme le juge Boochever l'a dit énergiquement dans l'opinion dissidente jointe à la décision rendue par la neuvième *Circuit Court* plénière dans l'affaire *Lombera-Camorlinga*, l'interprétation de la convention de Vienne qu'adoptent la majorité des tribunaux aux Etats-Unis

55

«équivalait à garantir la mise en œuvre par un lion sans dents ni griffes. Les parties défenderesses qui ont réellement subi un préjudice parce que leurs droits aux termes de l'article 36 ne leur ont pas été notifiés peuvent être condamnées à la prison et à d'autres peines auxquelles elles n'auraient pas été condamnées si leurs droits avaient été respectés. Une telle interprétation du traité est difficilement conciliable avec les

⁷⁹ *LaGrand v. Stewart*, 133 F.3d 1253, 1261 (9^e circ. 1998), mémoire, ann. 10.

⁸⁰ Voir par exemple E. Luna/D. Sylvester, *Beyond Breard*, *Berkeley Journal of International Law* (1999, vol. 7, p.) 147; H. Schiffman, *Breard and Beyond: The Status of Consular Notification and Access under the Vienna Convention*, 8 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* (2000), vol. 8, p. 27.

⁸¹ Schiffman, *ibid.*, p. 58 et suiv.; D. Cassel, *Judicial Remedies for Treaty Violations in Criminal Cases: Consular Rights of Foreign Nations in United States Death Penalty Cases*, *Leiden JIL* (1999) 851, vol. 12, p. 884 et suiv.

principes de sauvegarde des libertés affirmés dans la constitution des Etats-Unis.»⁸²
[Traduction du Greffe]

On peut ajouter qu'elle n'est pas non plus conciliable avec la convention elle-même. Malheureusement toutefois, la position du juge Boochever n'est pas celle de la majeure partie du corps judiciaire aux Etats-Unis. Il n'est pas possible de faire valablement appel devant les tribunaux dans ce pays, ni du reste nulle part ailleurs, de décisions entachées de violations de l'article 36. Comme le montre la présente affaire, les conséquences sont nécessairement fatales lorsque la peine prononcée est la peine capitale.

19. Monsieur le président, nous exposerons plus tard les garanties que demande l'Allemagne pour corriger cette situation. En outre, M. Donovan exposera ce qui aurait été différent en ce qui concerne la décision prononcée contre les frères LaGrand, particulièrement la condamnation à la peine capitale, si le consulat avait été informé auparavant. Néanmoins, une chose est d'ores et déjà parfaitement claire : l'objet de l'article 36, qui est d'informer un détenu étranger des droits que lui reconnaît la convention, ne peut pas être réalisé s'il n'est possible de faire valoir que ce détenu n'a pas été informé de ses droits qu'au stade du jugement initial uniquement. C'est là que réside la faiblesse du droit des Etats-Unis d'Amérique du point de vue de l'article 36 et tout particulièrement de la prescription formulée au paragraphe 2. L'Allemagne souscrit donc à ce qu'écrivait Keith Highet peu avant sa mort :

56

«Les droits des ressortissants étrangers de communiquer avec leurs consulats ont manifestement pour but de protéger lesdits ressortissants qui sont accusés dans une procédure pénale. Rejeter le droit de recours parce qu'il a été omis de soulever la question de l'absence de communication entre ressortissants étrangers et consulats, comme prévu par la convention, devant une juridiction de l'Etat, alors que la notification du droit de communiquer avec le consulat était du ressort de l'Etat (de résidence) qui a procédé à l'arrestation et que cette obligation n'a en fait pas été respectée, est aussi absurde que de se trouver dans une impasse mais cela n'a rien de drôle. C'est la situation exactement contraire à celle que crée, quand elle est respectée, l'obligation de «permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article.»⁸³

L'affaire qui vous est soumise vous donne une occasion exceptionnelle de garantir que les Etats-Unis se conformeront effectivement à cette obligation à l'avenir.

⁸² Contre-Mémoire des Etats-Unis, annexe 9, p. 5.

⁸³ K. Highet, *The Emperor's New Clothes: Death Row Appeals to the World Court? The Breard Case As a Miscarriage of (International) Justice*, dans : *In Memoriam Judge José Maria Ruda*, manuscrit p. 6, mémoire de l'Allemagne, annexe 39.

20. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, je vous demande respectueusement d'inviter M. Simma à démontrer que l'article 36 énonce des droits individuels. Je vous remercie de votre attention.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Paulus. Now I give the floor to Professor Simma.

Mr. SIMMA: Thank you, Mr. President. Mr. President, I should like to begin with an observation of a procedural nature. We are running a little late and I would ask you to be good enough to interrupt me when you wish the Court to adjourn until the afternoon session.

VI. L'ARTICLE 36 DE LA CONVENTION DE VIENNE EN TANT QUE DROIT INDIVIDUEL ET DROIT DE LA PERSONNE HUMAINE

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour. Je vais démontrer que le droit à l'information reconnu par l'article 36 de la convention sur les relations consulaires constitue un droit individuel et, de fait, un droit de la personne humaine et j'expliquerai pourquoi non seulement il accuse la gravité des violations qui ont été commises mais il fait aussi intervenir des garanties de procédure particulières dans les cas où l'inculpé risque la peine de mort. En outre, je parlerai d'autres droits de la personne humaine qui ont un rapport avec le droit à l'assistance consulaire. En conclusion, je montrerai les incidences que l'assimilation de l'article 36 à un droit de l'homme a pour la présente affaire.

I. L'article 36 énonce des droits individuels

2. Au paragraphe 97 de leur contre-mémoire, les Etats-Unis affirment que l'article 36 reconnaît des droits non pas aux ressortissants étrangers individuellement mais seulement à leur Etat d'envoi. L'Allemagne va démontrer que le droit à l'information reconnu à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 est un droit individuel reconnu aux étrangers. Bien évidemment toutefois, l'Allemagne convient avec les Etats-Unis qu'indépendamment de ce caractère de droit individuel des étrangers, le paragraphe 1 de l'article 36 reconnaît aux Etats parties à la convention le droit de veiller à ce que cette disposition soit respectée. En conséquence, toutes les conclusions que l'Allemagne a tirées et tirera du non-respect de l'article 36 de la convention de Vienne sont

valables indépendamment de la question de savoir si l'article 36 confère des droits individuels aux étrangers en sus de droits attribués aux Etats parties.

3. Monsieur le président, l'interprétation des droits énoncés à l'article 36 en tant que droits individuels est confirmée par toutes les règles d'interprétation des traités internationaux définis à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Premièrement, il doit être suffisamment clair que le «sens ordinaire» des mots «ses droits» à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 fait des droits en question ceux d'un individu. Deuxièmement, le contexte de l'article 36 a trait aux intérêts de l'Etat d'envoi et de l'Etat de résidence et en même temps aux intérêts des personnes prises individuellement. C'est à des personnes que l'alinéa *a*) du paragraphe 1 reconnaît la liberté de communication, ce sont des individus qui ont le droit de demander ou de ne pas demander que leur consulat soit informé en application des dispositions de l'alinéa *b*) du paragraphe 1, ce sont elles qui doivent être informées de ce droit et enfin ce sont elles qui ont le droit de s'opposer à ce qu'on leur rende visite en prison, droit qui est reconnu à l'alinéa *c*) du paragraphe 1. Les deux premières lignes de l'article 36 qui relient ces droits à la fonction consulaire n'y changent rien. Non plus que l'alinéa du préambule selon lequel :

«le but des ... privilèges et immunités [consulaires] est non pas d'avantager des individus mais d'assurer l'accomplissement efficace de leurs fonctions par les postes consulaires au nom de leurs Etats respectifs.»

Ce dont il est manifestement question dans cet alinéa, ce sont les «privilèges et immunités» du personnel consulaire, ce qui n'a absolument aucun rapport avec l'article 36. L'objet de cet alinéa est de veiller à ce que le personnel consulaire remplisse ces obligations à l'égard de l'Etat de résidence et qu'au besoin, l'Etat d'envoi puisse renoncer à ses privilèges consulaires. Ceci n'a rien à voir avec l'article 36. Troisièmement, le paragraphe 1 de l'article 36 a pour objet de reconnaître aux individus le droit d'informer leur consulat ou de s'abstenir de le faire. Existe-t-il un moyen plus clair de reconnaître un droit individuel que d'en confier l'exercice carrément à la personne concernée ? Pour conclure cette explication, il est difficile de voir comment ce qui apparaît comme un droit individuel, et a toutes les caractéristiques extérieures d'un droit individuel, devrait être autre chose qu'un droit individuel. Comme la Cour l'a expliqué dans son avis consultatif au sujet de la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1999* et de la *Compétence de l'Assemblée générale pour*

l'admission d'un Etat aux Nations Unies : «Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là.»⁸⁴

4. Mais il y a encore d'autres preuves. Une analyse de la rédaction de cette disposition montre qu'elle ne résulte pas d'un tour de passe-passe. Au contraire, elle constitue une solution mûrement pesée à un problème sur lequel les participants à la conférence de Vienne se sont longtemps penchés. D'une part, ils voulaient tout faire pour garantir l'application de l'article 36. D'autre part, ils ne voulaient pas que le consulat soit informé si un ressortissant étranger ne le voulait pas. La solution du problème réside dans la reconnaissance du droit individuel à être informé du droit d'avertir le consulat. Dans notre mémoire, nous citons plusieurs représentants d'Etat qui partagent cet avis⁸⁵. Le contre-mémoire des Etats-Unis cite à l'encontre de cette interprétation une ou deux sources⁸⁶ qui, soit n'ont pas de rapport avec elle, soit ne sont pas représentatives.

5. Donc l'Etat de résidence est tenu d'informer le détenu, sans retard, de son droit — un droit authentique — à ce que les autorités ou lui-même fasse savoir au consulat qu'il a été arrêté ou qu'il est en détention. Dans une précédente affaire soumise à la Cour, les Etats-Unis eux-mêmes n'ont eu aucun doute à ce sujet. Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, les Etats-Unis ont plaidé que l'article 36 énonçait un droit individuel en expliquant dans leur mémoire que :

«L'article 36 crée des droits au profit non seulement des fonctionnaires consulaires mais, ce qui compte peut être encore plus, des ressortissants de l'Etat d'envoi auxquels la convention garantit une liberté d'accès aux fonctionnaires consulaires et, par l'intermédiaire de ceux-ci, à d'autres personnes.»⁸⁷ [Traduction du Greffe]

La brochure publiée par les affaires étrangères des Etats-Unis parle aussi du droit d'une personne arrêtée à communiquer avec le consul des Etats-Unis⁸⁸. L'Allemagne en est d'accord. Le libellé, le contexte et le but de l'article 36 conduisent nécessairement à cette conclusion.

⁸⁴ Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies, *Avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 4 à 8. Confirmé dans l'affaire relative à la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, C.I.J. Recueil 1991, p. 53 à 72.

⁸⁵ Mémoire, par. 401 et suiv.

⁸⁶ Contre-mémoire, par. 100.

⁸⁷ C.I.J. *Mémoires 1980*, p. 174.

⁸⁸ Section 7 FAM 411.1, annexe MG 59, p. 1284.

59

6. Maintenant, vingt ans après la décision finale dans l'affaire de Téhéran, les Etats-Unis estiment que «même si l'article 36 crée en un certain sens des droits au profit des individus, rien n'exige que ces droits soient susceptibles de faire l'objet d'un recours en justice dans les systèmes nationaux de justice pénale». Ainsi s'expriment-ils dans leur contre-mémoire. Or, le paragraphe 2 de l'article 36 dit clairement que le droit interne doit protéger le droit individuel qu'ont les étrangers d'être informé de leur droit à ce que leur situation soit notifiée au service consulaire suivant des modalités efficaces. Il est difficile d'imaginer comment on pourrait assurer le respect de l'obligation autrement qu'en prévoyant un droit dont le non-respect aurait des conséquences juridiques en droit interne. Donc, l'Allemagne considère que le paragraphe 2 de l'article 36 oblige à reconnaître le droit individuel à demander certaines mesures de réparation en cas de violation de la convention de Vienne. A la lumière de ce qu'a déjà dit M. Paulus, le paragraphe 2 de l'article 36 oblige en outre les Etats à s'abstenir de créer des obstacles de procédure ou d'imposer des pénalités lorsque ce droit n'est pas exercé avant qu'ils aient procédé à la notification comme ils le doivent.

II. L'article 36 énonce un droit de l'homme

7. Monsieur le président, l'Allemagne affirme en outre que, compte tenu de l'évolution du droit international dans le domaine des droits de l'homme après l'adoption de la convention en 1963, l'article 36 a acquis le caractère d'un droit de l'homme imparti aux étrangers. A ce sujet, je rappellerai à titre préliminaire le principe de l'interprétation dynamique des traités. Ensuite, j'examinerai cette thèse quant au fond.

1. Le principe de l'interprétation dynamique des traités

8. Monsieur le président, la convention de Vienne sur le droit des traités dispose à l'alinéa c) du paragraphe 3 de son article 31 qu'«il sera tenu compte, en même temps que du contexte» dans lequel s'inscrivent les dispositions contractuelles, «de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties». S'agissant des droits de l'homme reconnus aux étrangers, aussi bien l'Allemagne que les Etats-Unis sont parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui impose une bonne administration de la justice en particulier quand l'inculpé est passible de la peine de mort. En outre, les Nations Unies ont approuvé de nombreux documents relatifs aux droits individuels des étrangers, qui incluent expressément le droit reconnu

à l'article 36 de la convention sur les relations consulaires. Je reviendrai bientôt sur ces textes, ou peut-être cet après-midi.

60

9. En outre, Monsieur le président, la convention sur les relations consulaires est un instrument vivant, qu'il faut interpréter à la lumière de l'évolution ultérieure du droit international. Comme la Cour l'a estimé dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* au sujet d'un mandat de la Société des Nations,

«la Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue grâce à la Charte des Nations Unies et à la coutume. De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu.»⁸⁹

Plus récemment, la Cour a confirmé être toujours de cet avis dans la décision rendue dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* au sujet des incidences de l'évolution du droit international de l'environnement sur l'interprétation d'un traité bilatéral⁹⁰. Il ne fait pas de doute que cette nécessité d'une interprétation dynamique vaut aussi dans le domaine des droits de l'homme.

10. De fait, lorsqu'il s'agit de droits de l'homme, ces considérations sont encore plus impératives. Aussi bien la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont donné une interprétation dynamique des traités relatifs aux droits de l'homme. Selon l'avis consultatif rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme le 1^{er} octobre 1999 au sujet du *Droit à l'information concernant l'assistance consulaire dans le cadre des garanties de bonne administration de la justice*, ce que la Cour internationale de Justice a dit dans son avis consultatif relatif aux *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie* :

«vaut particulièrement dans le cas du droit international relatif aux droits de l'homme qui a beaucoup progressé grâce à une interprétation évolutive des textes internationaux prévoyant une protection. Cette interprétation évolutive est compatible avec les règles générales d'interprétation des traités définie dans la convention de Vienne de 1969. Aussi bien la Cour interaméricaine que la Cour européenne des droits de l'homme ... entre autres ont considéré que les traités relatifs aux droits de l'homme

⁸⁹ *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud au Namibie (Sud-ouest africain)* nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité. Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, à la p. 31, par.53.

⁹⁰ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, par. 139 et suiv.

étaient des textes vivants et qu'il fallait les interpréter compte tenu de l'évolution qu'apporte le temps et des conditions propres à l'époque contemporaine.»⁹¹
[Traduction du Greffe]

61

Au sujet de l'interprétation à donner aux mots «sans retard», concernant l'obligation d'informer les détenus, la Cour interaméricaine a souligné aussi le rôle du principe constant à donner un «effet utile» aux dispositions conventionnelles afin de garantir l'efficacité de leur application⁹².

11. Cela est encore plus valable dans la présente affaire parce qu'en ce qui concerne l'article 36 de la convention sur les relations consulaires, l'évolution ultérieure que j'ai décrite ne modifie pas une interprétation établie. Au contraire, elle confirme plutôt l'interprétation textuelle de notre disposition. Monsieur le président, l'Allemagne va montrer maintenant que l'évolution ultérieure du droit international dans le domaine des droits de l'homme renforce encore le caractère de l'article 36 en tant qu'il crée un droit individuel.

2. Evolution des droits de l'homme dans le cas des étrangers

12. Je rappellerai d'abord qu'en 1985, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté par consensus une «déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent»⁹³. Entre autres droits dont il est question dans cette déclaration, son article 10 contient les dispositions suivantes :

«Tout étranger doit pouvoir à tout moment se mettre en rapport avec le consulat ou la mission diplomatique de l'Etat dont il possède la nationalité ou, à défaut, avec le consulat ou la mission diplomatique de tout autre Etat chargé de la protection des intérêts de l'Etat dont il possède la nationalité dans l'Etat où il réside.»

Donc, selon cette déclaration, le droit d'entre en rapport avec le consulat du pays d'envoi, et l'information relative à ce droit constitue un droit de la personne humaine reconnu à tout étranger, c'est-à-dire à quiconque n'est pas ressortissant de l'Etat sur le territoire duquel il se trouve⁹⁴.

⁹¹ Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif OC-16/1999, par. 114, tel que l'Allemagne l'a présenté à la Cour; citant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man*, avis consultatif OC-10/89 du 14 juillet 1989, série A n° 10, par. 43; Cour européenne, *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26, p. 15 et 16, par. 31, *Marcks*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 19, par. 41, *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, arrêt du 23 mars 1995, série A n° 310, p. 26, par. 71 et 95.

⁹² Avis consultatif OC-16/99, par. 104.

⁹³ Annexe à la résolution 40/144.

⁹⁴ *Ibid.*, art. 1.

13. Plusieurs autres déclarations et documents reconnaissent aussi le droit à l'assistance consulaire en tant que droit de la personne humaine. Parmi ces documents on citera l'alinéa 2 du paragraphe 16 de l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement, que l'Assemblée générale a approuvé dans sa résolution 43/173 du 9 décembre 1988, l'article 65 du Règlement portant régime de détention des personnes en attente de jugement ou d'appel devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, règle qui est énoncée dans un chapitre sur les droits individuels des détenus⁹⁵ et, dernièrement, le paragraphe 3 de la résolution 2000/65 de la Commission des droits de l'homme de l'ONU en date du 27 avril de cette année sur la question de la peine de mort⁹⁶.

14. Enfin, il y a un an, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé que

«le titulaire des droits mentionnés ... est l'individu. En effet, cet article précise sans ambiguïté que les droits à ce que le consulat soit informé et averti sont «accordés» à l'intéressé.»⁹⁷ [Traduction du Greffe]

Tous les Etats américains qui se sont présentés devant le tribunal dans cette affaire — El Salvador, le Mexique, le Guatemala, la République dominicaine, le Paraguay et le Costa Rica — partagent cette interprétation à l'exception des seuls Etats-Unis qui, à l'époque étaient déjà partie à la procédure actuelle⁹⁸. Comme les Etats-Unis doivent l'admettre dans leur contre-mémoire, la jurisprudence des tribunaux des Etats-Unis elle-même ne nie pas expressément que l'article 36 reconnaisse un droit individuel. Donc, Monsieur le président, pour l'Allemagne, de multiples preuves établissent sans contestation que l'article 36 crée un droit individuel au bénéfice des étrangers et doit être considéré comme un droit de la personne humaine reconnu à ces derniers.

⁹⁵ Titre complet : *Texte portant régime de détention des personnes ... en attente de jugement ou d'appel devant le Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991*, ou détenues sur l'ordre du tribunal, tel que modifié le 17 novembre 1997, IT/38/REV.7, article 65.

⁹⁶ *Document des Nations Unies E/CN.4/RES/2000/65*, par. 3 d) : la Commission des droits de l'homme prie instamment «tous les Etats qui maintiennent la peine de mort : ... d) d'observer les garanties pour la protection des droits des personnes passibles de la peine de mort et de satisfaire intégralement à leurs obligations internationales, en particulier celles qu'ils ont contractées en vertu de la convention de Vienne sur les relations consulaires.

⁹⁷ Avis consultatif OC-16/1999, par. 82.

⁹⁸ *Ibid.*, par. 26 et suiv.

The PRESIDENT: Thank you, Professor. I think that we will adjourn for this morning. The Court will resume at 3 p. m.

The Court rose at 1 p. m.
