

CR 2000/27

**International Court
of Justice**

THE HAGUE

**Cour internationale
de Justice**

LA HAYE

YEAR 2000

Public sitting

held on Monday 13 November 2000, at 3 p.m., at the Peace Palace,

President Guillaume presiding

*in the LaGrand Case
(Germany v. United States of America)*

VERBATIM RECORD

ANNÉE 2000

Audience publique

tenue le lundi 13 novembre 2000, à 15 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Guillaume, président

*en l'affaire LaGrand
(Allemagne c. Etats Unis d'Amérique)*

COMPTE RENDU

Present: President Guillaume
 Vice-President Shi
 Judges Oda
 Bedjaoui
 Ranjeva
 Herczegh
 Fleischhauer
 Koroma
 Vereshchetin
 Higgins
 Parra-Aranguren
 Kooijmans
 Rezek
 Al-Khasawneh
 Buergenthal

 Registrar Couvreur

Présents : M. Guillaume, président
M. Shi, vice-président
MM. Oda
Bedjaoui
Ranjeva
Herczegh
Fleischhauer
Koroma
Vereshchetin
Mme Higgins
MM. Parra-Aranguren
Kooijmans
Rezek
Al-Khasawneh
Buerghenthal, juges

M. Couvreur, greffier

The Government of the Federal Republic of Germany is represented by:

Mr. Gerhard Westdickenberg, Director General for Legal Affairs and Legal Adviser, Federal Foreign Office,

H.E. Mr. Eberhard U. B. von Puttkamer, Ambassador of the Federal Republic of Germany to the Kingdom of the Netherlands,

as Agents;

Mr. Bruno Simma, Professor of Public International Law at the University of Munich,

as Co-Agent and Counsel;

Mr. Pierre-Marie Dupuy, Professor of Public International Law at the University of Paris (Panthéon-Assas) and at the European University Institute in Florence,

Mr. Donald Francis Donovan, Debevoise & Plimpton, New York,

Mr. Hans-Peter Kaul, Head of the Public International Law Division, Federal Foreign Office,

Dr. Daniel Khan, University of Munich,

Dr. Andreas Paulus, University of Munich,

as Counsel;

Dr. Eberhard Desch, Federal Ministry of Justice,

Dr. S. Johannes Trommer, Embassy of the Federal Republic of Germany in the Netherlands,

Mr. Andreas Götze, Federal Foreign Office,

as Adviser;

Ms Fiona Sneddon,

as Assistant.

The Government of the United States of America is represented by:

Mr. James H. Thessin, Acting Legal Adviser, United States Department of State,

as Agent;

Ms Catherine W. Brown, Assistant Legal Adviser for Consular Affairs, United States Department of State,

Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne est représenté par :

M. Gerhard Westdickenberg, directeur général des affaires juridiques et conseiller juridique du ministère fédéral des affaires étrangères,

S. Exc. M. Eberhard U. B. von Puttkamer, ambassadeur de la République fédérale d'Allemagne auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme agents;

M. Bruno Simma, professeur de droit international public à l'Université de Munich,

comme coagent et conseil;

M. Pierre-Marie Dupuy, professeur de droit international public à l'Université de Paris (Panthéon-Assas) et à l'Institut universitaire européen, Florence,

M. Donald Francis Donovan, du cabinet Debevoise & Plimpton, New York,

M. Hans-Peter Kaul, chef de la division du droit international public du ministère fédéral des affaires étrangères,

M. Daniel Khan, de l'Université de Munich,

M. Andreas Paulus, de l'Université de Munich,

comme conseils;

M. Eberhard Desch, du ministère fédéral de la justice,

M. S. Johannes Trommer, de l'ambassade de la République fédérale d'Allemagne aux Pays-Bas,

M. Andreas Götze, du ministère fédéral des affaires étrangères,

comme conseillers;

Mme Fiona Sneddon,

comme assistante.

Le Gouvernement des Etats Unis d'Amérique est représenté par :

M. James H. Thessin, conseiller juridique par intérim du département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique,

comme agent;

Mme Catherine W. Brown, conseiller juridique adjoint chargé des affaires consulaires au département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique,

Mr. D. Stephen Mathias, Assistant Legal Adviser for United Nations Affairs, United States Department of State,

as Deputy Agents;

The Honourable Janet Napolitano, Attorney-General, State of Arizona,

Professor Michael J. Matheson, Professor of International Law, School of Advanced International Studies, Johns Hopkins University; former Acting Legal Adviser, United States Department of State,

Professor Theodor Meron, Counsellor on International Law, United States Department of State; Charles L. Denison Professor of International Law, New York University; Associate Member of the Institute of International Law,

Professor Stefan Trechsel, Professor of Criminal Law and Procedure, University of Zurich Faculty of Law,

as Counsel and Advocates;

Professor Shabtai Rosenne, Member of the Israel Bar; Honorary Member of the American Society of International Law; Member of the Institute of International Law,

Ms Norma B. Martens, Assistant Attorney-General, State of Arizona,

Mr. Paul J. McMurdie, Assistant Attorney-General, State of Arizona,

Mr. Robert J. Erickson, Principal Deputy Chief, Appellate Section, Criminal Division, United States Department of Justice,

Mr. Allen S. Weiner, Counsellor for Legal Affairs, Embassy of the United States of America in the Netherlands,

Ms Jessica R. Holmes, Attaché, Office of the Counsellor for Legal Affairs, Embassy of the United States of America in the Netherlands,

as Counsel.

M. D. Stephen Mathias, conseiller juridique adjoint chargé des questions concernant les Nations Unies au département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique,

comme agents adjoints;

L'honorable Janet Napolitano, *Attorney-General* de l'Etat de l'Arizona,

M. Michael J. Matheson, professeur de droit international à la *School of Advanced International Studies* de la *Johns Hopkins University*, ancien conseiller juridique par intérim du département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique,

M. Theodor Meron, conseiller chargé des questions de droit international au département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, titulaire de la chaire Charles L. Denison de droit international à la *New York University*, membre associé de l'Institut de droit international,

M. Stefan Trechsel, professeur de droit pénal et de procédure pénale à la faculté de droit de l'Université de Zurich,

comme conseils et avocats;

M. Shabtai Rosenne, membre du barreau israélien, membre honoraire de l'*American Society of International Law*, membre de l'Institut de droit international,

Mme Norma B. Martens, *Attorney-General* adjoint de l'Etat de l'Arizona,

M. Paul J. McMurdie, *Attorney-General* adjoint de l'Etat de l'Arizona,

M. Robert J. Erickson, chef principal adjoint à la section des recours de la division du droit pénal du département de la justice des Etats-Unis d'Amérique,

M. Allen S. Weiner, conseiller aux affaires juridiques à l'ambassade des Etats-Unis aux Pays-Bas,

Mme Jessica R. Holmes, attachée au cabinet du conseiller aux affaires juridiques à l'ambassade des Etats-Unis aux Pays-Bas,

comme conseils.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. La séance est ouverte et je donne immédiatement la parole au professeur Bruno Simma pour la République fédérale d'Allemagne.

M. SIMMA : Merci, Monsieur le président. Mr. President, before the lunch break I was developing the argument that the right enshrined in Article 36 is an individual right and has, as it were, grown into a human right due to the development of international human rights law around the Consular Convention: and I would like to continue my argument by turning to the incidence of specific human rights on the *LaGrand* case.

III. Incidence of specific human rights on the *LaGrand* case

15. The human rights standards applicable between the United States and Germany shed further light on the implications of Article 36 in the context of pronouncements of the death penalty following a violation of Article 36. According to Article 5 of the 1985 General Assembly Declaration that I mentioned in the morning:

"[a]lliens shall enjoy . . . (a) The right to life and security of person; no alien shall be subjected to arbitrary arrest or detention; no alien shall be deprived of his or her liberty except on such grounds and in accordance with such procedures as are established by law."

The right to consular notification under Article 36 of the Vienna Convention constitutes, without doubt, a "procedure established by law" in the sense of this provision. For the analysis of the impact of the violation of Article 36, the procedural safeguards relating to the death penalty are therefore of particular importance.

16. In the case at hand, the International Covenant on Civil and Political Rights is undoubtedly the most important source of the human rights of foreigners in domestic trials. As already mentioned, both Germany and the United States are parties to the Covenant¹. Therefore, the Covenant constitutes a set of rules "of international law applicable in the relations between the parties" for the purpose of interpretation of Article 36.

¹Germany has ratified the Covenant on 17 December 1973, the United States on 8 June 1992.

1. The ICCPR and the human rights of aliens in death penalty cases

17. Let me recall the text of the relevant provisions of the Covenant. According to Article 14,

"[a]ll persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law."

Article 6 provides, *inter alia*,

- "1. Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.
2. In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime . . ."

Article 2, paragraph 2, of the Covenant obliges the States parties, *inter alia*, "to take the necessary steps . . . to adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant".

Mr. President, the provisions I have just quoted, are interrelated. Article 6 requires special procedural guarantees in cases involving the death penalty, and Article 14 sets standards for due process of the law. The Human Rights Committee of the United Nations has emphasized in several cases that "the law in force" referred to in Article 6, paragraph 2, on the right to life includes not only substantive, but also procedural guarantees². This has also been confirmed by the Committee's General Comment on Article 6³: and Article 2 of the Covenant is designed to render its rights effective within the legal systems of States parties.

18. Now, the rights under Article 36 of the Consular Convention help to ensure that the foreign national is on an equal footing with nationals of the host country. In this regard, the following explanation given by the Inter-American Court of Human Rights one year ago is of importance:

"[T]he real situation of the foreign nationals facing criminal proceedings must be considered. Their most precious juridical rights, perhaps even their lives, hang in the balance. In such circumstances, it is obvious that notification of one's right to contact the consular agent of one's country will considerably enhance one's chances of

²*Mbenge*, Communication No. 16/1977 (1983), para. 17; *Reid v. Jamaica*, No. 250/1987, *Human Rights Law Journal* 11 (1990), No. 3-4, p. 321, para. 11.5; *Wright v. Jamaica*, *Human Rights Law Journal* 13 (1992), p. 351, para. 8.7.

³General Comment on Article 6, adopted at the 16th Session 1982, para. 7.

defending oneself and the proceedings conducted in the respective cases, including the police investigations, are more likely to be carried out in accord with the law and with respect for the dignity of the human person."⁴

And the Court was therefore of the opinion that

"the individual's right to information, conferred in Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations, . . . makes it possible for the right to the due process of law . . . to have practical effects in tangible cases . . ."⁵.

19. Therefore, Mr. President, the development of human rights law strengthens Germany's argument that Article 36 has always been, and continues to be, an individual right with strong human rights dimensions because it concerns guarantees of due process.

2. Article 36, the right to life, and the death penalty

20. Mr. President, distinguished Members of the Court, I have already referred to the importance in our case of the right to life. As Germany has emphasized from the beginning, the present case does not concern the international legality *vel non* of the death penalty as such. However, that does not mean that the death penalty is of no significance to violations of Article 36 by the US authorities in our case. On the contrary, the character of Article 36 as a guarantee of due process in the sense of the Covenant on Civil and Political Rights means that, if followed by an execution, a violation of Article 36 will also amount to a violation of the right to life enshrined in Article 6 of the Covenant. In this sense, the Human Rights Committee observed in the case *Lynden Champagnie v. Jamaica*,

"the imposition of a sentence of death upon conclusion of a trial in which the provisions of the Covenant have not been respected constitutes, if no further appeal against the sentence is possible, a violation of article 6 of the Covenant"⁶.

21. In cases involving the death penalty, Article 6 requires that procedural guarantees such as Article 36 must be respected even more scrupulously than in other circumstances. The death penalty is a very particular form of punishment. As the US Supreme Court put it:

"[D]eath is a different kind of punishment from any other which may be imposed in this country. From the point of view of the defendant, it is different in both its severity and its finality . . . From the point of view of society, the action of the

⁴Advisory Opinion OC-16/1999, para. 121.

⁵*Ibid.*, para. 124.

⁶*Lynden Champagnie et al. v. Jamaica*, Communication No. 445/1991, 2 International Human Rights Reports (1995) 102, at 106, para. 7.4.

sovereign in taking the life of one of its citizens also differs dramatically from any other legitimate state action."⁷

The Inter-American Court of Human Rights, the European Court of Human Rights and the international human rights supervisory bodies all share this view. There is not only a difference in the magnitude of the punishment but also a difference in kind: whereas some kind of restitution is possible in all criminal cases not leading to an execution, "death is different" because it is not remediable. Mr. President, Members of the Court, as you did not fail to notice in your Order of 3 March 1999, the execution of Walter LaGrand turned out to cause "irreparable harm to the rights claimed by Germany in this particular case"⁸.

22. Thus, a violation of Article 36 in the context of a traffic accident or visa questions — as deplorable as it may be — is different from a violation of Article 36 in proceedings leading to the execution of a defendant. In the words of the Inter-American Court of Human Rights,

"[i]t is obvious that the obligation to observe the right to information becomes all the more imperative here, given the exceptionally grave and irreparable nature of the penalty that one sentenced to death could receive. If the due process of law, with all its rights and guarantees, must be respected regardless of the circumstances, then its observance becomes all the more important when that supreme entitlement that every human rights treaty and declaration recognizes and protects is at stake: human life."⁹

The observance of Article 36 in death penalty cases is a question of life and death. Therefore, the pronouncement of the death penalty demands the strictest possible respect for all procedural safeguards, including Article 36. And to quote once again the Inter-American Court:

"[N]on observance of a detained foreign national's right to information, recognized in Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations, is prejudicial to the guarantees of the due process of law; in such circumstances, imposition of the death penalty is a violation of the right not to be 'arbitrarily' deprived of one's life, in the terms of the relevant provisions of the human rights treaties with the juridical consequences inherent in any violation of this nature, i.e., those pertaining to the international responsibility of the State and the duty to make reparations."¹⁰

⁷ *Gardner v. Florida*, 430 U.S. 349, 357-58 (1977) (citations omitted) (plurality opinion); *Ohio Adult Parole Authority v. Woodard*, 118 S.Ct. 1244, 1256 (1998) (J. Stevens, dissenting).

⁸ *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 3 March 1999*, I.C.J. Reports 1999, p. 9, para. 24.

⁹ Advisory Opinion OC-16/1999, para. 135.

¹⁰ *Ibid.*, para. 131.

3. Consequences

23. Mr. President, Germany therefore submits that the impact of the individual and human rights aspects of the rights under Article 36 of the Vienna Convention is threefold: first, since the breach of Article 36 by the United States did not only infringe upon the rights of Germany as a State party to the Convention but also entailed a violation of the individual rights of the LaGrand brothers, Germany is entitled to bring a claim in pursuance of diplomatic protection of its nationals. Second, the character of the right under Article 36 as a human right renders the effectiveness of this provision even more imperative. Thus, and third, effective enforcement of Article 36 before domestic courts requires that the United States recognize the right of foreigners to seek remedies for violations of the Vienna Convention and that United States law refrain from imposing any procedural bar or penalty for the failure to assert such a right prior to the time the United States provided the required notification.

IV. Conclusion

24. In conclusion, Mr. President, let me summarize the German claims concerning the violations of the Vienna Convention on Consular Relations by the United States:

- By not informing Karl and Walter LaGrand without delay of their rights to consular notification, the United States has violated Article 36, subparagraph 1 (b), of the Vienna Convention.
- By thus violating the requirement of Article 36, subparagraph 1 (b), the United States has also violated Article 36, subparagraph (1) (a) and (c), because it rendered the exercise of consular communication between Germany and its nationals impossible.
- By applying rules of its domestic law, in particular the rule of procedural default and the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act barring the LaGrand brothers from raising the violation of their rights, the United States has also violated Article 36, subparagraph 2, of the Vienna Convention.
- Based on these violations of the individual rights of its citizens, Germany brings this case not only in its own right, but also in the exercise of its right to diplomatic protection of nationals.

25. Mr. President, distinguished Members of the Court, this brings me to the end of Germany's presentation on this issue. Thank you very much for your courtesy and attention and I would now like you to call upon Mr. Donovan to expose our arguments on causation and prejudice.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur le professeur, et je donne maintenant la parole à M. Donovan.

Mr. DONOVAN:

VII. PREJUDICE AND CAUSATION

1. Mr. President, distinguished Members of the Court, while it is a privilege to appear again before the Court, I regret the circumstances that bring the United States and Germany here. As Dr. Westdickenberg said this morning, the conduct of which the LaGrand were convicted can only be deeply, deeply deplored and the suffering it caused deeply, deeply regretted. The crime and punishment are never pretty and the underlying circumstances of this case cannot distract us from the important issues of international law to which the conviction and sentence of the LaGrand brothers give rise. I will address the United States suggestion that Germany has failed to show that the acknowledged violations of the Vienna Convention in the cases of Karl and Walter LaGrand had any consequences. Specifically, the United States suggests that Germany's claims about the impact that consular assistance would have had are, in the United States words, "speculative and unjustified" — that they are merely, again in the United States words, "suppositions about what might have occurred had the LaGrand brothers been properly informed" of their consular notification rights¹¹. In short, according to the United States, the violations made no difference.

2. To show the contrary, I will proceed in three steps. First, I will set out the evidentiary circumstances in which Germany brings this case and propose how the Court should take account of those circumstances in making any factual determinations that may be required.

3. Second, I will review the evidence submitted by Germany, which shows compellingly that — exactly as the drafters of the Vienna Convention, no less than its signatory States,

¹¹Counter-Memorial, paras. 24-45.

supposed—there is every reason to believe that consular notification would have made a difference in these cases.

4. Finally, I will add a few words about the particular circumstances in which the Vienna Convention violations under review arose—that is, in a capital case, where the life of the sending State's nationals was at stake.

5. I would like to start however by making a preliminary point. The United States suggests in Chapter IV of its counter-statement of the facts that compliance with its consular notification obligations would not have changed the fate of the LaGrand brothers. However, it draws no legal consequences from that point. Hence, as the Parties have framed the issues for this Court, the United States does not rely on any alleged lack of causation or any alleged absence of prejudice as a basis to reject any one of Germany's four submissions. Hence, conversely, the Court need make no factual determinations on any such issues. Notwithstanding that preliminary point, Germany addresses the United States suggestion that the violations had no impact, because the consequences of the violations here help to illustrate the content and importance of the consular notification rights at stake.

6. I turn, then, to the evidentiary context. Germany respectfully submits that, should the Court find it necessary to determine any disputed facts, the Court should make those determinations in the light of two concrete evidentiary obstacles faced by Germany as a result of the United States actions.

7. First, at the risk of stating the obvious, if there is any issue of causation in the case, it arises because the United States failed to comply with its consular notification obligations under the Vienna Convention. When the United States tries to disparage Germany's factual showing as "speculation" and "supposition", it ignores the obvious reality that Germany must argue about what "would" have happened instead of what "did" happen precisely because, due to the United States violation, Germany has been deprived of a historical record of an actual event. In other words, it is the United States own conduct that forces Germany to argue about what would have been, what should have been, instead of what was. Here, moreover, the long passage of time since the relevant events—again, the result of the United States violation—exacerbates the obstacles faced by Germany in obtaining relevant evidence.

8. Whether the point is treated as a rule of evidence or a general principle of estoppel, the United States should not be permitted to reap an advantage of any kind from its own violation. It follows that, at a minimum, Germany's showing as to the consequences of the United States violation must be evaluated in light of the intrinsic constraints on a party's ability to reconstruct a putative chain of events, particularly after such a lengthy period of time. Indeed, if any showing of causation is required, the circumstances here would make it appropriate for the Court to, first, presume causation, and second, require the United States to overcome the presumption with proof that its violations could not have affected the conviction or sentence.

9. Second, and even more compellingly, the United States has here, again by its own actions, deprived Germany of its best source of evidence on issues concerning what the LaGrands would have done had they been advised of their consular notification rights — and that evidence, of course, would have been Karl and Walter LaGrand themselves. Though Karl LaGrand was executed before this Court issued its Order of provisional measures, it remains the case that Germany does not have access to his testimony because he was executed. Thus, for purposes of these proceedings, as between Germany and the United States, it should be the United States that suffers any adverse consequences from his absence, and Germany is entitled to a ruling protecting it against any evidentiary prejudice it might suffer as a result of that absence.

10. Of course, Germany's entitlement to a protective ruling in the case of Walter LaGrand is even clearer, because as this Court knows, he was executed in direct defiance of the Court's Order of provisional measures.

11. Both under its own Rules and as a matter of its inherent jurisdiction, this Court surely has authority to determine the means by which it will determine disputed facts¹². This authority

¹²For example, Statute of the International Court of Justice, Arts. 48-49; I.C.J. Rules of Court, Art. 62; *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253, para. 23; Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure*, 1958 Brit. Y. B. Int'l L. 117 & n.1; see also *Conditional Request of the Republic of Paraguay for an Order Conclusively Establishing Facts* (9 October 1998), case concerning the *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, paras. 5.49-5.50.

includes the authority to make conclusive findings when a party deprives the Court of relevant evidence by refusing to provide it or, as here, preventing the adverse party from doing so¹³.

12. The Court should apply that principle here. Whether as a sanction for violating the Order of provisional measures, or as a matter of the Court's inherent authority, the Court should protect Germany from any evidentiary prejudice caused by the LaGrands' execution by deeming any contested issues as to which their testimony might have been relevant as determined in Germany's favour.

13. As it happens, however, Germany needs no such evidentiary rulings here. I therefore proceed to my second point. On the present record, it is abundantly clear that material harm to both Germany and its nationals was caused by the failure of consular notification in the case of Karl and Walter LaGrand.

14. The most compelling example is in the utterly ineffective case in mitigation presented on behalf of the LaGrands. As Germany has explained in its Memorial, a defendant's affirmative case in mitigation is a critical part of a defence against the death penalty¹⁴. As the mitigation expert whose declaration is included in Germany's annexes explains, the only way to develop a case in mitigation is by first assembling an in-depth and comprehensive social history from reliable independent sources¹⁵. As the expert further states, specifically with respect to Walter LaGrand, "no such history was ever prepared, nor was any meaningful investigation conducted", notwithstanding "obvious indicators of truly significant" mitigating factors, including "a violent and chaotic childhood", "cultural and racial isolation", and "documented early neglect so profound that the LaGrand children were repeatedly hospitalized for malnutrition and criminal charges filed against their caretaker"¹⁶. That evaluation by the expert with respect to Walter's case is echoed by the affidavit by Karl's attorney that was quoted this morning, which indicate that no such attempt at

¹³Sir Gerald Fitzmaurice, *supra* n. 2, at p. 151; Gilbert Guillaume, "Preuves et mesures d'instruction", in *La juridiction internationale permanente: colloque de Lyon* (1987), p. 196. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, separate opinion of Judge Shahabuddeen*, I.C.J. Reports 1993, p. 368 (1993) (citing E. Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies* 161 (1932)).

¹⁴Memorial, paras. 4.61-4.67.

¹⁵Holdman Decl., paras. 7-13, Memorial, Ann. pp. 1104-1106.

¹⁶Holdman Decl., para. 13, Memorial, Ann. pp. 1106-1107; see also Henry Aff. 2-6, Memorial, Ann. pp. 1215-1216; Hirsh Aff. paras. 9-13, Memorial, Ann. pp. 1113-1115).

the foundation of a mitigation case was made on Karl's behalf either. A comparison of the expert's description in the affidavit before the Court of what a professional case in mitigation would have looked like with the transcript of the aggravation-mitigation hearing in the LaGrands' case — which is also before the Court — graphically illustrates the shortcomings of their sentencing-phase defence¹⁷.

15. What would have happened had German consular officials been able to assist earlier is best demonstrated by what did happen after they were consulted. Germany has had no opportunity to investigate the document that was presented before the Court today concerning a different case, but no matter what the circumstances presented by that other case it cannot be convincing in the same way that actual events in the case of the LaGrands can be convincing. In the case of the LaGrands, German consular officials began providing the financial and logistical assistance that led to the discovery and gathering of evidence of the extremely serious abuse and neglect the LaGrands had suffered during their infancy and childhood in Germany¹⁸. German consular assistance after 1992 also facilitated access to State records that helped locate other witnesses, including Walter LaGrand's biological father, who provided important information about the conduct of Karl's and Walter's mother during their youth¹⁹. It is reasonable to conclude, moreover, that German consular officials might have been even more helpful had they been contacted when Karl and Walter were arrested in 1982, because both witnesses and documents would have been far easier to find ten years earlier.

16. Contrary to the United States suggestion, the information set forth in the sentencing report available to the trial judge does not begin to capture the extent of the neglect the LaGrands suffered as young children²⁰, and in any event a reference in a sentencing report cannot substitute for an effective trial presentation during a sentencing phase with appropriate expert support. Mitigating evidence about the LaGrands' extremely dysfunctional childhood and family background in Germany and the United States would have been highly relevant in sentencing. The

¹⁷Memorial, Ann. pp. 309-423.

¹⁸Third Petition for Postconviction Relief, Memorial, Ann. pp. 1119-1127; Henry Aff. paras. 3-4, Memorial, Ann. p. 1215.

¹⁹Henry Aff. para. 4, Memorial, Ann. p. 1215; Molina Lopez Aff., Memorial, Ann. pp. 1223-1226.

²⁰Compare Counter-Memorial, paras. 37-44, with Counter-Memorial, Exh. 6; see also Memorial, Ann. pp. 309-422.

Supreme Court of Arizona, for example, recently relied on evidence that the defendant had been seriously abused as a child and had been relatively young at the time of the offence to justify its decision to overturn a death sentence, even though it also found in that case that aggravating factors had been proved, specifically that the crime had been committed first for pecuniary gain and second in an especially cruel manner²¹. In the case of the LaGrands however, because of the United States violation of Article 36, paragraph 1, the trial court did not hear crucial mitigation evidence during the sentencing phase; because of the United States violation of Article 36, paragraph 2, no post-discovery court was authorized to consider that evidence.

17. I turn now to my third and final point. Germany respectfully submits that this Court should hesitate long and hard before joining the United States in minimizing the importance of consular notification rights when the States parties themselves, to the contrary, so evidently attached great importance to those rights.

18. That caution should apply with special force in this case, because this case, of course, involves the death penalty, where the sending State's interest in protecting its nationals is at its zenith. While this case does not involve the legality of the death penalty as a matter of international law, the Court should recognize, as has the Inter-American Court of Human Rights, that in a capital case procedural guarantees must be respected in the strictest and most rigorous way. By the same principle, a suggestion, such as that made by the United States here, that an acknowledged violation of the Vienna Convention had no consequences in a case that ended with the imposition of the death penalty should be examined under equally strict and rigorous standards.

19. The potential importance of consular notification in a capital case can only be fully appreciated when considered against the background of the widely acknowledged difficulties in the administration of the death penalty in the United States.

20. In 1972, the United States Supreme Court effectively suspended capital punishment in the United States when it ruled that the prevailing statutes permitted the death penalty to be arbitrarily and randomly imposed²². One of the concurring justices in that case explained his vote

²¹*State v. Trostle*, 191 Ariz. 4, 19-21, 951 P.2d 869, 884-886 (Ariz. 1997); see also *State v. McMurtrey*, 136 Ariz. 93, 101-102, 664 P.2d 637, 645-646 (Ariz. 1983).

²²*Furman v. Georgia*, 408 US 238 (1972).

by saying that, in coming to his conclusion, he could do no more than state a conclusion — this is Justice White's words — based on ten years of almost daily exposure to the facts and circumstances of hundreds and hundreds of federal and state criminal cases involving crimes for which death is the authorized penalty. He continued, that conclusion is that "the death penalty is exacted with great infrequency even for the most atrocious crimes", and that there is "no meaningful basis for distinguishing the few cases in which [the death penalty] is imposed from the many cases in which it is not"; another concurring justice expressed his concern that one possible basis for distinction might be the "impermissible [constitutional] basis of race"²³.

21. Four years later, the Court effectively lifted the suspension on the death penalty by approving a death penalty statute that, in the Court's view, addressed the unconstitutional features of the earlier generation of statutes by providing "guided discretion" to judges and juries in the context of a separate sentencing proceeding²⁴. Around the same time, the Court also imposed a requirement of individualized sentencing by holding unconstitutional statutes that either mandated the death penalty for specified crimes or restricted the sentencer's discretion to take into account mitigating circumstances²⁵. These and other related cases represented an attempt to ensure that the death penalty would be imposed in a fair, consistent, and impartial manner.

22. A quarter-century later, it is clear that the attempt has failed. For example, the American Bar Association, with several hundred thousand members, is by far the largest and most influential professional association of lawyers in the United States. Though the ABA has no policy against the death penalty *per se*, it called in 1997 for a moratorium on executions in jurisdictions that maintained capital punishment until a series of fundamental reforms could be enacted. The report accompanying the resolution characterized the administration of the death penalty in the United States as "a haphazard maze of unfair practices with no internal consistency"²⁶.

23. There is a vast literature on the administration of the death penalty in the United States, and Germany does not propose to survey it here. For present purposes, it suffices to point to three

²³*Furman*, 408 US at 313 (White, J., concurring), 310 (Stewart, J., concurring).

²⁴*Gregg v. Georgia*, 428 US 153 (1976).

²⁵*Woodson v. North Carolina*, 428 US 280 (1976); *Lockett v. Ohio*, 438 US 586 (1978).

²⁶American Bar Association, Death Penalty Moratorium Resolution and Report, at 1 (adopted 3 Feb. 1997) [*hereinafter* 1997 ABA Report].

fundamental failings that scholars and other observers, including the ABA, have identified. Each of these failings — the widespread inadequacy of counsel in capital cases, rigid restrictions on post-conviction review of death sentences, and the persistence of racial discrimination in capital sentencing — resonates in the case of the LaGrands. I emphasize that the administration of the death penalty, of course, is not before this Court, but I review the difficulties because the rights at issue here can only be evaluated effectively in the concrete circumstances in which they might have been exercised.

24. The first difficulty, at least as interpreted by the Supreme Court, the constitutional guarantee of the assistance of counsel does not, in fact, guarantee counsel who is up to the task of defending a capital case; in the blunt words of one federal appellate judge, it "does not require that the accused, even in a capital case, be represented by able or effective counsel"²⁷. That observation echoes the comments of the Arizona Appellate Court quoted this morning. A 1994 study in the *Yale Law Journal* concluded that "inadequate legal representation . . . is pervasive in those jurisdictions which account for most of the death sentences"²⁸. Unsurprisingly, there is also strong scholarly support for the proposition that indigent defendants are far more likely to receive poor lawyering and hence, the death penalty²⁹. Scholars have attributed the problem to the lack of compensation for capital defence attorneys, the relative inexperience of many of these attorneys, and the ever-increasing caseload of publicly funded attorneys representing indigent capital defendants³⁰. Yet the 1997 ABA Report stated that

"[j]urisdictions that employ the death penalty have proven unwilling to establish the kind of legal services system that is necessary to ensure that defendants charged with capital offenses receive the defense they require"³¹.

25. Second, the frequent inadequacy of trial counsel in capital cases becomes even more troubling when combined with the prevailing restrictions on post-conviction review, which makes

²⁷*Rites v. McCotter*, 799 F.2d 947, 955 (5th Cir. 1986) (Rubin, J. concurring).

²⁸Stephen J. Bright, Counsel for the Poor: "The Death Sentence Not for the Worst Crime but for the Worst Lawyer", 103 *Yale L.J.* 1835, 1840 (1994); see also American Bar Association, "Toward a More Just and Effective System of Review in State Death Penalty Cases", 40 *Am. U. L. Rev.* 1, 76-92 (1990).

²⁹Memorial, para. 4.70, n. 264 (citing US academic literature).

³⁰See Bright, *supra* note 19, 103 *Yale L.J.* at 1840 (describing superior prosecutorial resources and heavy caseload for capital defence attorneys); Douglas W. Vick, "Poorhouse Justice: Underfunded Indigent Defense Services and Arbitrary Death Sentence", 43 *Buff. L. Rev.* 329 (1995) (surveying lack of public resources for criminal defence lawyering in capital defence cases).

³¹1997 ABA Report, p. 6.

it difficult or impossible to remedy poor performance at trial. The late Justice Thurgood Marshall characterized this combination as a "pernicious vicegrip", and so it is³². Recognizing the same problem, the 1997 ABA Report called for, among other things, changes to federal *habeas* law that would permit federal courts to "consider claims that were not properly raised in state court if the reason for the prisoner's default was counsel's ignorance or neglect"³³ — a reform that would have permitted the federal courts to hear the LaGrands' Vienna Convention claims on the merits, and a reform that is consistent with Germany's view of the requirements of Article 36, paragraph 2.

26. The concern is not over technicalities. A recent study of error rates in capital cases by Professor James Liebman of the Columbia Law School showed that 68 per cent of capital convictions in the period 1973 to 1995 were found to have prejudicial error resulting in reversal by a higher court³⁴. Eighty-two per cent of these errors resulted in the defendant receiving a sentence less than death, while 7 per cent resulted in findings of innocence³⁵. But as the enactment of the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 reflects, the trend is entirely in favour of more restrictions, not more review.

27. Finally, there is persuasive evidence that racial discrimination continues to infect the imposition of the death penalty in the United States. Studies have demonstrated that racial minorities convicted of capital crimes are much more likely to receive death sentences than white convicts³⁶. Just two months ago, a Department of Justice study showed that in the last 12 years, 65 per cent of those sentenced to death in the federal courts were minorities³⁷. Studies have also found that racial minorities who have been convicted of crimes against white victims are much more likely to receive the death sentence than racial minorities who have committed crimes against

³²Thurgood Marshall, Remarks at the Second Circuit Judicial Conference", 86 *Colum. L. Rev.* 1, 2 (1986).

³³1997 ABA Report, p. 2.

³⁴James S. Liebman, "A Broken System: Error Rates in Capital Cases, 1973-1995" (Columbia University School of Law, 12 June 2000) (available at <http://justice.policy.net/studies> (visited 8 Nov. 2000)).

³⁵*Id.*

³⁶David C. Baldus, George G. Woodworth & Charles A. Pulaski, Jr., "Equal Justice and the Death Penalty: A Legal and Empirical Analysis (1990)"; United States General Accounting Office, "Death Penalty Sentencing: Research Indicates Pattern of Racial Disparities" (Report to Senate and House Committees on the Judiciary), Feb. 1990 [GAO/GGD-90-57].

³⁷"Survey of the Federal Death Penalty System (1988-2000)", United States Department of Justice T306 (12 Sept. 2000) (available at <http://justice.policy.net/studies> (visited 8 Nov. 2000)).

other minorities³⁸. Despite reform efforts, recent studies have continued to find patterns of racial discrimination in the administration of the capital punishment system³⁹. But the United States Supreme Court has held that a defendant cannot state a constitutional claim by showing systemic bias in the imposition of the death penalty; instead, the defendant must meet the virtually impossible threshold of proving actual bias in his or her own case⁴⁰.

28. It may simply be that the attempt to devise a system that can fairly and impartially choose those who will die for their crimes is beyond the means of any justice system to achieve. So concluded the late Justice Harry Blackmun in 1994, shortly before he retired from the United States Supreme Court. Referring to the twin requirements of consistency through guided discretion and fairness through individualized sentencing, he explained:

"Twenty years have passed since this Court declared that the death penalty must be imposed fairly, and with reasonable consistency, or not at all, and, despite the effort of the states and courts to devise legal formulas and procedural rules to meet this daunting challenge, the death penalty remains fraught with arbitrariness, discrimination, caprice, and mistake... Experience has taught us that the constitutional goal of eliminating arbitrariness and discrimination from the administration of death, can never be achieved without compromising an equally essential component of fundamental fairness — individualized sentencing."⁴¹

After undertaking a lengthy review of the Court's death penalty jurisprudence and his own positions in those cases, Justice Blackmun concluded:

"From this day forward, I no longer shall tinker with the machinery of death. For more than 20 years I have endeavored — indeed, I have struggled — along with a majority of this Court, to develop procedural and substantive rules that would lend more than the mere appearance of fairness to the death penalty endeavor."

He then stated that he had concluded that he felt:

"morally and intellectually obligated simply to concede that the death penalty experiment has failed, that no combination of procedural rules or substantive regulations ever can save the death penalty from its inherent constitutional deficiencies. The basic question — does the system accurately and consistently

³⁸Michael L. Radelet & Glenn L. Pierce, "Choosing Those Who Will Die: Race and the Death Penalty in Florida", 43 *Florida L. Rev.* 1, 22-28 (1991).

³⁹David C. Baldus, George Woodworth, David Zuckerman, Neil Alan Weiner, & Barbara Broffitt, "Racial Discrimination and the Death Penalty in the Post-Furman Era: An Empirical and Legal Overview, with Recent Findings from Philadelphia", 83 *Cornell L. Rev.* 1638 (1998).

⁴⁰See *McCleskey v. Kemp*, 481 US 279, 314 (1987).

⁴¹*Callin v. Collins*, 510 US 1141, 127 S. Ct. 1127, 1129 (1994) (Blackmun, J., dissenting from denial of *certiorari*) (citations omitted).

determine which defendants 'deserve' to die? — cannot be answered in the affirmative."⁴²

29. Of course, this Court has no need or reason to undertake the searching reassessment in which Justice Blackmun engaged. But the features of death penalty administration that so troubled him are nonetheless relevant to this case: because they increase the importance of consular assistance in capital cases; and they illustrate the difficulties that consular assistance could have helped to remedy.

30. On the basis of the specific circumstances of the LaGrands' case, including the specific circumstances of the administration of the death penalty in the United States, this Court should readily conclude that Germany has made any showing of causation or prejudice that the Vienna Convention or otherwise applicable principles of international law may require.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur Donovan, et je donne maintenant la parole à nouveau au professeur Bruno Simma.

M. SIMMA: Merci, Monsieur le président.

VIII. THE REMEDIES REQUESTED BY GERMANY

1. Mr. President, distinguished Members of the Court, up to now Germany has established the range of violations of Article 36 of the Vienna Convention by the United States — violations that extend not only to all the categories of its paragraph 1 but also to its paragraph 2.

2. Germany will now turn to the international responsibility of the United States for these breaches. Obviously, our arguments will be based on the general law of State responsibility. I emphasize this because during the oral hearings in the *Breard* case, United States counsel appeared to argue that breaches of the Consular Convention were subject to a separate, self-contained régime and thus exempt from the general, customary law of State responsibility⁴³. Fortunately, our Respondent appears to have had second thoughts and has not repeated this argument in its Counter-Memorial in the present case. Fortunately, I mean fortunately for the Respondent.

⁴²*Id.* at 1130.

⁴³*Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States), Request for the Indication of Provisional Measures*, oral argument of 7 April 1998, uncorrected Verbatim Record, CR 98/7, para. 3.20 (Mr. Crook).

I. The ILC draft as line of orientation

3. Turning to the law of State responsibility, you are aware that the International Law Commission has recently reached a decisive stage in its elaboration of a set of draft articles on the subject. It is currently engaged in the second and final reading of the articles and this summer the Commission's Drafting Committee presented to the plenary a set of articles covering the entire subject-matter⁴⁴. Just a few days ago, these draft articles were debated in the Sixth Committee of the General Assembly. The ILC has further asked governments to comment upon the draft in writing by early next year. In the context of the present case, the issue of the legal consequences of the wrongs committed by the United States and the remedies requested by the Federal Republic of Germany lies at the heart of the matters which the Commission debated just a few months ago. Hence, the judgment of the Court in our case will be of the greatest importance for the further course of the ILC work on State responsibility.

4. I am, of course, aware that the task of the International Law Commission is limited to codification of the law on State responsibility existing as customary international law or as general principles. But I think what we can say about the relevance of the ILC draft for the present case is that it may serve as a restatement of the *lex lata* on State responsibility; a restatement of considerable authority on which we may rely in our discussion of the subject. On the very basis, the draft articles have already been resorted to by this Court particularly in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case⁴⁵. In line with this precedent, Germany will present its claims on the responsibility of the United States and the remedies it seeks following the proposals of the ILC. And I might mention that none of the criticism directed against the ILC draft in the recent Sixth Committee debates related to the provisions that I am going to take up in the following.

II. Germany as an injured State

5. Mr. President, the first argument that we want to make is that Germany is entitled to invoke the responsibility of the United States as an *injured State*. Germany incurred such injury in a twofold way: first, at the direct inter-State level through the violations of Article 36 analysed

⁴⁴International Law Commission, Report on the work of its fifty-second session, General Assembly, Official Records, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10, United Nations Doc. A/55/10 (2000), at pp. 124 *et seq.*

⁴⁵*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, paras. 49 *et seq.*

earlier. In this regard, we are in presence of crystal-clear treaty breaches which, as I have to remind you again, are only acknowledged by the United States to a very limited extent. Germany considers itself injured not only by the breach of Article 36, subparagraph 1 (b), but also by breaches of subparagraph 1 (a) and (c), as well and no less importantly, of paragraph 2 of Article 36.

6. Secondly, Germany also considers itself injured indirectly by the infringement on the part of the United States of the individual rights of the LaGrand brothers. We have argued that Article 36 of the Consular Convention establishes not only rights and correlative obligations running between the States parties but also — and here I again quote from the pleadings of our Respondent in the *Tehran* case 20 years ago — rights "perhaps even more importantly for the nationals of the sending State who are assured access to consular offices and through them to others"⁴⁶. We cannot but agree with this view. What Germany is exercising here is its right of diplomatic protection through, in the words of the *Mavrommatis* formula, "taking up the case of [two] of its subjects and by resorting to . . . international judicial proceedings on [their] behalf"⁴⁷. In doing so, Germany neither impairs the dignity nor the clarity of the present proceedings, as the US Counter-Memorial accuses us of doing⁴⁸. In our view such an exercise of diplomatic protection constitutes an application of what the International Law Commission calls "secondary rules" of international law, and there can be no doubt that it also constitutes an "application of the Convention" in the sense of Article I of the Optional Protocol to the Vienna Convention which is the basis of the Court's jurisdiction. There is nothing exorbitant or presumptuous in claiming that a certain aspect of the "application of the Convention" relating to rights accruing to foreign nationals may coincide with diplomatic protection of these nationals violated in their treaty rights by a State party to the Consular Convention. Since we are in the field of diplomatic protection, this aspect of the German claim is one to which the rule of exhaustion of local remedies applies. In this regard

⁴⁶*I.C.J. Pleadings 1980*, p. 174.

⁴⁷*Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 12.

⁴⁸Counter-Memorial, para. 74.

let me emphasize that Karl and Walter LaGrand as well as Germany had exhausted all available judicial remedies in the United States only at the end of 1998⁴⁹.

7. Mr. President, my colleague and friend, Professor Dupuy, will deal with the non-observance of the Order of this Court in a comprehensive way, following our arguments relating to the violations of the Consular Convention. Let me just indicate for the sake of completeness that Germany considers itself injured also by the United States disregard for that Order. This disregard constitutes a violation of its own but it certainly also aggravates the breaches of Article 36.

III. The damage involved

8. So much about the injury suffered by Germany. According to Article 31 on reparation proposed by the Commission's Drafting Committee this summer: "injury consists of any damage, whether material or moral, arising in consequence of the internationally wrongful act of a State". Germany has chosen not to raise any issue of material damage. Hence, the damage suffered by Germany, rendering it an injured State entitled to invoke responsibility, is to be found in the moral damage inflicted by the Respondent through, first, neglecting its obligations under Article 36 of the Consular Convention and subsequently disregarding the Order of this Court through the execution of Walter LaGrand in full awareness of its preceding wrongful acts as well as of the irreparable consequences of disregarding the Order.

IV. The remedies sought by Germany

9. Mr. President, distinguished Members of the Court, what legal consequences arise from these violations of international law? I submit that there is an answer to these questions which imposes itself naturally and spontaneously, as it were, to any observer assessing the situation *sine ira et studio* and with common sense: namely the United States is to concede the breaches and enact necessary safeguards against repetition. And this is precisely what Germany invites the Court to do: to make a pronouncement confirming authoritatively the fact of all the breaches committed by the United States, and state in a legally binding way that the Respondent shall

⁴⁹*LaGrand v. Stewart*, United States Supreme Court, 7 Dec. 1998, 119 S.Ct. 422 (Mem), Memorial, Ann. 11, at p. 495.

provide Germany not only with an apology but also with an adequate assurance that it will not repeat its unlawful acts, and that in the future it will ensure in law and practice the effective exercise of the rights under Article 36 of the Vienna Convention, particularly in cases involving the death penalty.

10. Let me now check this common-sense answer as it were, against the system of legal consequences and remedies devised by the International Law Commission this year. I might mention that, with regard to assurances and guarantees of non-repetition, the proposals made by the Drafting Committee effected a certain change: while the draft adopted at first reading referred in Article 46 to such guarantees as one particular form of reparation, the guarantees are now combined together in draft Article 30 with the duty of the responsible State to cease its breaches. In doing so, the Drafting Committee followed the view of Special Rapporteur James Crawford, and others, that assurances and guarantees of non-repetition perform a distinct and autonomous function; they are future-oriented and serve a preventive rather than a remedial purpose⁵⁰. Thus, the articles as proposed by the International Law Commission state the obligation of a wrongdoer "to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require".

11. We will follow this distinction. However, as a matter of convenience, I will deal with the remedies that I have indicated in the reverse order. Thus, I will first take up the question of reparation requested by Germany and then return — and focus on — the obligation on the part of the United States to provide appropriate safeguards against repetition, as to remedy most important to us under the circumstances of the present case.

1. Reparation

12. Mr. President, let me therefore turn to the reparation which Germany requests. As the Permanent Court stated in the *Factory at Chorzów* case:

"The essential principle contained in the actual notion of an illegal act . . . is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and

⁵⁰International Law Commission, Fifty-second session (Second part), Provisional Summary Record of the 2662nd meeting, 17 Aug. 2000, United Nations Doc. A/CN.4/SR.2662 (4 Sept. 2000), at p. 6. See also James Crawford, Third Report on State Responsibility, United Nations Doc. A/CN.4/507 (2000), paras. 53-59.

re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed."⁵¹

The Court then refers to restitution, followed by compensation. The ILC draft conforms to this order and then names satisfaction as a third remedy.

13. As to restitution, you will remember that in its Application of 2 March 1999 for preliminary measures, Germany requested the re-establishment of the situation that existed before the detention of, proceedings against, and conviction and sentencing of Walter LaGrand. Germany further asked that, pending the final judgment, the Court indicate that the United States should take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand was not executed. Following Germany's request, the Court indicated unanimously that the United States should take all measures to ensure this result. However, the Respondent showed itself unimpressed by the Order and executed Walter LaGrand, thus rendering the restitution of the *status quo ante* impossible.

14. Turning to compensation, Germany has decided not to raise a claim in this regard because the policy it pursues in lodging the present Application is to ensure that German nationals will be provided with adequate consular assistance in the future, and thus be protected against the fatal consequences following from breaches of Article 36 in circumstances like those leading to the death of the brothers LaGrand. Germany thus renounces its right to material reparation. This decision is entirely up to Germany. It is for the injured State alone to decide what remedies to pursue. Germany has made this choice and now requests the Court to pronounce upon the satisfaction owed to it by the United States.

2. Satisfaction

15. There are several reasons why Germany insists on satisfaction. First, as confirmed by the International Law Commission, satisfaction is a remedy designed especially for those cases in which injury cannot be made good by restitution or compensation⁵². This is precisely the case here.

16. The second reason why Germany requests the Court to obligate the United States to render satisfaction lies in the particularly grave character of the moral damage inflicted upon

⁵¹*Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J. Series A, No. 17, p. 47.* The authentic French text reads: "*Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite... est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis.*"

⁵²Cf. draft Article 38 provisionally adopted by the Drafting Committee on second reading, *supra* note 2, at p. 133.

Germany. As we set out in our Memorial⁵³, and repeated in shorter form this morning, the US Federal Government as well as the State of Arizona completely ignored the repeated urgent requests of the highest State organs of Germany. Then, the Solicitor General argued before the Supreme Court in favour of simply ignoring the Order of this Court and against any federal interference in the course of events leading to the death of Walter LaGrand. Thus, moral damage was done both to the authority of this Court and to Germany. Germany could do nothing but watch how its rights were simply being ignored by the United States.

17. In the terms of ILC draft Article 38 of this summer, satisfaction may consist of an acknowledgment of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality. Now, what did the United States offer? On 18 February of this year, the Department of State sent the German Embassy in Washington a note in which it "deeply regretted" that neither Walter nor Karl LaGrand was told that he could request consular assistance. On behalf of the United States, the Department of State extended "sincere apologies" to the Government of Germany for the failure of US authorities to observe the obligations of Article 36. The Department of State further informed the German Government that it had completed a thorough investigation into the case of Walter and Karl LaGrand and that it was engaged in a comprehensive effort to improve the performance of US authorities both at the federal and State level with regard to consular notification requirements⁵⁴.

18. A look at the United States Counter-Memorial reveals, however, that the United States considers itself in breach only of Article 36, subparagraph 1 (b), of the Vienna Convention. And the Counter-Memorial dismisses the German claims that the United States had also violated subparagraph 1 (a) and (c), as mere "add-on" claims which the United States finds "misplaced"⁵⁵. And the United States denies any responsibility for any breach of Article 36, paragraph 2, of the Convention. Further, contrary to the view which the Respondent itself took 20 years ago in the *Tehran* case⁵⁶, the United States now denies that Article 36 gives rise to individual rights. And,

⁵³Memorial, para. 6.54.

⁵⁴Counter-Memorial, Ann. 2.

⁵⁵Counter-Memorial, para. 70.

⁵⁶*ICJ Pleadings 1980*, p. 174.

apparently, the United States considers that it did nothing wrong in simply ignoring the Order of this Court. Hence, what the United States does have to offer by way of satisfaction, that is, by way of acknowledgment of its breaches and by way of apology, is clearly insufficient. Therefore, Germany asks the Court for a judicial pronouncement of every, I repeat every, internationally wrongful act committed by the United States in the present case.

19. Mr. President, we consider such a judicial pronouncement of illegality as the most important form of satisfaction that we can seek. We base our view on the constant jurisprudence of international courts and tribunals, beginning with the *Corfu Channel* Judgment of this Court⁵⁷. All contemporary authors, prominently among them Special Rapporteur James Crawford⁵⁸, concur⁵⁹. Besides repairing the moral damage inflicted, and in view of the extremely narrow position of the United States as to the scope of obligations flowing from Article 36, in particular Article 36, paragraph 2, what Germany expects from your pronouncement in this regard is legal certainty about what Article 36 implies by way of such obligations.

20. In view of the flagrant disregard of the United States both for the requests put forward by the highest authorities of the Federal Republic of Germany and for the Order of this Court, Germany asks the Court to declare the United States under an obligation to render satisfaction also by establishing adequate safeguards against repetition, that is, measures going well beyond the — insufficient — steps already undertaken by the Respondent. Hence, Mr. President, Germany bases its Submission No. 4 not only on the legal position which it shares with the International Law Commission, according to which the obligation to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition is a self-standing legal consequence directed at the future. Germany considers such safeguards also as "another appropriate modality" to provide satisfaction, to use the ILC's expression. Germany thus rests its claim to such safeguards on two different legal foundations. It may well be true that satisfaction is not a common form of reparation. But it is also true that certain circumstances surrounding breaches of international law or certain consequences of such breaches cry out for an appropriate form of satisfaction. In this vein, in view of the cavalier fashion

⁵⁷*Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 4.

⁵⁸J. Crawford, Third Report on State Responsibility, UN Doc. A/CN.4/507/Add. 1 (2000), para. 182.

⁵⁹For additional references, see Memorial, para. 6.62, footnote 580.

in which the United States disposed of the requests of Germany and the present Court, a judicial pronouncement which does not rest content with demanding mere promises but which obliges a State responsible of entire patterns of breaches to come up with a truly adequate guarantee against repetition is highly appropriate. In the context of death penalty cases, such a remedy is not at all out of proportion to the injury — a point to which I will return later — and it is not in the least humiliating to the United States — to quote two limitations which the International Law Commission foresees in its draft..

21. Mr. President, let me state that Germany regards declaratory relief in the form of a pronouncement of this Court as constituting the form of satisfaction, and thereby the modality of reparation, most appropriate under the circumstances, especially because the United States on its own initiative has only acknowledged one out of the totality of breaches it has committed. Secondly, in view of the veritable pattern of repetition of violations of Article 36, an offer of appropriate safeguards against repetition is also owed to Germany as a "special remedy for injury to [Germany's] dignity, honour and prestige", to quote Professor Arangio-Ruiz's Second Report on State Responsibility of 1989⁶⁰. Germany cannot tolerate that violations of its treaty rights, and of the rights of its nationals, resulting in its nationals being subjected to the death penalty in the United States, are handled in as light-handed a way as the Respondent currently sees fit.

V. In particular: Assurances and guarantees of non-repetition

22. Mr. President, distinguished Members of the Court, let me continue my consideration of the assurances and guarantees of non-repetition which Germany requests by turning to their additional, or alternative, legal foundation, which was accepted by the International Law Commission and which I sketched out earlier. There I drew your attention to the fact that the Commission now views these safeguards as a corollary of the duty of cessation of internationally wrongful acts. However, such a *revirement* of our remedy does not affect in the least its importance or its substance.

⁶⁰G. Arangio-Ruiz, "Second Report on State Responsibility", *Yearbook of the International Law Commission*, 1989, Vol. II (Part 1), p. 1, at 31, para. 106.

1. Their basis in international law

23. Such a remedy of assurances and guarantees of non-repetition may be exceptional, may not be appropriate in all circumstances, but it is certainly in place, indeed necessary, where there exists a real, clearly established danger of repetition of breaches. This precisely is the meaning of the phrase "if circumstances so require", which the International Law Commission has added to the text adopted at first reading. It is precisely in this sense that Germany's request is to be seen. This claim is firmly anchored in international law. It is remarkable to see how Special Rapporteur Arangio-Ruiz's proposal to expressly restate assurances and guarantees of non-repetition as a distinct consequence of breaches of international law, adopted by the ILC⁶¹, was quickly followed by State practice. For instance, in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, both Parties requested the Court to pronounce upon this very remedy⁶². In its Judgment the Court took up these claims by dealing extensively with the future performance by both Parties of their international obligations. State practice amounting to assurances and guarantees of non-repetition is particularly prevalent in human rights cases. Let me remind you of the friendly settlement reached earlier this year in the case of *Denmark v. Turkey* before the European Court of Human Rights⁶³, as well as of the constant jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights⁶⁴. It is also important to note that, neither in their comments on the ILC draft articles adopted at first reading in 1996, nor in the recent Sixth Committee debates, any government suggested the deletion of the draft article embodying our assurances and guarantees⁶⁵. On the contrary, while the majority of governments

⁶¹For the text of draft Article 46 (then *10bis*) on first reading with Commentary thereto, see "Report of the International Law Commission to the General Assembly on the work of its forty-fifth session", *YILC*, 1993, Vol. II (Part II), pp. 81-83; for Professor Arangio-Ruiz's proposal, see G. Arangio-Ruiz, "Second Report on State Responsibility", *YILC*, 1989, Vol. II (Part I), p. 1, at 42, paras. 148-163 and at 56, para. 191, Art. 10.

⁶²*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at pp. 12, 16, 17. See also the Judgment of the Court, *ibid.*, paras. 130 *et seq.*

⁶³ECHR, *Denmark v. Turkey*, Application No. 34382/97, Judgment of 5 April 2000, Friendly Settlement, para. 21, available at the Court's Website, <http://www.dhcour.coe.fr> (last visited 2 Nov. 2000).

⁶⁴E.g., IACHR, *Loayza Tamayo*, Judgment of 27 November 1998, Series C: Decisions and Judgements, No. 42, para. 164; IACHR, *Castillo Petruzzi et al.*, Judgment of 30 May 1999, Series C: Decisions and Judgements, No. 52, para. 222.

⁶⁵ILC, Fiftieth session, State responsibility, Comments and observations received from Governments, United Nations Doc. A/CN.4/488 (1998), at 113, 114.

did not comment on this remedy, apparently because it took it for granted, several States expressly welcomed its incorporation in the draft⁶⁶.

24. I would submit that the remedy also conforms to a principle of law common to the legal systems of both parties involved. Thus, German law provides claimants with the device of the preventive injunction (*vorbeugende Unterlassungsklage*) aimed at putting the executive under an obligation to abstain from repeating a certain conduct declared unlawful⁶⁷. In United States law, actions for declaratory relief are often combined with requests for mandatory injunctions to review executive conduct and make the declaration of the unlawfulness of such conduct effective⁶⁸. For instance, in the case of *Gore v. Turner*⁶⁹, the court resorted to injunctive relief as a remedy to ascertain that the underlying legal obligation was being enforced and abided by. In *Leblanc-Sternberg v. Flecher*⁷⁰, the court added that the injunction placed "the parties in a position which ensured that their constitutional rights remained inviolate". Both legal systems thus provide remedies enjoining the infringing party from repeating practices that have constituted a violation of the other party's rights.

2. Their necessity in the present case

25. Mr. President, before I turn to the German request for assurances and guarantees in more detail, let me clarify a few points. Observers agree that the safeguards are dependent on two parameters, as it were, namely, first, the seriousness of the breach and, second, the risk and

⁶⁶See, e.g., the statements to the Sixth Committee by the New Zealand representative, Ms. Victoria Hallum, on 25 Oct. 2000, available at the Internet website of the New Zealand Mission to the United Nations, <http://www.un.int/newzealand/intlaw.htm> (last visited 2 Nov. 2000); the Croatian Representative, Ambassador Ljerka Alajbec, on 25 Oct. 2000, available at the Website of the Croatian Mission to the United Nations, <http://www.un.int/croatia/statem.html> (last visited 2 Nov. 2000); and the Italian representative, Mr. Leanza, on 25 Oct. 2000, manuscript, p. 4. For a complete summary of the debates of the Sixth Commission on the draft Articles, see United Nations Press Releases GA/L/3154, GA/L/3155, GA/L/3156, GA/L/3158 of 23-27 Oct. 2000, available at the webpage <http://www.un.org/News/Press> (last visited 2 Nov. 2000).

⁶⁷Decision of the *Bundesverwaltungsgericht* (BVerwG, German Federal Administrative Court) of 16 April 1971 — IV C 66.67, publ. in DVBl. 71, p. 746; Dieter Lorenz, *Verwaltungsprozessrecht, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, Heidelberg 2000, para. 24 No. 19, p. 407; Friedhelm Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 3rd ed., München 1998, para. 16 No. 10 (pp. 337, 338); Hüttenbrink in: Wolfgang Kuhla, Georg Hüttenbrink, *Der Verwaltungsprozeß*, München 1998, p. 131, No. 217.

⁶⁸A. van Alstyn, *Judicial Protection of the Individual against the Executive in the United States of America*, in: *Gerichtsschutz gegen die Exekutive/Judicial Protection against the Executive/La protection juridictionelle contre l'exécutif*, Vol. II, (H. Mosler ed.), New York/Köln 1970, p. 1123.

⁶⁹*Gore v. Turner*, 563 F.2d at 165; see also *Marable v. Walker*, 1983704 F.2d 1219, 1221 (11th Cir. 1983); *United States v. Jamestown Center-in-the-Grove Apartments*, 557 F.2d 1079 (5th Cir.1977).

⁷⁰*Leblanc-Sternberg v. Flecher*, 104 F.3d 355, 355+, 1996 WL 699648, *5 (2nd Cir 1996).

apprehension of repetition. According to both of these parameters, our case ranges very high. Further, while assurances are normally given verbally, guarantees of non-repetition go beyond that and involve certain preventive actions to be taken by the responsible State and specifically designed to avoid repetition. This is how the report of the International Law Commission Drafting Committee of this August put it⁷¹. In our view, it is imperative in the present case to demand results, not mere words or futile efforts, also in the United States domestic sphere. The same Drafting Committee report emphasizes that the terms "appropriate" and the phrase "if circumstances so require" are designed to emphasize the exceptional nature of the remedy in question⁷². But what this means is that exceptionally urgent situations call for exceptional remedies and precisely this is the situation before you.

26. Mr. President, Members of the Court, Germany is firmly convinced that the present dispute is a case *par excellence* where circumstances do require that the responsible State provide assurances and guarantees that are really appropriate, to use the words of the ILC draft article! If you look at our case, it seems as if the Commission had precisely the present situation in mind in drawing up its Article 30 on cessation and non-repetition. If you were asking for a textbook example of a constellation in which no combination of remedies other than one comprising guarantees of non-repetition appears adequate to render justice, you would find it in the Article 36 in connection with the death penalty case which is now before you.

27. Now, as to the measures which the United States has taken so far in order to "remedy" the situation. They are described in some detail both in the Counter-Memorial (paras. 20 ff.) and in the US Note to which I have referred and which you will find in the Annex (Note of 18 February 2000). I have said earlier that they consist of an information campaign which appears to have started in connection with the *Breard* case. However, the fact is that these measures simply do not go far enough. Two American observers remarked recently

"these steps are laudable, but such actions have been insufficient in the past and offer little reason to believe they will suffice in the future. Put simply, there is little incentive under the current remedial scheme for State and local authorities to comply with provisions of the Vienna Convention. Whether wilfully or through ignorance,

⁷¹ILC, Fifty-second session (Second part), Provisional Summary Record of the 2662nd meeting, 17 Aug. 2000, United Nations Doc. A/CN.4/SR.2662 (4 Sept. 2000), at p. 6.

⁷²*Ibid.*

violations of the Vienna Convention are currently underdeterred and will continue to be so until a remedy with teeth is adopted and enforced."⁷³

We can only concur with this assessment. The measures hitherto taken have simply not proven to be sufficient to prevent violations of Article 36. This was also recognized by the United Nations Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Mr. Bacre Waly Ndiaye in his report of 1998 on the situation in the United States where he said:

"Although . . . the State Department has, on several occasions, informed officials of various States, including governors and attorneysgeneral [sic], of their duties under Article 36, it appears that the periodic advisories given by the Department receive no consideration."⁷⁴

If you recall what I said this morning, as recently as September not even the Attorney-General of the State of California was aware that — and how — the notification obligations under the Consular Convention were to be implemented domestically.

28. Mr. President, what we see — regrettably — is an almost consistent pattern of behaviour on the part of the United States: violations of Article 36 happen with great frequency; and then they are "waved through", so to speak, with the usual apologies and promises that everything will be done to prevent future breaches. But the breaches then occur again and again and there is simply no end of this pattern in sight.

3. Their particular urgency in death penalty cases

29. In view of this, Mr. President, what is needed is a remedy "with teeth", to quote the United States observers. And the need for measures to be taken by the Respondent which do not just scratch the surface but go at the heart of the matter, is particularly urgent in cases where the death penalty is involved. "Death is different". In the words of the same two American observers:

"Capital punishment, once imposed, is irreversible and unremediable. A mistake that results in an erroneous prison sentence is oppressive, but at least the wrongfully convicted inmate is alive. The legal system may have excised years from his life, denied his freedom and dignity, yet some kind of compensation can be made. Death, of course, is wholly different; it's all over except the official apologies."⁷⁵

⁷³E. Luna/D. Sylvester, *Beyond Breard*, 17 *Berkeley Journal of International Law* (1999) 147, at 188.

⁷⁴Report submitted pursuant to Commission resolution 1997/61 of 22 January 1998, United Nations Doc. E/CN.4/1998/68/Add.3, para. 119.

⁷⁵Luna/Sylvester, *supra* note 31, at 49.

Hence, in the context of the death penalty, violations of Article 36 assume a different, much more threatening quality. Let me repeat what the Inter-American Court of Human Rights said in its Opinion of last October:

"[N]onobservance of a detained foreign national's right to information, recognized in Article 36 is prejudicial to the guarantees of the due process of law; in such circumstances, imposition of the death penalty is a violation of the right not to be 'arbitrarily' deprived of one's life, in the terms of the relevant provisions of the human rights treaties."⁷⁶

30. To emphasize once again, in the face of situations like those that led to the execution of Mr. Breard, Mr. Faulder and the brothers LaGrand — and, of course, we could add others to that list as we have heard this morning — official apologies offered *ex post facto*, information campaigns and the like are clearly insufficient. Therefore, Mr. President, I submit that we find ourselves precisely in the situation envisaged by Article 30 of the ILC draft: we are in presence of circumstances which require that truly appropriate guarantees and assurances are given.

31. Mr. President, let me remind you of the causation argument that Mr. Donovan has just offered. This morning we also demonstrated that we are in the presence of a truly vicious circle here — a fatal situation called "absurd as Catch-22" by our late friend Keith Highet⁷⁷. There is thus no way around the conclusion that the combination of factual and (domestic) legal circumstances described earlier in detail renders the adoption by the United States of a more effective remedy absolutely necessary.

4. No excuse by reference to domestic law

32. Mr. President, Germany does not claim that the relevant US domestic legislation and jurisprudence as such are in breach of international law. Rather, what happens is that the application of the rules on procedural default by US domestic courts to the right to information contained in Article 36 renders it almost certain that the Catch-22 situation will occur time and again.

⁷⁶Inter-American Court of Human Rights, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99, 1 Oct. 1999, para. 131.

⁷⁷K. Highet, *The Emperor's New Clothes: Death Row Appeals to the World Court? The Breard Case As a Miscarriage of (International) Justice*, in: *In Memoriam Judge José-Maria Ruda*, manuscript, p. 6, Annex 39 to the German Memorial.

This is what Germany considers appropriate and necessary under the specific factual and legal circumstances. Violations of Article 36 followed by death sentences and executions cannot be remedied by apologies or the distribution of leaflets. An effective remedy requires certain changes in US law and practice.

5. No abuse of the International Court of Justice as a court of criminal appeal

35. Mr. President, what I am going to say now is extremely important to us: in requesting the Court to pronounce upon an obligation of the United States to provide efficient safeguards, we in no way intend to use — or rather abuse — this Court as a court of criminal appeal! All we ask of you is to pronounce upon the consequences of specific breaches of international law by the United States, and to confirm that the Respondent owes Germany the forms of reparation and safeguards against repetition that are provided for by international law currently in force as necessary under the circumstances.

6. Choice of means left to the United States

36. Mr. President, our Submission (4) has been so worded as to ensure that the rights of German nationals under Article 36 will be respected by the United States in the future, but at the same time to leave the choice of means by which to implement the remedy we seek to the United States. It is neither our intention nor the function of this Court to propose specific ways and means by which the United States can secure the conformity of its law and practice with its international legal obligations. But we consider that it is the task of the Court to see to it that the United States fulfil its obligation under Article 36. This, and nothing else, is what Germany asks this Court to do — and in no way to serve as a global court of appeals in criminal cases.

37. To once again turn to the wording of Submission (4), the terms "law and practice" used there refer to the necessity of the United States fulfilling its international obligations not only in words but also in deeds. As we pointed out in our analysis of Article 36, the effective exercise of the right to consular notification embodied in paragraph 2 requires that, where it cannot be excluded that the judgment was impaired by the violation of the right to consular notification, appellate proceedings allow for a reversal of the judgment and for either a retrial or a re-sentencing.

38. Please note that the formula we use in Submission No. 4 does not exclude that domestic law require the showing of some kind of "prejudice", that is, influence of the failure of notification on the penalty imposed. On the other hand, our formula is designed to exclude that, as is currently the case in the United States, domestic law provides any realistic prospect of challenging a conviction or penalty on the basis of Article 36. A domestic requirement of prejudice must be applied reasonably, as the US Supreme Court itself clarified in a judgment this year⁷⁸, this means that, it must not frustrate the remedy which Germany seeks in such a regular, almost total and automatic way as happens now. This is of special importance in those instances in which the Respondent did not know of his rights precisely because of the failure of the State to inform him as required in Article 36. The State must not be allowed to benefit from its illegal omission. A "review" of criminal convictions, therefore, does not require "restitution" but what it does mean is that an automatic bar against the raising of a post-conviction claim based on a violation of Article 36 is not compatible with international law. The formula "in particular in cases involving the death penalty" in the second sentence of our Submission No. 4 emphasizes that death is different. As we pointed out, in death penalty cases procedural guarantees are of particular relevance and importance, to put it mildly. But of course, this does not mean that Article 36 must not be respected in other cases, too.

39. As I emphasized a few minutes ago, the choice of means by which to introduce a domestic remedy necessary under the circumstances is to be left to the United States. But what I want to stress is that, as Germany has set out in detail in its Memorial, the US legal system does provide the US authorities with the appropriate means to remedy the violation of Article 36 of the Convention⁷⁹.

40. In conclusion, Mr. President, let me state once again that it is not the intention of Germany to lure this Court into the intricacies of US domestic law. As I repeated, the choice of means to realize in its domestic sphere the safeguards which Germany requests is up to the United States.

⁷⁸*William v. Taylor*, 120 S.Ct. 1495 (2000).

⁷⁹See Memorial, para. 6.87.

Mr. President, distinguished Members of the Court, this completes the German arguments concerning the violations of the Consular Convention by the United States and the remedies that Germany seeks. I guess that the time has come for the coffee break, but with regard to what comes after the coffee break, I would kindly ask you, Mr. President, to then give the floor to Professor Pierre-Marie Dupuy for the final part of our pleadings, devoted to the breach of the Order of 3 March 1999.

Merci, Monsieur le président.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur le professeur. La Cour suspend pour un quart d'heure.

L'audience est suspendue de 16 h 30 à 16 h 45.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. La séance est reprise et je donne maintenant la parole au professeur Pierre-Marie Dupuy.

M. DUPUY :

**IX. LE MANQUEMENT DES ETATS-UNIS AUX OBLIGATIONS ÉTABLIES
PAR L'ORDONNANCE DU 3 MARS 1999**

1. Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, je prends toujours la parole devant la Cour avec un très vif plaisir mêlé au sentiment de ma responsabilité. Dans cette affaire, je suis particulièrement honoré de la confiance qu'a bien voulu me faire la République fédérale d'Allemagne, à laquelle me lie au demeurant des liens particuliers. Le 3 mars 1999 restera dans les annales de la première juridiction internationale. La Cour internationale de Justice prit, ce jour là, à l'unanimité, une initiative qu'elle n'avait jamais prise auparavant, pas davantage que ne l'avait fait sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale. Elle décida d'agir d'office, *proprio motu*, pour la première fois depuis 1920, en application de l'article 75 de son Règlement. Et elle le fit pour ordonner des mesures conservatoires qui demandaient aux Etats-Unis la chose, à vrai dire, la plus simple qu'on puisse lui accorder : du temps ! Un peu de temps, car la Cour avait démontré là, comme l'année précédente en des circonstances similaires, que, malgré la modicité des moyens matériels dont elle dispose, elle peut décidément agir très rapidement, lorsque les circonstances

l'imposent. Dans cette ordonnance du 3 mars, la Cour demandait aux Etats-Unis de lui accorder le temps qu'il lui faudrait pour adopter la décision finale répondant à la requête allemande dans la présente affaire.

2. La Cour pouvait agir d'une façon aussi inhabituelle parce que sa compétence dans l'affaire introduite par l'Allemagne lui avait paru *prima facie* incontestable. Mais elle agissait aussi parce que chacun de ses membres était animé par «des considérations élémentaires d'humanité». L'équipage d'un navire en mer accepte spontanément de se détourner de ses voies habituelles pour porter secours à un homme en détresse. La Cour fit de même. Si elle a unanimement décidé d'agir vite, et de son propre chef, c'est parce que ce qui était en jeu, précisément, c'était la vie d'un homme. Il fallait faire vite, la Cour le savait d'expérience, depuis l'affaire concernant Francisco Breard, dont rien ni personne n'avait pu seulement retarder la mise à mort. Or, l'exécution de Walter LaGrand était prévue pour le jour même, le 3 mars 1999 et aucun des efforts accomplis par l'Allemagne fédérale pour sauver le frère cadet de Karl n'avait abouti. Aucun non plus n'avait pu infléchir le cours inexorable des choses pour Walter LaGrand lui-même. Ni les appels répétés à la clémence émanant du président de la République fédérale; ni ceux du chancelier; ni ceux du ministre des affaires étrangères et du ministre allemand de la justice, pas plus que n'avait été entendu l'appel à la clémence de l'Union européenne, regroupée autour d'une même conception des droits de l'homme. Au niveau local, les explications apportées par l'ambassadeur et le consul d'Allemagne au *Board of Executive Clemency* n'avaient pas davantage eu d'effet.

3. Ainsi, il était tard parce que, jusqu'à la veille de l'exécution, l'Allemagne avait essayé d'épuiser toutes les voies diplomatiques avant de se résoudre à l'action judiciaire. Il était même d'autant plus tard que le *State Attorney* d'Arizona avait attendu le 23 février 1999, soit la veille de l'exécution de Karl LaGrand, avant d'admettre publiquement n'avoir jamais ignoré la nationalité allemande des deux frères. Dès lors, si elle voulait prétendre à l'efficacité, la Cour devait jeter dans la balance de la justice internationale toute son autorité, déjà bafouée une fois dans des circonstances identiques un an plus tôt.

4. Pourtant, pour la seconde fois en moins d'un an, plusieurs organes publics des Etats-Unis, lui ont sèchement signifié le peu de cas qu'ils faisaient du droit international comme de sa propre

autorité. A la réception de l'ordonnance en mesure conservatoire émise par la Cour en l'affaire *Breard*, le Gouvernement des Etats-Unis avait au moins manifesté une réaction par la voie Mme Madeleine Albright, en invitant le gouverneur de Virginie à tenir compte de cet acte judiciaire; il est vrai que, dans la même lettre, le secrétaire d'Etat se prononçait ouvertement pour le caractère facultatif de telles mesures, ce qui revenait, dans les circonstances, à en ruiner toute chance de mise en œuvre. En revanche, dans l'affaire *LaGrand*, il n'y eut pas même de réaction des autorités fédérales américaines. Elles se contentèrent de communiquer l'ordonnance de la Cour au gouverneur d'Arizona, lequel avait pourtant déclaré la veille que, «dans l'intérêt de la justice», elle décidait de faire procéder à l'exécution de Walter LaGrand à la date initialement prévue. Quant à la Cour suprême des Etats-Unis, à la fois saisie par le condamné et par l'Allemagne, elle maintint la même position d'intangibilité que celle à laquelle elle s'était tenue dans l'affaire *Breard*. Comment en aurait-il pu, d'ailleurs, en être autrement, puisque, le *Solicitor-General* des Etats-Unis avait lui-même tenu la déclaration suivante : "*an order of the International Court of Justice indicating provisional measures is not binding and does not furnish a basis for judicial relief...*"⁸⁰ On assistait donc au "*remake*" d'un film pathétique, qui n'avait pourtant rien d'une fiction... Il y eut ainsi une exécution, à la fin de ce jour-là, dans une prison d'Arizona; ce ne fut cependant pas celle de l'ordonnance de la Cour, mais celle de Walter LaGrand, que, décidément, personne n'aura pu sauver de la chambre à gaz.

5. Ainsi confrontée à la méconnaissance par le défendeur de mesures conservatoires indiquées par la Cour, l'Allemagne fédérale a inclus dans les conclusions qu'elle soumet à la Cour celle qui la prie de dire et juger, j'en donne ici ma traduction française,

«que les Etats-Unis, en ne prenant pas toutes les mesures à leur disposition pour s'assurer que Walter LaGrand ne serait pas exécuté jusqu'à l'arrêt final de la Cour internationale de Justice en la matière, ont méconnu leur obligation internationale de respecter l'ordonnance en mesures conservatoires prononcée par la Cour le 3 mars 1999 comme celle de s'abstenir de toute action qui pourrait interférer avec le sujet du présent litige tant que la procédure y relative reste ouverte».

Cette requête suppose dès lors que l'on identifie clairement l'obligation comportée par le dispositif de la Cour. Elle débouche sur l'interrogation plus large concernant la portée juridique exacte à accorder aux mesures conservatoires. Le réexamen de ce problème à la fois classique et rendu un

⁸⁰Mémoire, annexe 28.

peu confus par une certaine glose arrive ainsi à point nommé dans l'histoire de la juridiction internationale; en un temps où l'on oppose ses pouvoirs en la matière à ceux que possèdent d'autres juridictions internationales, créées beaucoup plus récemment, on a parfois tendance à conclure hâtivement dans un sens défavorable à la Cour; certains prétendent encore qu'elle ne saurait, pour ce qui la concerne, ordonner des mesures véritablement obligatoires. Or, la question n'a rien d'académique, puisque le nombre des cas où on la sollicite pourtant d'en donner a tendance actuellement à augmenter.

6. Envisagé ici comme une question utile au règlement du différend, le problème classique de la portée juridique des mesures conservatoires est donc également une question d'actualité. Or, l'examen dépassionné que l'on doit en faire permet le constat suivant : si la portée des mesures conservatoires alimente de longue date les débats doctrinaux, c'est en grande partie parce qu'on a eu tendance à en déformer la signification. Il est donc essentiel, au moins pour les besoins de la présente affaire, de réexaminer les termes d'un débat dont on trouve l'écho dans le contre-mémoire américain, avant de le débarrasser des confusions qui l'alimentent et occultent ses véritables enjeux.

7. Or, ces derniers sont considérables. Ils mettent tout simplement en cause l'efficacité de la fonction judiciaire pour ne pas même parler de l'autorité de la Cour. De la réponse apportée par vous à la requête allemande dépendra en tout cas non pas l'existence, mais, en tout cas et au minimum, l'aggravation de la responsabilité engagée par les Etats-Unis à l'égard de l'Allemagne.

8. Trois parties successives, donc, dans cette plaidoirie : le réexamen des termes ordinaires du débat (I), la signification véritable du caractère obligatoire des mesures conservatoires (II) et, enfin, la responsabilité des Etats-Unis du fait de la méconnaissance des mesures ordonnées le 3 mars 1999 (III).

I. Les termes ordinaires du débat

9. Comme dans toute joute académique, il y a les partisans et les adversaires du caractère obligatoire.

1. Les arguments hostiles à la reconnaissance du caractère obligatoire des mesures

10. Trois arguments sont à cet égard généralement avancés. Ils se fondent tour à tour sur les textes, sur la pratique des Etats, et même sur la jurisprudence de la Cour elle-même. On les retrouve dans le contre-mémoire des Etats-Unis. Examinons-les successivement.

11. a) *Les textes* : l'argument le plus communément employé pour contester le caractère obligatoire de vos ordonnances est aussi celui qui avoue le plus directement sa précarité. Il s'appuie sur la formule anglaise de l'article 41 de votre Statut. Faute de mieux, c'est bien entendu celui que les Etats-Unis ont privilégié dans leurs écritures, plus exactement aux paragraphes 141 et suivants, et chacun sait, ils le répètent, que l'article 41, paragraphe 1, se lit comme suit :

"The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party."

Et les Etats-Unis d'insister sur le "*indicate*" comme sur le "*ought to be taken*", de même qu'ils attirent l'attention sur le fait que le paragraphe 2 du même article parle de mesures simplement "*suggested*" et pas "*ordered*" par la Cour.

12. A franchement parler, Monsieur le président, il n'y a rien là qui puisse effaroucher un Français, et je prie qu'on ne voie dans ce constat aucun chauvinisme ! En effet, comme tous les partisans du caractère obligatoire des mesures conservatoires le font remarquer, la version française du même texte parle bien, elle aussi, d'«indiquer» des mesures conservatoires; pourtant, ceci, dans la langue de Molière, peut s'entendre comme signifiant qu'elle «désigne» de telles mesures, sans emporter de conséquence sur le caractère obligatoire ou non d'une telle désignation. De plus, le texte français de l'article 41 dit que les mesures «doivent» (et non pas «devraient») «être prises à titre provisoire». Alors, il ne s'agit évidemment pas d'opposer Molière à Shakespeare, lesquels ont notamment l'humour en commun ! Mais il s'agit de rappeler que, dans le droit des Nations Unies et, plus encore, dans celui de la Cour depuis 1920, aucune des deux versions, anglaise ou française, non plus que celles des autres langues officielles des Nations Unies, n'a barre sur l'autre, même sur Internet ! Or, comme l'a montré le mémoire soumis à la Cour par l'Allemagne, ni la version chinoise, ni la version arabe, pas davantage que la version russe ou la version espagnole du texte de

l'article 41 du Statut ne viennent corroborer l'interprétation que le défendeur voudrait donner de cette disposition⁸¹.

13. Les Etats-Unis sont d'ailleurs bien obligés d'admettre que l'article 41 est "*susceptible of different readings*"⁸². C'est d'ailleurs un très éminent auteur de langue anglaise, sir Gerald Fitzmaurice, qui, lui-même chaud partisan du caractère logiquement obligatoire des mesures conservatoires, faisait remarquer l'indigence de l'argument fondé sur le "*should*" et le "*ought*"⁸³.

14. b) *La pratique des Etats* : le contre-mémoire américain affirme : "*the practice of States also shows that the Court's indications of provisional measures have not been understood to impose binding legal obligations*"⁸⁴.

Alors, arrêtons-nous un peu sur la pratique des Etats. Elle est d'abord caractérisée par l'accroissement contemporain des demandes en mesures conservatoires : six pendant la Cour permanente de Justice internationale, contre trente-cinq à la Cour actuelle, dont, il est vrai, dix demandées d'un coup par la Yougoslavie contre les Etats membres de l'OTAN. Toujours est-il que dans les vingt-cinq dernières demandes on trouve seulement une période d'une vingtaine d'années. Etonnante pratique, si les Etats considèrent véritablement que les ordonnances de la Cour n'ont pas d'effet juridique ! Il est vrai qu'en un certain nombre de cas, bon nombre d'entre eux, dont les Etats-Unis à plusieurs reprises, n'ont pas fait grand cas des mesures effectivement ordonnées dans quatorze des vingt et un cas où la présente Cour avait été sollicitée. Mais la référence à des données purement statistiques fait peu de cas des différences entre Etats.

15. Il y a d'abord ceux qui demandent les mesures et puis il y a ceux qui les subissent, car les mesures ne sont souvent adressées pour l'essentiel qu'à l'une des deux parties au litige. Or, les Etats qui les demandent sont très attachés à leur autorité proprement juridique, et ainsi, lorsque les Etats-Unis eux-mêmes les sollicitaient de la Cour parce que les diplomates étaient pris en otage ! Il n'y a qu'à relire à cet égard l'extrême embarras, pour ne pas dire plus, manifesté par le

⁸¹Mémoire, p. 151, par. 4.149.

⁸²Contre-mémoire, p. 123, par. 153.

⁸³Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. 2, p. 548-550.

⁸⁴Contre-mémoire, p. 129, par. 161.

contre-mémoire lorsqu'il tente de réfuter les constatations faites dans les écritures allemandes, à propos des déclarations faites en 1980 par M. Owen, l'agent américain d'alors; il y parlait bien explicitement des "*obligations*" faites par la Cour à l'Iran dans cette affaire⁸⁵. Lorsqu'ils se sentaient eux-mêmes menacés d'être frappés par des mesures du même ordre dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*⁸⁶, les Etats-Unis ont cherché à toute force à en écarter l'indication. Mais pourquoi manifester tant de craintes, Messieurs, à l'égard de mesures, si elles n'obligent à rien ?

16. Alors, il y a une seconde catégorie, c'est celle des Etats qui refusent les mesures parce qu'ils sont convaincus de l'absence de compétence de la Cour pour juger leur comportement au fond. C'est notamment le cas de l'Islande dans l'affaire des *Pêcheries islandaises*⁸⁷ ou de la France dans celle des *Essais nucléaires*. Ce dernier cas est d'ailleurs singulier, puisqu'en définitive, l'Etat défendeur a, peu de temps après, adopté un comportement parfaitement conforme à celui que la Cour attendait, en décidant lui-même qu'il renonçait aux essais nucléaires dans l'atmosphère. Enfin, troisième catégorie, souvent conjuguée à la précédente, il y a les cas dans lesquels certains Etats sont d'autant plus attachés à ne pas observer les mesures ordonnées qu'elles leur paraissent se confondre en réalité avec la satisfaction de la requête des demandeurs au fond. Alors s'ils n'ont pas obéi à la Cour, c'était non pas parce qu'ils auraient nié l'autorité des mesures conservatoires mais, tout au contraire, parce qu'ils trouvaient leur application trop efficace !

17. Au demeurant, l'argument qui prétend tirer du comportement des justiciables un enseignement sur l'autorité de la justice se trouve, tout au moins en droit international, parfaitement vicié. Pour la bonne raison qu'il repose sur une confusion : celle qu'il établit entre le caractère obligatoire d'un acte judiciaire et l'absence de compétence exécutoire de l'organe qui l'émet ! Cependant, les Etats-Unis eux-mêmes n'ont jamais respecté l'arrêt rendu au fond par la Cour dans l'affaire qui les opposait au Nicaragua ! Et pourtant, personne ne songerait à nier que les

⁸⁵Contre-mémoire, p. 126, par. 157 et s.

⁸⁶*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 169.

⁸⁷*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 12; *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972, p. 30; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 99; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 99.

jugements de la Cour sont pourvus de l'autorité de chose jugée. La Cour a la compétence d'ordonner des mesures obligatoires mais elle n'a pas le pouvoir de les faire exécuter.

18. c) *La jurisprudence de la Cour* : le contre-mémoire des Etats-Unis considère que la Cour elle-même n'a pas, dans sa jurisprudence, indiqué qu'elle considérerait les mesures comme obligatoires; avec la conséquence qu'elle ne s'est pas, non plus, prononcée sur la responsabilité juridique des Etats n'ayant pas observé ses prescriptions conservatoires. A l'appui d'une telle démonstration, les Etats-Unis citent curieusement l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company*, dans laquelle la Cour a déclaré que son ordonnance "*had ceased to be operative*"⁸⁸. Mais on pourrait alors leur faire remarquer que si cette ordonnance avait cessé d'être "*operative*", c'est bien qu'auparavant, elle l'avait été. De la même manière, il est étrange que les Etats-Unis croient trouver un secours dans l'observation faite par la Cour selon laquelle le Gouvernement français, dans l'affaire des *Essais nucléaires* aurait commis un "*deliberate breach of the Order*"⁸⁹. Si la Cour parle alors de ("*breach*"), n'est-ce pas précisément parce qu'elle reconnaît cet acte juridique comme posant des obligations? Peu attentif à la présence du terme "*breach*" dans l'affaire précitée, le contre-mémoire tente en revanche de tirer argument de son absence dans le vocabulaire employé par la Cour dans l'affaire des *Otages*, lorsqu'elle constatait pour la regretter la méconnaissance de l'ordonnance qu'elle avait prise à l'intention de la République islamique d'Iran.

19. En dehors de cet usage assez inconséquent de votre jurisprudence, les auteurs du contre-mémoire s'abstiennent d'en faire un examen approfondi, notamment pour dresser un constat simple. Si vous ne vous êtes jamais prononcés sur l'engagement de la responsabilité internationale d'un Etat pour non-respect d'une ordonnance en mesures conservatoires, c'est tout simplement parce que, jusqu'à l'affaire *Breard*, aucun Etat ne vous l'avait demandé⁹⁰! Or, cette affaire *Breard* n'est jamais allée au fond, en raison du retrait de l'action paraguayenne.

20. L'examen de la jurisprudence permet en réalité de constater que, pour rédiger ses ordonnances, la Cour partait traditionnellement, comme il est logique, de la formulation prudente de l'article 41 de son Statut, dont elle reproduit le plus souvent les termes, en anglais ou en

⁸⁸Contre-mémoire, p. 130, par. 162.

⁸⁹*Ibid.*, par. 163.

⁹⁰Voir Luigi Daniele, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte internazionale di giustizia*, 1993, p. 139.

français. Dans tous les cas, la Cour commence par indiquer de façon générique que les parties «veillent l'une et l'autre à éviter tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend» ou que les parties «veillent l'une et l'autre à ce qu'aucune mesure soit prise qui puisse porter atteinte aux droits de l'autre partie». Puis, elle précise habituellement le comportement requis de l'une ou l'autre espèce.

21. Or, de ce dernier point de vue, la Cour semble avoir de plus en plus tendance, du moins si les circonstances l'exigent, à s'exprimer de façon plus ferme; cette tendance demeure cependant entravée par la différenciation terminologique existant entre le français et l'anglais. Prenons en deux exemples : dans l'affaire pendante entre la Bosnie et la Yougoslavie, la Cour a pris en 1993 une ordonnance dont le texte français dit ouvertement que la Yougoslavie «*doit* immédiatement ... prendre toutes les mesures en son pouvoir»⁹¹; elle réitère ce terme en ce qui concerne le devoir de la Yougoslavie de «veiller à ce que les forces militaires ou paramilitaires ... n'incitent ou ne se rendent complices du crime de génocide»⁹². Pour autant, l'original, en anglais, par déférence à l'égard de la version anglaise de l'article 41, s'en tient dans les deux cas à l'emploi du terme "*should*".

22. Bien plus, dans l'affaire presque sœur de celle qui nous occupe, l'ordonnance de la Cour dira bien en français que «les Etats-Unis *doivent* prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Angel Francisco Breard ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente espèce n'aura pas été rendue»⁹³. Pourtant, là encore, le texte anglais dira que les Etats-Unis "*should take...*"

23. Tout se passe ainsi comme si, liée par l'équivoque linguistique établie dans son Statut, la Cour s'était sentie empêchée, lorsqu'elle jugeait pourtant que les circonstances l'exigeaient, de s'affranchir du vocabulaire qui lui est dicté par l'une et l'autre version de l'article 41. Mais ce qui compte, c'est de s'attacher à l'intention véritable de la Cour. Or il semble que, pour mieux encore le signifier, celle-ci ait décidé tout récemment de s'affranchir des équivoques qui pourraient être

⁹¹ C.I.J. Recueil 1993, p. 24, par. 52.

⁹² Ibid.

⁹³ Ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 248, par. 41.

entretenues, notamment par les pays destinataires de ses ordonnances, sur la clarté du sens à donner aux mesures qu'elle «ordonne».

24. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, la Cour a rendu, le 1^{er} juillet dernier, une ordonnance adressée aux deux parties au litige, dont l'original est en français. A l'unanimité de ses membres, elle «indique» certes, tout en déclarant et à trois reprises que «les deux Parties *doivent*, immédiatement, prévenir et s'abstenir...» On retrouve ici la terminologie existant dans la traduction française de l'anglais, que je viens de citer pour les affaires *Breard* et *LaGrand*.

25. Pourtant, comme pour mettre un terme aux discussions sur l'aptitude des mesures conservatoires à créer des obligations, la Cour a pris soin, au paragraphe 46 de cette ordonnance, de préciser qu'une «décision rendue en la présente procédure ne préjuge en rien la compétence de la Cour pour connaître du fond de l'affaire». «Décision», le terme est éclairant. Car la Cour n'ayant pas la compétence de modifier elle-même son propre Statut, cela signifie bien que si elle désigne, le 1^{er} juillet 2000, une ordonnance en mesures conservatoires comme une «décision», c'est que tel était déjà le cas auparavant. Ce qui change en l'an 2000, c'est peut-être l'audace de la désignation mais pas la nature juridique de l'acte qu'elle concerne. Toute équivoque paraît d'ailleurs être levée, puisque, dans la version anglaise tirée de l'original français, en rompant avec une certaine habitude terminologique, la Cour a pris soin de traduire les termes «décision» et «doivent» par leurs exacts équivalents en anglais, "*decision*" et "*must*". Par conséquent, la jurisprudence de la Cour autorise pleinement à constater la portée effectivement obligatoire des mesures conservatoires.

2. Les arguments favorables à la reconnaissance du caractère obligatoire des mesures conservatoires

26. Au demeurant, et je me tourne vers l'examen des opinions favorables à ce caractère obligatoire. Tout incite à confirmer le caractère obligatoire.

27. L'objet, tout d'abord. Il consiste à faire respecter, comme le disait la Cour, «le principe universellement admis devant les juridictions internationales d'après lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution

de la décision à intervenir»⁹⁴. Conservatoires, ces mesures le sont ainsi à plus d'un titre. Ce qui est à conserver, c'est l'objet même du différend, afin que la procédure judiciaire conserve un sens et une efficacité; c'est aussi «le droit de chacune des parties en attendant que [la Cour] rende sa décision», ce qui «présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire» on aura reconnu là les termes que vous avez vous-mêmes employés dans votre ordonnance en l'affaire *Breard*⁹⁵. C'est cette finalité de l'action conservatoire qui justifie l'urgence et la priorité absolue donnée à des mesures de ce type, comme y insiste du reste l'article 74 de votre Règlement. On comprend, dès lors, que sir Gerald Fitzmaurice déclare : "*The whole logic of the jurisdiction to indicate interim measures entails that, when indicated, they are binding.*"⁹⁶

28. Mais, une fois opéré ce constat, que doit-on véritablement entendre par là ? C'est, trop souvent, pour ne pas avoir su percevoir la véritable portée du caractère obligatoire de ces mesures que plusieurs auteurs ont alimenté de manière assez vaine le débat doctrinal que l'on vient d'évoquer. Il est donc nécessaire à présent d'identifier la signification véritable du caractère obligatoire des contre-mesures.

II. La signification du caractère obligatoire des mesures conservatoires

29. Pour saisir cette signification, il convient d'analyser successivement deux aspects bien distincts que l'on aurait tort de confondre. Le premier concerne la nature juridique et les caractères des mesures elles-mêmes. Le second consiste à considérer la portée des obligations juridiques qu'elles énoncent. On examinera donc tour à tour ces deux éléments.

1. Nature et caractères des mesures conservatoires

30. Pour dire les choses en deux mots, Madame et Messieurs les juges, les mesures conservatoires ne sont pas des jugements, mais ce sont bel et bien des décisions juridiques.

31. a) *Ce ne sont pas des jugements.* On ne peut pas mettre totalement sur le même pied un jugement de la Cour intervenant sur sa compétence ou sur le fond et une mesure conservatoire. Les

⁹⁴Affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia*, C.P.J.I. série A/B n°79, p. 199.

⁹⁵C.I.J. Recueil 1998, par. 35.

⁹⁶Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the ICJ*, op. cit, p. 548.

du droit ! Ce qui ne l'empêche d'ailleurs nullement en tant qu'institution, de jouir d'une grande autorité morale. C'est du reste ce que concluait sir Hersch Lauterpacht lorsqu'il déclarait : "*It cannot be lightly assumed that the Statute of the Court — a legal instrument — contains provisions relating to any merely moral obligations of States.*"¹⁰⁰

36. S'il avait pu, au demeurant, subsister le moindre doute dans l'esprit de certains sur la nature des mesures conservatoires en tant que «décisions» portant obligations juridiques, il devrait en tout cas être désormais levé par le caractère très explicite de cette qualification de «décision», appliquée par la Cour elle-même aux mesures conservatoires qu'elle a rendues le 1^{er} juillet de l'an 2000, dans l'affaire pendante entre le Congo et l'Ouganda¹⁰¹.

37. Pour conclure sur la nature juridique de cet acte juridique, on peut donc faire selon nous le bilan suivant : les mesures conservatoires sont à distinguer des jugements; elles sont bien des décisions juridiques, mais des décisions de procédure (même si elles peuvent elles-mêmes comporter un contenu substantiel. Leur caractère décisoire étant cependant impliqué par la logique de l'urgence et la nécessité de sauvegarder l'efficacité de la procédure, elles créent par conséquent des obligations proprement juridiques à la charge de leurs destinataires. Arrivés à ce stade de l'analyse, il convient par conséquent d'examiner la portée exacte de ces obligations juridiques.

2. La portée des obligations créées par les mesures conservatoires

38. J'analyserai d'abord, d'un point de vue général, la portée de toutes mesures conservatoires, avant d'examiner plus précisément celles que la Cour a adressées aux Etats-Unis dans la présente affaire.

39. a) Ainsi qu'on l'a déjà observé plus haut, la Cour procède habituellement en deux temps dans l'énonciation des mesures conservatoires. Elle commence par rappeler «à l'une et l'autre partie l'obligation de prévenir et de s'abstenir de tout acte qui risquerait de porter atteinte aux droits de l'autre partie», et il s'agit là d'une obligation à la fois réciproque et générique, que l'on pourra d'ordinaire, en fonction de sa formulation presque standardisée, assimiler à une obligation générale

¹⁰⁰Sir Hersch Lauterpacht, "*The Development of International Law by the Court*", *op. cit.*, p. 253.

¹⁰¹Ordonnance du 1^{er} juillet 2000, *op. cit.*, par. 46.

de diligence, due par les parties l'une à l'autre, comme, par l'une et l'autre, à la Cour elle-même, en tant qu'elle est gardienne du procès.

40. Les moyens de réalisation de cette obligation, comme il en va toujours en matière de diligence, sont laissés, sinon toujours à l'entière discrétion, du moins à l'intelligence raisonnée que chacun des deux Etats pourra se faire de la situation et du comportement qu'elle impose, en fonction du même but, lui aussi général mais pourtant clairement défini : ne pas porter atteinte aux droits de l'autre partie ni ruiner le sens ou l'efficacité de l'arrêt à venir. Mais ce n'est pas parce qu'une obligation est formulée en termes généraux qu'elle cesse d'être une obligation. Il est au contraire inhérent à toute obligation de diligence de renvoyer implicitement à des standards de comportement dont il appartient à chaque "well governed State", pour parler comme les arbitres dans l'affaire de l'*Alabama*, d'apprécier et de mettre en œuvre les implications concrètes compte tenu des données de l'espèce.

41. Alors au-delà de cette indication de mesures générales, il arrive le plus souvent que la Cour désigne plus précisément, par des mesures particulières, un comportement déterminé ou un résultat spécifique à atteindre. Dans ce cas, l'ordonnance pourra passer à la formulation d'obligations plus précisément déterminées, ce qui ne veut pas dire qu'elles cesseront d'être des obligations de diligence.

42. En voici encore quelques illustrations :

«La Yougoslavie doit ... immédiatement prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission du crime de génocide...»¹⁰²;

«les Etats-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Breard ne soit pas exécuté...»¹⁰³;

«les deux Parties doivent, immédiatement, prendre toutes mesures nécessaires pour assurer, dans la zone de conflit, le plein respect des droits fondamentaux de l'homme ainsi que des règles applicables du droit humanitaire»¹⁰⁴.

Dans tous ces cas, on constate que, tout en devenant plus spécifiée dans son contenu, l'obligation énoncée laisse toujours une marge d'appréciation aux Parties en fonction du but cette fois plus précisément défini.

¹⁰²C.I.J. Recueil 1993, p. 24, par. 52.

¹⁰³C.I.J. Recueil 1998, ordonnance du 8 avril, par. 41.

¹⁰⁴Ordonnance du 1^{er} juillet 2000, par. 47, 3.

44. Cette marge laissée aux Etats qui, pour autant, leur impose une obligation déterminée, nous paraît très exactement reflétée dans l'expression employée notamment par la Cour dans l'affaire jugée en 1986 entre le Nicaragua et les Etats-Unis, lorsqu'elle indiquait, et je vais citer le texte anglais pour que l'on ne puisse pas nous accuser de jouer sur la différence terminologique des versions anglaise et française :

*"When the Court finds that the situation requires that measures of this kind should be taken, it is incumbent on each party to take the Court's indication seriously into account, and not to direct its conduct solely by reference to what it believes to be its rights."*¹⁰⁵

45. Au demeurant, la marge de manœuvre laissée à l'Etat destinataire est également laissée à la Cour elle-même, dans l'appréciation qu'elle pourra être amenée à faire de la conformité du comportement de cet Etat à l'objectif qui était de lui requis. Elle pourra elle-même tenir en compte la balance des intérêts de part et d'autre en jeu, comme du degré d'intensité de l'urgence, d'un côté, ou l'incidence de l'application des mesures spécifiques sur la situation de l'Etat qu'elles visent, de l'autre.

46. La Cour pourra ainsi doser non seulement la mesure de l'autorité avec laquelle elle ordonne, mais la souplesse des critères en fonction desquels elle appréciera ensuite la mesure dans laquelle l'Etat ou les Etats visés s'est ou se sont acquittés de leur obligation. Et l'on peut penser que c'est précisément la flexibilité inhérente à ce type de mesures qui se trouve reflétée dans le vocabulaire pondéré qu'utilise la version anglaise de l'article 41 du Statut.

47. b) Il est alors particulièrement instructif de se tourner vers l'ordonnance prise par la Cour dans notre affaire *LaGrand*, que je cite, pour les mêmes raisons, dans l'original anglais : *"The United States of America should take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand is not executed pending the final decision in these proceedings"*. Quels sont ici le sens et la portée du comportement requis des Etats-Unis par l'ordonnance ? S'agissait-il de leur ordonner la renonciation à une compétence inhérente à leur souveraineté, dont on pourrait admettre qu'elle froisse un intérêt juridique déterminé, ce qui aurait pu inciter les Etats-Unis à n'en faire qu'un usage *a minima* ? Il ne le semble pas. Par cette décision incidente qu'est une ordonnance, la Cour demandait simplement aux Etats-Unis non de renoncer à l'exercice d'une compétence mais,

¹⁰⁵C.I.J. Recueil 1986, p. 144, par. 289.

simplement, d'en suspendre la mise en œuvre pour un temps limité, pure obligation d'abstention qui ne mettrait en péril aucun intérêt majeur ou fondamental d'un Etat souverain. Il est, certes, des cas dans lesquels laisser passer du temps peut causer un préjudice.

48. Ce sont les cas, en matière économique ou commerciale, dans lesquels le temps, c'est de l'argent ! Mais ici, le temps aurait juste coûté le prix d'une prolongation de résidence dans les couloirs de la mort, avec, comme contrepartie, la possibilité de laisser encore une chance à la vie. Eloquente, en effet, est ici la balance des intérêts en présence, en fonction desquels la Cour peut apprécier dans quelle mesure l'Etat *took* "the Court's indication seriously into account, and [did not] direct its conduct solely by reference to what it believes to be its rights". D'un côté les Etats-Unis, dont les intérêts juridiques fondamentaux n'auraient été mis en cause par l'adjonction d'une douzaine de mois nécessaires à l'instruction du procès international, après dix-sept ans passés par les frères LaGrand en prison. De l'autre, le respect des droits d'un autre Etat souverain, l'Allemagne, dans son propre chef comme dans celui de ses ressortissants. D'un côté, la suspension passagère de l'exercice d'une compétence judiciaire; de l'autre la possibilité, compte tenu de l'enjeu propre à l'espèce, de donner une ultime chance au «droit à la vie» en tant qu'il constitue, au sens technique du terme, un droit fondamental de la personne humaine défini de façon convergente dans suffisamment de conventions internationales pour qu'on puisse s'autoriser à y voir une norme de droit international coutumier sinon même de droit impératif, comme semblait y incliner, pour sa part, dans ses écrits le professeur Théodore Meron¹⁰⁶.

50. La position de la République fédérale d'Allemagne, Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, est ainsi que, dans les conditions de l'espèce, compte tenu de la nature juridique des mesures conservatoires en général et du contenu des obligations faites par celle que vous avez prise le 3 mars 1999, les Etats-Unis avaient un comportement simple mais unique à adopter : s'abstenir d'exécuter Walter LaGrand et suspendre son exécution pendant la durée de l'instance. En ignorant de façon délibérée votre ordonnance, les Etats-Unis ont donc engagé leur responsabilité internationale; en se contentant purement et simplement de transmettre le texte aux autorités d'Arizona, les Etats-Unis n'ont pas respecté leur obligation juridique de «prendre toutes

¹⁰⁶Th. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, p. 193-194.

les mesures à leur disposition pour éviter que Walter LaGrand soit exécuté pendant la durée de la présente affaire». D'autres organes agissant au nom des Etats-Unis ont eu un comportement encore plus délibérément méprisant à l'égard des mesures conservatoires indiquées par la Cour. C'est, tout d'abord, le *Solicitor-General*, qui a purement et simplement maintenu la position qu'il avait adoptée lors de l'affaire *Breard*, selon laquelle les mesures conservatoires n'obligent en rien les Etats-Unis. C'est ensuite la Cour suprême des Etats-Unis, elle aussi pourtant informée par le précédent encore tout récent de l'affaire *Breard*, qui a également réitéré une attitude signifiant clairement que le droit des Etats-Unis, tel qu'elle-même l'interprète, prime le droit international public. Cette attitude a été radicalement critiquée par plusieurs éminents jurisconsultes américains, dont le professeur Louis Henkin¹⁰⁷ dans les colonnes de l'*American Journal of International Law*, ou M. Keith Heighet¹⁰⁸ dans le dernier article qu'il ait écrit, M. Keith Heighet, en compagnie duquel je plaçais la dernière fois que je suis apparu devant cette Cour. L'un et l'autre ont insisté sur le caractère obligatoire en droit international des mesures conservatoires indiquées par la Cour dans l'affaire *Breard*, qui étaient pour l'essentiel identiques à celles de la présente affaire. Ils l'ont fait eu égard aux dispositions constitutionnelles américaines comme par référence à la règle de droit international élémentaire selon laquelle un Etat est engagé par les actes de ses organes.

51. J'ajoute que s'il peut y avoir des cas dans lesquels un Etat, compte tenu des circonstances de l'espèce, peut considérer que la Cour lui laisse une certaine marge d'appréciation à laquelle nous sommes référés, il n'y avait, ici, aucun doute possible sur le caractère strict du devoir imparté au défendeur. Il faut en effet rappeler ce par quoi j'avais tout à l'heure commencé : la singularité absolue, radicale, sans aucun précédent, d'une ordonnance en mesures conservatoires rendue *proprio motu* cela ne laissait aucune espèce d'ambiguïté sur l'importance et l'autorité que la Cour, agissant à l'unanimité, accordait au respect de la simple mesure d'abstention qu'elle ordonnait, compte tenu de l'extrême urgence de la situation et de l'enjeu littéralement vital attaché à sa réalisation. Pour reprendre les termes employés en commentaire à l'affaire *Breard* par

¹⁰⁷Louis Henkin, "Provisional Measures, U.S. Treaty Obligations and the States", in : *AJIL* 1998, vol. 92, p. 679-683.

¹⁰⁸Keith Highet, "The Emperor's New Clothes : Death Row Appeals to the World Court ? The Breard Case As a Miscarriage of (International) Justice", in *Essays in Memoriam Judge José María Ruda*, Universidad Austral, 2000; reproduit dans le mémoire, annexe 39, p. 765 et suiv.

Keith Highet : "the death row situation is the quintessential instance where an order indicating provisional measures from the ICJ could have been applied, but was not". Il est par conséquent indispensable à ce stade de l'analyse d'en venir, et cela clôturera ma plaidoirie, à l'examen des conséquences juridiques pour les Etats-Unis de la méconnaissance des mesures conservatoires du 3 mars 1999.

III. Les conséquences juridiques pour les Etats-Unis de la méconnaissance des mesures conservatoires du 3 mars 1999

52.

«Le principe essentiel qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale ... est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait existé si ledit acte n'avait pas été commis.»¹⁰⁹

Dès le début de la citation j'aurais pu l'interrompre, vous la connaissez évidemment tous par cœur, et ce rappel du dictum de la Cour dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* n'est pas ici pour sacrifier à un rituel trop bien rodé, mais pour fixer les termes de la situation juridique à analyser. La Cour a ordonné le 3 mars 1999 aux Etats-Unis d'adopter un comportement qui, en l'occurrence, ne leur laissait d'autre option qu'une application stricte de la décision dont ils étaient destinataires. Son contenu était au demeurant peu contraignant, il se résolvait dans la suspension provisoire d'une compétence pénale. Les Etats-Unis ont passé outre; et, ce faisant, ils ont interféré avec l'objet même du différend au fond alors que la procédure judiciaire internationale était en cours. Il en résulte qu'ayant commis un nouveau fait illicite, ils ont créé un nouveau chef de responsabilité internationale à leur charge; cette responsabilité est nouvelle, parce que fondée sur des agissements distincts de ceux qui leur étaient reprochés dans la requête. Mais elle demeure évidemment étroitement corrélée à la responsabilité engagée au fond et il convient de le rappeler brièvement.

Lien de la responsabilité pour méconnaissance de l'ordonnance avec la responsabilité au fond

53. En rendant son ordonnance, la Cour a démontré qu'elle n'avait de doute ni sur l'existence *prima facie* des droits du demandeur ni sur celle d'un risque de préjudice irréparable. Les premiers étaient fondés sur le fait que l'article 5 de la convention de Vienne de 1963 donne à

¹⁰⁹Affaire de l'*Usine de Chorzów*, C.P.J.I. série A n° 17, p. 47.

toute Partie «le droit de protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques ou morales...» Ils sont aussi fondés sur les droits de l'Allemagne sur la base de l'article 36, dont je ne reprendrai pas ici l'analyse. Je m'arrêterai en revanche sur le constat que vous avez fait le 3 mars 1999 de l'existence d'un risque de préjudice irréparable. Qu'entend-on exactement par-là ? Le préjudice causé est réalisé par l'impossibilité dans laquelle se trouve désormais l'Allemagne de demander la *restitutio in integrum*. Ce préjudice est irréparable non en ce qu'aucune réparation ne serait désormais allouable à l'Allemagne, mais dans le fait qu'aucune réparation ne pourra jamais «rétablir l'état qui aurait existé si ledit acte n'avait pas été commis».

54. En d'autres termes, tant que Walter LaGrand n'était pas été exécuté et si la Cour avait pu examiner la question de savoir si les Etats-Unis avaient ou non violé l'article 36 de la convention, la possibilité demeurerait entière, au cas où vous feriez droit aux requêtes allemandes, que la procédure soit reprise devant les juridictions américaines; mais, cette fois, dans le respect des droits de l'Allemagne et de ceux que ses ressortissants. *Last but not least*, il eût pu très bien advenir que, pourvu de meilleurs avocats, averti en temps voulu de ses droits, Walter LaGrand puisse avoir la vie sauve. Son exécution dès le début de l'instance ne vide pas celle-ci de son objet, mais la rend impropre à un rétablissement des choses en l'état où elles étaient avant la commission des faits illicites américains.

55. On constate ainsi que les droits que possède l'Allemagne à voir respectées les obligations des Etats-Unis à son égard et ceux qu'elle exerce dans le chef de ses ressortissants par l'exercice de la protection diplomatique manifestent l'existence d'un lien direct; entre la vie de l'un de ses ressortissants et l'intérêt juridique propre à l'Allemagne. Il n'est donc ici nullement question de faire jouer à la Cour le rôle d'une cour d'appel internationale en matière criminelle, on y a suffisamment insisté.

56. Depuis l'exécution de Walter LaGrand, le différend juridique subsiste entre les deux Parties, d'abord sur l'interprétation et l'application de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 et sur la responsabilité encourue par les Etats-Unis du fait de sa violation à l'égard de l'Allemagne. Mais la violation par les Etats-Unis de cette disposition a finalement abouti à un préjudice ultime que rien ni personne ne pourra désormais effacer. Une simple réparation par cette

forme atrophiée et quelque peu méprisante de la satisfaction à laquelle procèdent les Etats-Unis ne saurait, dans ces conditions suffire, d'autant qu'ils ont déjà montré par le passé combien ils se sentaient peu engagés dans l'avenir, l'exécution toute récente de M. Flores vient encore de le montrer. Chacun conviendra qu'il est d'ailleurs totalement insatisfaisant, précisément, que cet Etat, pour la seconde fois consécutive, méconnaisse l'article 36, les droits d'un Etat et ceux de son ressortissant, puis ignore les mesures conservatoires ordonnées par la Cour en produisant un dommage ainsi irréparable, avant de s'estimer quitte au regard du droit international en reconnaissant qu'il a commis une infraction. Je viole le droit, j'ignore les mesures ordonnées par la Cour, j'exécute, au suivant... !

II. Conclusion

57. Pour conclure, Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, je ferai deux observations, dont la première concerne la portée des mesures conservatoires et la seconde, les conséquences de leur violation, l'une et l'autre dans les circonstances propres à la présente espèce.

58. a) En premier lieu, l'affaire *LaGrand* illustre de façon toute pertinente l'opportunité qu'il y a à achever de lever toute ambiguïté sur la portée des mesures conservatoires, en un temps où beaucoup d'Etats n'ont que trop tendance à répandre l'idée que la Cour serait à cet égard moins bien équipée que d'autres juridictions internationales. En réalité, les mesures conservatoires constituent de véritables décisions de procédure, distinctes des décisions de jugement que sont les arrêts mais étroitement liées à ces décisions de jugement par leur objet, qui est de sauvegarder les droits des parties comme l'objet du différend.

59. En l'occurrence, la perspective d'un dommage proprement irréparable, tant parce qu'il rendait impossible la *restitutio in integrum* que parce qu'il a porté atteinte à la vie humaine rendait l'ordonnance du 3 mars 1999 d'application stricte; et ceci dit, d'autant plus que la balance des intérêts en présence ne mettait à la charge des Etats-Unis qu'une simple obligation temporaire d'abstention.

60. b) Ma seconde observation est pour affirmer que la conséquence de la violation d'un droit est toujours l'engagement de la responsabilité internationale. La responsabilité engagée par les Etats-Unis en méconnaissance de votre ordonnance, distincte de leur responsabilité pour les

atteintes à l'article 36 mais corrélée à elle peut difficilement être envisagée de façon totalement autonome. Il résulte que, pour avoir causé un dommage irréparable au demandeur, cette responsabilité doit au minimum être considérée pour ce qu'elle est, c'est-à-dire un très sérieux élément d'aggravation de la responsabilité initiale des Etats-Unis pour méconnaissance des articles 36, paragraphes 1 et 2. Il devrait en résulter en particulier que la forme de la réparation due par les Etats-Unis à l'Allemagne ne peut se résoudre dans les espèces exsangues de la satisfaction atrophiée concédée par les Etats-Unis.

Monsieur le président, ainsi s'achève la première phase de la plaidoirie orale de l'Allemagne dans l'affaire *LaGrand*. Je remercie la Cour de l'attention qu'elle a bien voulu nous prêter pendant cette longue journée.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur le professeur. La séance de la Cour est levée. Nous reprendrons nos travaux demain à 10 heures pour écouter la plaidoirie des Etats-Unis d'Amérique.

L'audience est levée à 17 h 50.

CR 2000/27Corr

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 2000

Public sitting

held on Monday 13 November 2000, at 3 p.m., at the Peace Palace,

President Guillaume presiding

*in the LaGrand Case
(Germany v. United States of America)*

VERBATIM RECORD

ANNÉE 2000

Audience publique

tenue le lundi 13 novembre 2000, à 15 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Guillaume, président

*en l'affaire LaGrand
(Allemagne c. Etats Unis d'Amérique)*

COMPTE RENDU

[Veillez noter que pour des raisons techniques la numérotation des paragraphes, à partir de la page 53, et jusqu'à la page 61, a dû être modifiée comme suit.]

du droit ! Ce qui ne l'empêche d'ailleurs nullement en tant qu'institution, de jouir d'une grande autorité morale. C'est du reste ce que concluait sir Hersch Lauterpacht lorsqu'il déclarait : *"It cannot be lightly assumed that the Statute of the Court — a legal instrument — contains provisions relating to any merely moral obligations of States."*¹

37. S'il avait pu, au demeurant, subsister le moindre doute dans l'esprit de certains sur la nature des mesures conservatoires en tant que «décisions» portant obligations juridiques, il devrait en tout cas être désormais levé par le caractère très explicite de cette qualification de «décision», appliquée par la Cour elle-même aux mesures conservatoires qu'elle a rendues le 1^{er} juillet de l'an 2000, dans l'affaire pendante entre le Congo et l'Ouganda².

38. Pour conclure sur la nature juridique de cet acte juridique, on peut donc faire selon nous le bilan suivant : les mesures conservatoires sont à distinguer des jugements; elles sont bien des décisions juridiques, mais des décisions de procédure (même si elles peuvent elles-mêmes comporter un contenu substantiel. Leur caractère décisoire étant cependant impliqué par la logique de l'urgence et la nécessité de sauvegarder l'efficacité de la procédure, elles créent par conséquent des obligations proprement juridiques à la charge de leurs destinataires. Arrivés à ce stade de l'analyse, il convient par conséquent d'examiner la portée exacte de ces obligations juridiques.

2. La portée des obligations créées par les mesures conservatoires

39. J'analyserai d'abord, d'un point de vue général, la portée de toutes mesures conservatoires, avant d'examiner plus précisément celles que la Cour a adressées aux Etats-Unis dans la présente affaire.

40. a) Ainsi qu'on l'a déjà observé plus haut, la Cour procède habituellement en deux temps dans l'énonciation des mesures conservatoires. Elle commence par rappeler «à l'une et l'autre partie l'obligation de prévenir et de s'abstenir de tout acte qui risquerait de porter atteinte aux droits

¹Sir Hersch Lauterpacht, *"The Development of International Law by the Court"*, *op. cit.*, p. 253.

²Ordonnance du 1^{er} juillet 2000, *op. cit.*, par. 46.

de l'autre partie», et il s'agit là d'une obligation à la fois réciproque et générique, que l'on pourra d'ordinaire, en fonction de sa formulation presque standardisée, assimiler à une obligation générale de diligence, due par les parties l'une à l'autre, comme, par l'une et l'autre, à la Cour elle-même, en tant qu'elle est gardienne du procès.

41. Les moyens de réalisation de cette obligation, comme il en va toujours en matière de diligence, sont laissés, sinon toujours à l'entière discrétion, du moins à l'intelligence raisonnée que chacun des deux Etats pourra se faire de la situation et du comportement qu'elle impose, en fonction du même but, lui aussi général mais pourtant clairement défini : ne pas porter atteinte aux droits de l'autre partie ni ruiner le sens ou l'efficacité de l'arrêt à venir. Mais ce n'est pas parce qu'une obligation est formulée en termes généraux qu'elle cesse d'être une obligation. Il est au contraire inhérent à toute obligation de diligence de renvoyer implicitement à des standards de comportement dont il appartient à chaque "well governed State", pour parler comme les arbitres dans l'affaire de l'*Alabama*, d'apprécier et de mettre en œuvre les implications concrètes compte tenu des données de l'espèce.

42. Alors au-delà de cette indication de mesures générales, il arrive le plus souvent que la Cour désigne plus précisément, par des mesures particulières, un comportement déterminé ou un résultat spécifique à atteindre. Dans ce cas, l'ordonnance pourra passer à la formulation d'obligations plus précisément déterminées, ce qui ne veut pas dire qu'elles cesseront d'être des obligations de diligence.

43. En voici encore quelques illustrations :

«La Yougoslavie doit ... immédiatement prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission du crime de génocide...»³;

«les Etats-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Breard ne soit pas exécuté...»⁴;

«les deux Parties doivent, immédiatement, prendre toutes mesures nécessaires pour assurer, dans la zone de conflit, le plein respect des droits fondamentaux de l'homme ainsi que des règles applicables du droit humanitaire»⁵.

³C.I.J. Recueil 1993, p. 24, par. 52.

⁴C.I.J. Recueil 1998, ordonnance du 8 avril, par. 41.

⁵Ordonnance du 1^{er} juillet 2000, par. 47, 3.

Dans tous ces cas, on constate que, tout en devenant plus spécifiée dans son contenu, l'obligation énoncée laisse toujours une marge d'appréciation aux Parties en fonction du but cette fois plus précisément défini.

44. Cette marge laissée aux Etats qui, pour autant, leur impose une obligation déterminée, nous paraît très exactement reflétée dans l'expression employée notamment par la Cour dans l'affaire jugée en 1986 entre le Nicaragua et les Etats-Unis, lorsqu'elle indiquait, et je vais citer le texte anglais pour que l'on ne puisse pas nous accuser de jouer sur la différence terminologique des versions anglaise et française :

*"When the Court finds that the situation requires that measures of this kind should be taken, it is incumbent on each party to take the Court's indication seriously into account, and not to direct its conduct solely by reference to what it believes to be its rights."*⁶

45. Au demeurant, la marge de manœuvre laissée à l'Etat destinataire est également laissée à la Cour elle-même, dans l'appréciation qu'elle pourra être amenée à faire de la conformité du comportement de cet Etat à l'objectif qui était de lui requis. Elle pourra elle-même tenir en compte la balance des intérêts de part et d'autre en jeu, comme du degré d'intensité de l'urgence, d'un côté, ou l'incidence de l'application des mesures spécifiques sur la situation de l'Etat qu'elles visent, de l'autre.

46. La Cour pourra ainsi doser non seulement la mesure de l'autorité avec laquelle elle ordonne, mais la souplesse des critères en fonction desquels elle appréciera ensuite la mesure dans laquelle l'Etat ou les Etats visés s'est ou se sont acquittés de leur obligation. Et l'on peut penser que c'est précisément la flexibilité inhérente à ce type de mesures qui se trouve reflétée dans le vocabulaire pondéré qu'utilise la version anglaise de l'article 41 du Statut.

47. b) Il est alors particulièrement instructif de se tourner vers l'ordonnance prise par la Cour dans notre affaire *LaGrand*, que je cite, pour les mêmes raisons, dans l'original anglais : *"The United States of America should take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand is not executed pending the final decision in these proceedings"*. Quels sont ici le sens et la portée du comportement requis des Etats-Unis par l'ordonnance ? S'agissait-il de leur ordonner la renonciation à une compétence inhérente à leur souveraineté, dont on pourrait admettre qu'elle

⁶C.I.J. Recueil 1986, p. 144, par. 289.

froisse un intérêt juridique déterminé, ce qui aurait pu inciter les Etats-Unis à n'en faire qu'un usage *a minima* ? Il ne le semble pas. Par cette décision incidente qu'est une ordonnance, la Cour demandait simplement aux Etats-Unis non de renoncer à l'exercice d'une compétence mais, simplement, d'en suspendre la mise en œuvre pour un temps limité, pure obligation d'abstention qui ne mettait en péril aucun intérêt majeur ou fondamental d'un Etat souverain. Il est, certes, des cas dans lesquels laisser passer du temps peut causer un préjudice.

48. Ce sont les cas, en matière économique ou commerciale, dans lesquels le temps, c'est de l'argent ! Mais ici, le temps aurait juste coûté le prix d'une prolongation de résidence dans les couloirs de la mort, avec, comme contrepartie, la possibilité de laisser encore une chance à la vie. Eloquente, en effet, est ici la balance des intérêts en présence, en fonction desquels la Cour peut apprécier dans quelle mesure l'Etat *took* "the Court's indication seriously into account, and [did not] direct its conduct solely by reference to what it believes to be its rights". D'un côté les Etats-Unis, dont les intérêts juridiques fondamentaux n'auraient été mis en cause par l'adjonction d'une douzaine de mois nécessaires à l'instruction du procès international, après dix-sept ans passés par les frères LaGrand en prison. De l'autre, le respect des droits d'un autre Etat souverain, l'Allemagne, dans son propre chef comme dans celui de ses ressortissants. D'un côté, la suspension passagère de l'exercice d'une compétence judiciaire; de l'autre la possibilité, compte tenu de l'enjeu propre à l'espèce, de donner une ultime chance au «droit à la vie» en tant qu'il constitue, au sens technique du terme, un droit fondamental de la personne humaine défini de façon convergente dans suffisamment de conventions internationales pour qu'on puisse s'autoriser à y voir une norme de droit international coutumier sinon même de droit impératif, comme semblait y incliner, pour sa part, dans ses écrits le professeur Théodore Meron⁷.

49. La position de la République fédérale d'Allemagne, Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, est ainsi que, dans les conditions de l'espèce, compte tenu de la nature juridique des mesures conservatoires en général et du contenu des obligations faites par celle que vous avez prise le 3 mars 1999, les Etats-Unis avaient un comportement simple mais unique à adopter : s'abstenir d'exécuter Walter LaGrand et suspendre son exécution pendant la durée de

⁷Th. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, p. 193-194.

l'instance. En ignorant de façon délibérée votre ordonnance, les Etats-Unis ont donc engagé leur responsabilité internationale; en se contentant purement et simplement de transmettre le texte aux autorités d'Arizona, les Etats-Unis n'ont pas respecté leur obligation juridique de «prendre toutes les mesures à leur disposition pour éviter que Walter LaGrand soit exécuté pendant la durée de la présente affaire». D'autres organes agissant au nom des Etats-Unis ont eu un comportement encore plus délibérément méprisant à l'égard des mesures conservatoires indiquées par la Cour. C'est, tout d'abord, le *Solicitor-General*, qui a purement et simplement maintenu la position qu'il avait adoptée lors de l'affaire *Breard*, selon laquelle les mesures conservatoires n'obligent en rien les Etats-Unis. C'est ensuite la Cour suprême des Etats-Unis, elle aussi pourtant informée par le précédent encore tout récent de l'affaire *Breard*, qui a également réitéré une attitude signifiant clairement que le droit des Etats-Unis, tel qu'elle-même l'interprète, prime le droit international public. Cette attitude a été radicalement critiquée par plusieurs éminents jurisconsultes américains, dont le professeur Louis Henkin⁸ dans les colonnes de l'*American Journal of International Law*, ou M. Keith Heighet⁹ dans le dernier article qu'il ait écrit, M. Keith Heighet, en compagnie duquel je plaidais la dernière fois que je suis apparu devant cette Cour. L'un et l'autre ont insisté sur le caractère obligatoire en droit international des mesures conservatoires indiquées par la Cour dans l'affaire *Breard*, qui étaient pour l'essentiel identiques à celles de la présente affaire. Ils l'ont fait eu égard aux dispositions constitutionnelles américaines comme par référence à la règle de droit international élémentaire selon laquelle un Etat est engagé par les actes de ses organes.

50. J'ajoute que s'il peut y avoir des cas dans lesquels un Etat, compte tenu des circonstances de l'espèce, peut considérer que la Cour lui laisse une certaine marge d'appréciation à laquelle nous sommes référés, il n'y avait, ici, aucun doute possible sur le caractère strict du devoir imparti au défendeur. Il faut en effet rappeler ce par quoi j'avais tout à l'heure commencé : la singularité absolue, radicale, sans aucun précédent, d'une ordonnance en mesures conservatoires rendue *proprio motu* cela ne laissait aucune espèce d'ambiguïté sur l'importance et l'autorité que la Cour,

⁸Louis Henkin, "Provisional Measures, U.S. Treaty Obligations and the States", in : *AJIL* 1998, vol. 92, p. 679-683.

⁹Keith Highet, "The Emperor's New Clothes : Death Row Appeals to the World Court ? The Breard Case As a Miscarriage of (International) Justice", in *Essays in Memoriam Judge José Maria Ruda*, Universidad Austral, 2000; reproduit dans le mémoire, annexe 39, p. 765 et suiv.

agissant à l'unanimité, accordait au respect de la simple mesure d'abstention qu'elle ordonnait, compte tenu de l'extrême urgence de la situation et de l'enjeu littéralement vital attaché à sa réalisation. Pour reprendre les termes employés en commentaire à l'affaire *Breard* par Keith Highet : "*the death row situation is the quintessential instance where an order indicating provisional measures from the ICJ could have been applied, but was not*". Il est par conséquent indispensable à ce stade de l'analyse d'en venir, et cela clôturera ma plaidoirie, à l'examen des conséquences juridiques pour les Etats-Unis de la méconnaissance des mesures conservatoires du 3 mars 1999.

III. Les conséquences juridiques pour les Etats-Unis de la méconnaissance des mesures conservatoires du 3 mars 1999

51.

«Le principe essentiel qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale ... est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait existé si ledit acte n'avait pas été commis.»¹⁰

Dès le début de la citation j'aurais pu l'interrompre, vous la connaissez évidemment tous par cœur, et ce rappel du dictum de la Cour dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* n'est pas ici pour sacrifier à un rituel trop bien rodé, mais pour fixer les termes de la situation juridique à analyser. La Cour a ordonné le 3 mars 1999 aux Etats-Unis d'adopter un comportement qui, en l'occurrence, ne leur laissait d'autre option qu'une application stricte de la décision dont ils étaient destinataires. Son contenu était au demeurant peu contraignant, il se résolvait dans la suspension provisoire d'une compétence pénale. Les Etats-Unis ont passé outre; et, ce faisant, ils ont interféré avec l'objet même du différend au fond alors que la procédure judiciaire internationale était en cours. Il en résulte qu'ayant commis un nouveau fait illicite, ils ont créé un nouveau chef de responsabilité internationale à leur charge; cette responsabilité est nouvelle, parce que fondée sur des agissements distincts de ceux qui leur étaient reprochés dans la requête. Mais elle demeure évidemment étroitement corrélée à la responsabilité engagée au fond et il convient de le rappeler brièvement.

¹⁰Affaire de l'*Usine de Chorzów*, C.P.J.I. série A n° 17, p. 47.

Lien de la responsabilité pour méconnaissance de l'ordonnance avec la responsabilité au fond

52. En rendant son ordonnance, la Cour a démontré qu'elle n'avait de doute ni sur l'existence *prima facie* des droits du demandeur ni sur celle d'un risque de préjudice irréparable. Les premiers étaient fondés sur le fait que l'article 5 de la convention de Vienne de 1963 donne à toute Partie «le droit de protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques ou morales...» Ils sont aussi fondés sur les droits de l'Allemagne sur la base de l'article 36, dont je ne reprendrai pas ici l'analyse. Je m'arrêterai en revanche sur le constat que vous avez fait le 3 mars 1999 de l'existence d'un risque de préjudice irréparable. Qu'entend-on exactement par-là ? Le préjudice causé est réalisé par l'impossibilité dans laquelle se trouve désormais l'Allemagne de demander la *restitutio in integrum*. Ce préjudice est irréparable non en ce qu'aucune réparation ne serait désormais allouable à l'Allemagne, mais dans le fait qu'aucune réparation ne pourra jamais «rétablir l'état qui aurait existé si ledit acte n'avait pas été commis».

53. En d'autres termes, tant que Walter LaGrand n'était pas été exécuté et si la Cour avait pu examiner la question de savoir si les Etats-Unis avaient ou non violé l'article 36 de la convention, la possibilité demeurerait entière, au cas où vous feriez droit aux requêtes allemandes, que la procédure soit reprise devant les juridictions américaines; mais, cette fois, dans le respect des droits de l'Allemagne et de ceux de ses ressortissants. *Last but not least*, il eût pu très bien advenir que, pourvu de meilleurs avocats, averti en temps voulu de ses droits, Walter LaGrand puisse avoir la vie sauve. Son exécution dès le début de l'instance ne vide pas celle-ci de son objet, mais la rend impropre à un rétablissement des choses en l'état où elles étaient avant la commission des faits illicites américains.

54. On constate ainsi que les droits que possède l'Allemagne à voir respectées les obligations des Etats-Unis à son égard et ceux qu'elle exerce dans le chef de ses ressortissants par l'exercice de la protection diplomatique manifestent l'existence d'un lien direct; entre la vie de l'un de ses ressortissants et l'intérêt juridique propre à l'Allemagne. Il n'est donc ici nullement question de faire jouer à la Cour le rôle d'une cour d'appel internationale en matière criminelle, on y a suffisamment insisté.

55. Depuis l'exécution de Walter LaGrand, le différend juridique subsiste entre les deux Parties, d'abord sur l'interprétation et l'application de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 et sur la responsabilité encourue par les Etats-Unis du fait de sa violation à l'égard de l'Allemagne. Mais la violation par les Etats-Unis de cette disposition a finalement abouti à un préjudice ultime que rien ni personne ne pourra désormais effacer. Une simple réparation par cette forme atrophiée et quelque peu méprisante de la satisfaction à laquelle procèdent les Etats-Unis ne saurait, dans ces conditions suffire, d'autant qu'ils ont déjà montré par le passé combien ils se sentaient peu engagés dans l'avenir, l'exécution toute récente de M. Flores vient encore de le montrer. Chacun conviendra qu'il est d'ailleurs totalement insatisfaisant, précisément, que cet Etat, pour la seconde fois consécutive, méconnaisse l'article 36, les droits d'un Etat et ceux de son ressortissant, puis ignore les mesures conservatoires ordonnées par la Cour en produisant un dommage ainsi irréparable, avant de s'estimer quitte au regard du droit international en reconnaissant qu'il a commis une infraction. Je viole le droit, j'ignore les mesures ordonnées par la Cour, j'exécute, au suivant... !

II. Conclusion

56. Pour conclure, Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, je ferai deux observations, dont la première concerne la portée des mesures conservatoires et la seconde, les conséquences de leur violation, l'une et l'autre dans les circonstances propres à la présente espèce.

58. a) En premier lieu, l'affaire *LaGrand* illustre de façon toute pertinente l'opportunité qu'il y a à achever de lever toute ambiguïté sur la portée des mesures conservatoires, en un temps où beaucoup d'Etats n'ont que trop tendance à répandre l'idée que la Cour serait à cet égard moins bien équipée que d'autres juridictions internationales. En réalité, les mesures conservatoires constituent de véritables décisions de procédure, distinctes des décisions de jugement que sont les arrêts mais étroitement liées à ces décisions de jugement par leur objet, qui est de sauvegarder les droits des parties comme l'objet du différend.

58. En l'occurrence, la perspective d'un dommage proprement irréparable, tant parce qu'il rendait impossible la *restitutio in integrum* que parce qu'il a porté atteinte à la vie humaine rendait l'ordonnance du 3 mars 1999 d'application stricte; et ceci dit, d'autant plus que la balance des

intérêts en présence ne mettait à la charge des Etats-Unis qu'une simple obligation temporaire d'abstention.

59. b) Ma seconde observation est pour affirmer que la conséquence de la violation d'un droit est toujours l'engagement de la responsabilité internationale. La responsabilité engagée par les Etats-Unis en méconnaissance de votre ordonnance, distincte de leur responsabilité pour les atteintes à l'article 36 mais corrélée à elle peut difficilement être envisagée de façon totalement autonome. Il résulte que, pour avoir causé un dommage irréparable au demandeur, cette responsabilité doit au minimum être considérée pour ce qu'elle est, c'est-à-dire un très sérieux élément d'aggravation de la responsabilité initiale des Etats-Unis pour méconnaissance des articles 36, paragraphes 1 et 2. Il devrait en résulter en particulier que la forme de la réparation due par les Etats-Unis à l'Allemagne ne peut se résoudre dans les espèces exsangues de la satisfaction atrophiée concédée par les Etats-Unis.

Monsieur le président, ainsi s'achève la première phase de la plaidoirie orale de l'Allemagne dans l'affaire *LaGrand*. Je remercie la Cour de l'attention qu'elle a bien voulu nous prêter pendant cette longue journée.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, Monsieur le professeur. La séance de la Cour est levée. Nous reprendrons nos travaux demain à 10 heures pour écouter la plaidoirie des Etats-Unis d'Amérique.

L'audience est levée à 17 h 50.
