

CR 2000/29

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 2000

Public sitting

held on Tuesday 14 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 mardi 14 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
Buergenthal, 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 la parole à M. Stephen Mathias.

Mr. MATHIAS:

5.1. Thank you, Mr. President. It is an honour to appear before this Court as a counsel for the United States in this case.

5.2. Mr. President, Members of the Court, my task this afternoon is to offer observations on the relief sought by Germany in this case. In its Memorial and again yesterday in its oral presentation, Germany has articulated four submissions, although those submissions changed somewhat in yesterday's version.

5.3. My observations will be limited to the first, second and fourth submissions. Professor Matheson will discuss the third submission, relating to the Court's Order on Provisional Measures.

Germany's first submission

5.4. Germany's first submission, and these submissions are provided in Tab 7 of the books in front of you, seeks a declaration by the Court

"that the United States, by not informing Karl and Walter LaGrand without delay following their arrest of their rights under Article 36, subparagraph 1 (*b*), of the Vienna Convention on Consular Relations, and by depriving Germany of the possibility of rendering consular assistance, which ultimately resulted in the execution of Karl and Walter LaGrand, violated its international legal obligations to Germany, in its own right and in its right of diplomatic protection of its nationals, under Articles 5 and 36, paragraph 1, of the said Convention".

This submission includes five distinct elements: first, the allegation that the United States did not inform Karl and Walter LaGrand in a timely manner about their right of consular notification; second, the allegation that the United States deprived Germany of its right to provide consular assistance; third, the factual assertion that the execution of Karl and Walter LaGrand was the result of the foregoing alleged wrongful conduct; fourth, the allegation that the alleged wrongful conduct of the United States constituted a violation of an obligation to Germany in its own right; and finally, the allegation that the alleged wrongful conduct constituted a violation of an obligation to Germany in its right of diplomatic protection of its nationals.

5.5. As is clear from its Counter-Memorial, the United States has indicated that it would not object to a properly worded judgment of the Court with respect to two of these five elements: that the United States has admitted and apologized for a breach of its duty to inform Karl and Walter LaGrand of their right to notification of their consular officials and we do not dispute that this was a breach of an obligation owed to Germany under the Consular Convention.

5.6. But, the other three elements of Germany's first submission should be rejected. First there was no deprivation of Germany's right to provide consular assistance, under Article 5 or Article 36, to Karl or Walter LaGrand. From such time as Germany began to provide consular assistance to the LaGrands, there was no interference by the United States with such assistance, there has been no allegation by Germany of any such interference. Germany's attempt to transform a breach of one obligation into an additional breach of a wholly separate and distinct obligation should be rejected by the Court. It may be of rhetorical value but it is logically meaningless, for example, to assert that the United States interfered with communications between Germany and the LaGrands when neither sought to make any such communications.

5.7. Note that the communications between Germany and the LaGrands when they did take place were not the result of the United States informing the LaGrands of the possibility of such contact, but of the LaGrands learning independently of that possibility. So these distinct obligations do not walk hand-in-hand, and the violation of one does not constitute a breach of the other. Second, the request that the Court should incorporate into its judgment a factual finding that the execution of Karl and Walter LaGrand "ultimately resulted" from the breach of the duty to inform is not supported by the record before the Court. Attorney-General Napolitano addressed this issue this morning. Despite Germany's assurances to the contrary, the causation issue in this case presents a large hurdle for it to overcome. In his Third Report to the International Law Commission on State Responsibility, Professor James Crawford, the Special Rapporteur, observed with respect to this case and the *Breard* case:

"the relationship between the breach of the obligation of consular notification and the conviction of the accused person was indirect and contingent. It could well have been the case that the subsequent trial was entirely proper and fair and that the failure of notification had no effect on the conviction. The United States had jurisdiction to try

the accused for a capital offence, and was not a party to any instrument precluding the imposition of the death penalty."¹

Germany's factual allegation on this point remains entirely speculative and should be rejected by the Court.

5.8. Finally, in so far as Germany seeks a determination by the Court that the breach of the duty to inform with respect to Karl and Walter LaGrand was a violation of an obligation to Germany in its right of diplomatic protection, Professor Meron has demonstrated that this issue is not properly before the Court.

Germany's Second Submission

5.9. This submission seeks a declaration by the Court

"that the United States, by applying rules of its domestic law, in particular the doctrine of procedural default, which barred Karl and Walter LaGrand from raising their claims under the Consular Relations Convention, and by ultimately executing them, violated its international legal obligation to Germany under Article 36, paragraph 2, of the Convention to give full effect to the purposes for which the rights accorded under Article 36 of the Convention are intended".

5.10. We submit that this submission should be rejected by the Court in its entirety. It is premised on an interpretation of Article 36, paragraph 2, that is, as Ms Brown observed this morning, without support in the text of the Convention, in the preparatory work leading to the Convention, and in the practice of States that created the law that was codified by the Convention, in the practice of States after the coming into force of the Convention. The deficiency of this submission will be clearer, I think, if we look carefully at the relevant texts.

5.11. Article 36, paragraph 2, — and I think you have this before you in Tab 1 — provides that

"[t]he rights referred to in paragraph 1 . . . shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the receiving State, subject to the proviso, however, that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this Article are intended".

Thus, as counsel noted yesterday this Article has two parts: first, a proposition — concerning the manner in which the rights referred to in paragraph 1 are to be exercised — and, second, a proviso — which conditions the application of that proposition. Note that Germany's submission focuses exclusively on the second part, as if the proviso itself establishes a free-standing obligation,

¹A/CN.4/507/Add.1, para. 141.

while ignoring the first part, the more fundamental proposition, which has to do with the exercise of rights referred to in paragraph 1.

5.12. Let us consider together the application of Article 36, paragraph 2, to Karl and Walter LaGrand. What were the rights referred to in paragraph 1 that the LaGrands were seeking to exercise? There are only three possibilities, all set out in subparagraph 1 (*b*). First, they may be viewed as having had the right, at their request, to have the competent authorities of the United States inform the relevant German consular post without delay of their arrest or detention. Second, they may also be viewed as having had the right to have any communication addressed by them to the consular post forwarded by said authorities without delay. Third, for purposes of this argument, they may be viewed as seeking to exercise Germany's related right that its nationals be informed without delay of their right to consular notification.

5.13. Now, which of these rights — the only rights of the LaGrands set forth in paragraph 1, and, accordingly, the only rights that are the subject of paragraph 2 — which of these rights did the law of procedural default allegedly interfere with the exercise of? Did it interfere with the right of the LaGrands, at their request, to have German authorities informed of their arrest? No. By the time of the application of procedural default the LaGrands were in contact with German authorities. Similarly, there has been no allegation of any law or regulation that interfered with the exercise by the LaGrands of their right to have communications to the consular post forwarded without delay. Finally, there has been no allegation of any law or regulation that interfered with the LaGrands being informed, without delay, of their right to have German consular authorities notified of their detention. The breach of the duty to inform was the result of a mistake by the competent authorities of the State of Arizona, not the application of a law or regulation that limited the exercise of that duty. The explanation has been set out in detail in Exhibit 1 to the Counter-Memorial. Accordingly, with an eye toward the text of Article 36, paragraph 2, I would suggest, provisionally, that this section does not appear to be relevant to the LaGrand's exercise of any of their rights under paragraph 1.

5.14. Let us return now to Germany's submission. What is Germany's allegation on this point? Which of the rights referred to in paragraph 1 does Germany submit that the law of procedural default interfered with the exercise of? The answer is that Germany makes no such

allegation with respect to any right referred to in paragraph 1. Germany submits, instead, that the United States, through the doctrine of procedural default, barred Karl and Walter LaGrand "from raising their claims under the Vienna Convention on Consular Relations". That is to say, Germany substitutes the concept of the making of a claim under the Vienna Convention for the concept of the exercise of the specific rights under Article 36, paragraph 1. This is a form of treaty interpretation for which there is no precedent in the Vienna Convention on the Law of Treaties or in international jurisprudence. The doctrine of effectiveness cannot and does not permit the transformation of one obligation into another where a carefully negotiated text clearly requires a different result. Germany has confused the exercise of a right with the remedy for the breach of an obligation.

5.15. There is a second aspect of Germany's second submission that is also difficult to reconcile with the text of Article 36, paragraph 2. Germany submits that the executions themselves violated the Consular Relations Convention. In light of both the Court's discussion of the capital punishment issue in paragraph 25 of the Order on Provisional Measures and the observations concerning the scope of Article 36, paragraph 2, already before the Court, we consider that this submission is clearly without merit. The laws and regulations pursuant to which the LaGrands were lawfully executed by the State of Arizona are not before this Court, because they have no application with respect to the attempted exercise by the LaGrands of any right under Article 36, paragraph 1.

5.16. Germany's argument, articulated for the first time yesterday, appears to be that States party to the Consular Convention undertook an obligation in Article 36, paragraph 2, to refrain from capital punishment with respect to foreign nationals who may have a "claim" under the Consular Relations Convention. The text of Article 36, paragraph 2, obviously does not support this conclusion. Germany implicitly acknowledges this by arguing for a rule of dynamic interpretation, by reference to developments in the human rights area. Professor Meron has already addressed the inadequacy of this argument as a proposed basis for the creation of a new obligation on States parties. For the Court to create such an obligation here would involve it not only in wholesale legislation but also in the inappropriate interference in the domestic law of the States parties.

Germany's fourth submission

5.17. Let us turn now to Germany's fourth submission. Germany's final submission—substantially rewritten for yesterday's presentation to include an additional element of relief—seeks the Court's determination

"that the United States shall provide Germany an assurance that it will not repeat its illegal acts and that, in any future cases of detention of or criminal proceedings against German nationals, the United States will ensure in law and practice the effective exercise of the rights under Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations. In particular in cases involving the death penalty, this requires the United States to provide effective review of and remedies for criminal convictions impaired by a violation of the rights under Article 36."

5.18. I propose to discuss this fourth submission under two principal themes: first, the general character of the relief sought—assurances and guarantees of non-repetition—and their undetermined status under international law; and, second, the nature of the assurance sought in this case, and the inappropriateness of that assurance in the circumstances of this case. Much of our discussion will be framed in terms of the International Law Commission's draft articles provisionally adopted by the Drafting Committee of the Commission on second reading. We note, however, that the draft articles on State responsibility remain, by their very terms, unfinished and that the Commission's own practice in substantially revising earlier versions of these draft articles should caution against treating the current draft as definitive. We also note that States provided substantial comments during this year's consideration of the Report by the Sixth Committee of the General Assembly. We note further that written comments by member States have been requested by 31 January 2001. The United States intends to provide comments on a variety of provisions, including the provision on assurances and guarantees of non-repetition.

5.19. We suggest that the Court should also bear in mind the dual mandate of the International Law Commission. While it may be entirely appropriate for the International Law Commission, in fulfilment of its mandate for the progressive development of international law, to identify obligations that may not be reflections of current law, it would not be appropriate for this Court to impose such an obligation on a State appearing before it that has not accepted such an obligation. I note in this regard that a number of States in the recent Sixth Committee discussion of the draft articles noted that the draft articles included significant aspects that reflect progressive development and not codification of customary law.

5.20. Germany's fourth submission is clearly of a wholly different nature than its first three submissions. Each of the first three submissions seeks a judgment and declaration by the Court that a violation of a stated international legal obligation has occurred. Such judgments are at the core of the Court's function, as an aspect of reparation.

5.21. These were discussed yesterday as a form of satisfaction. There is ample precedent for this approach, including this Court's important Judgment in the *Corfu Channel* case that "the United Kingdom violated the sovereignty of the People's Republic of Albania, and that this declaration by the Court constitutes in itself appropriate satisfaction"². The 1990 Award of the arbitral tribunal in the *Rainbow Warrior* case is to similar effect:

"that the condemnation of the French Republic for its breaches of its treaty obligations to New Zealand, made public by the decision of the Tribunal, constitutes in the circumstances appropriate satisfaction for the legal and moral damage caused to New Zealand"³.

The recent decision in the *Saiga No. 2*. case, before the International Tribunal for the Law of the Sea provides additional illustration on this point⁴.

5.22. Article 38 of the International Law Commission's draft articles on State responsibility provides in paragraph 2, as was noted yesterday, that "Satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or other appropriate modality."⁵ Counsel for Germany yesterday mocked these elements of satisfaction, but their contempt does not find support in the law. The acknowledgment of breach and formal apology are at the heart of the law of satisfaction: and we anticipate that this Court, like the International Law Commission, will not be so dismissive.

5.23. In contrast, however, to the character of the relief sought in the first three submissions, the requirement of assurances of non-repetition sought in the fourth submission has no precedent in the jurisprudence of this Court and would exceed the Court's jurisdiction and authority in this case. It is exceptional even as a non-legal undertaking in State practice, and it would be entirely

²*I.C.J. Reports 1949*, p. 4.

³20 *UNRIAA*, p. 275.

⁴*Judgment of 1 July 1999*, 38 *ILM*, p. 1233 (English texts only) at paras. 176, 183 (7), (8) and (9).

⁵A/55/10 at p. 133.

inappropriate for the Court to require such assurances with respect to the duty to inform undertaken in the Consular Convention in the other circumstances of this case.

5.24. The special status of assurances and guarantees of non-repetition was acknowledged by the Special Rapporteur, Professor Crawford, in his Third Report on State Responsibility, where he notes that

"the question is not one of reparation but, as it were, a reinforcement of an (*ex hypothesi* continuing) legal relationship. In this sense assurances and guarantees relate to future performance of the obligation, on the footing that it has survived the breach."⁶

An assurance or guarantee requires the creation of a new obligation with independent legal significance; the Commission's Report records the observation that "[f]rom a legal standpoint, the fact that such a guarantee had been given would be a new undertaking over and above the initial undertaking that had been breached"⁷. Learned counsel yesterday suggested that assurances be regarded both as a form of satisfaction and as a future-oriented obligation unrelated to reparation. With respect, we submit that, while it may fit better conceptually where the Commission has currently placed it, it is not part of customary law in circumstances like those in this case under either conceptual basis.

5.25. As was argued in the Counter-Memorial, the Court should reject Germany's invitation to confer upon Germany new or additional rights beyond those existing under the Consular Convention. The Court's power to decide cases in its role as the principal judicial organ of the United Nations does not extend to the power to order a State to provide a "guarantee" intended to confer additional legal rights; that is, does not extend to legislation. Professor Rosenne has written definitely on this point:

"The International Court is not a legislative body established to formulate new rules of law. In a sense this is stating the obvious. Nevertheless, confusion persists. The Court, like all courts, applies the existing law. It does not 'create' new rules of law for the parties to a given dispute or for the international community at large."⁸

5.26. Moreover, the Court has never issued a judgment requiring assurances or guarantees of non-repetition or any other specific action in anticipation of a violation of international law. In

⁶A/CN.4/507, para. 54.

⁷A/55/10, para. 87.

⁸*The World Court. What It Is and How It Works*, 5th ed., p. 38.

fact, in *Haya de la Torre*, the Court did the opposite. In that case, the Court was asked to determine the manner in which effect should be given to its earlier declaratory Judgment in the *Asylum* case. In *Haya de la Torre*, the Court held that it was not in a position to state how Colombia should terminate the asylum it had granted. The Court held:

"Having thus defined in accordance with the Havana Convention the legal relations between the Parties with regard to the matters referred to it, the Court has completed its task. It is unable to give any practical advice as to the various courses which might be followed with a view toward terminating the asylum, since, by doing so, it would depart from its judicial function."⁹

5.27. In addition to the question of the Court's authority, as a general matter, to order such a guarantee, there is the need to consider the basis for the Court's jurisdiction to do so in this particular case. The Optional Protocol provides the Court with jurisdiction to decide disputes arising out of the interpretation or application of the Vienna Convention. The alleged entitlement of Germany to an assurance or guarantee of non-repetition does not arise out of a dispute concerning the interpretation or application of the Vienna Convention. If there is such an entitlement, it arises under general international law, not the Vienna Convention. It is clear in the Court's jurisprudence that, when the Court has jurisdiction under the Optional Protocol, that jurisdiction includes such matters as the cessation of wrongful conduct and the reparation for such conduct. What is unprecedented is the suggestion that such jurisdiction would extend so far as the requirement of a new legal undertaking that would be "over and above" — to return to the language of the International Law Commission's Report — "over and above" the Convention obligation that is the basis for the Court's jurisdiction under the Optional Protocol. Such a requirement is a significant conceptual leap from the application and interpretation of the Consular Convention. By its very nature, it is independent of the application and interpretation of the Convention. We believe that it would undermine the fundamental notion of the consent-based jurisdiction of the Court were the Court, in the context of adjudicating a dispute arising out of the interpretation or application of the Consular Convention, to impose a new, independent legal obligation on the United States allegedly arising from the law of State responsibility.

⁹*I.C.J Reports 1951*, p. 83.

5.28. The record of the Commission's discussion of assurances and guarantees of non-repetition reveals fundamental scepticism about whether there is any legal obligation to provide them. Thus, it was observed that, while in daily diplomatic practice governments often provided such assurances, it was considered questionable whether such a statement could be regarded as a legal consequence of responsibility¹⁰. It was remarked that there were no examples of cases in which the courts had required assurances and guarantees of non-repetition¹¹. The place of assurances and guarantees of non-repetition was questioned since they seemed directly inherited from nineteenth-century diplomacy¹². In his Third Report, Special Rapporteur Crawford questioned whether assurances and guarantees:

"can properly be formulated as an obligation at all. It may be asked what the consequences of a breach of that obligation could be. For example, could a State which had tendered full reparation for a breach be liable for countermeasures because of its failure to give assurances and guarantees against repetition satisfactory to the injured State? It does not seem very likely."¹³

5.29. While the Special Rapporteur noted that a few governments had commented on the subject and had generally been supportive of assurances and guarantees, he added that "this does not mean however that they share the same view as to its scope and purpose"¹⁴. In fact, the comments by governments do not appear to provide any particular support for the requirement of an assurance or a guarantee of non-repetition in the context of this case.

5.30. Most significantly, Germany itself has questioned the status of guarantees of non-repetition as an obligation following from State responsibility. In its comments in 1997 on the draft articles, Germany observed that

"[s]ome doubt exists, however, as to whether the injured State has, under customary international law, the right to 'guarantees of non-repetition' . . . To impose an obligation to guarantee non-repetition in all cases would certainly go beyond what State practice deems to be appropriate."¹⁵

¹⁰A/55/10, para. 88.

¹¹*Id.*

¹²*Id.*

¹³A/CN.4/507, para. 58.

¹⁴*Id.*, para. 56.

¹⁵A/CN.4/488, para. 104.

We note that in its original submission Germany had requested just such a guarantee. Yesterday, there was a change in the submission. Now Germany seeks an assurance, but an assurance that amounts to an absolute guarantee of non-repetition. There is some question of the appropriateness of Germany asking the Court to require from the United States an undertaking which, it has conceded, is without firm support in customary international law.

5.31. The current version of the draft article on cessation and non-repetition appears at Article 30, which states in relevant part that: "The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation . . . (b) to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require"¹⁶. Note carefully the calculated imprecision of that draft article: not only is it clear from the draft article that the obligation is to offer "appropriate" assurances and guarantees, not, as Germany would seem to require, an absolute assurance that the United States will not repeat its allegedly wrongful acts, but it is also clear that such an obligation does not exist in all cases, but only "if circumstances so require". The report of the Drafting Committee on Article 30 is replete with cautionary notes. It records that "[s]everal members had pointed out that assurances and guarantees of non-repetition were not appropriate in all circumstances"¹⁷. The Report continues: "They were measures for exceptional circumstances. That was what the words 'if circumstances so require' at the end of subparagraph (b) were intended to convey."¹⁸

5.32. With these observations on the exceptional nature of appropriate assurances and guarantees as a backdrop, let us consider more carefully the specific request that Germany is making in this case. First, Germany asks the Court to declare that the United States shall provide Germany with an assurance that it will not repeat its illegal acts. Illegal acts, in the plural. This, presumably, although not expressly, is a reference back to the first three submissions.

5.33. Let us consider the German request for an assurance as to the duty to inform foreign nationals without delay of their right to consular notification. Note that the German request is not phrased in terms of an obligation on the part of the United States to undertake to take steps, for

¹⁶A/55/10, para. 131.

¹⁷A/CN.4/SR.2662, para. 6.

¹⁸*Id.*

example, to improve its performance of consular notification duty in the future. Such assurances were treated with contempt yesterday in this courtroom. It instead seeks to have the Court require the United States to assure that it will never again fail to inform a German foreign national of his or her right to consular notification. But the Court is aware that the United States is not in a position to provide such an assurance. This observation does not reflect a lack of concern by the United States with respect to its international obligations. It reflects the reality against which the German request for an additional assurance of non-repetition should be evaluated. I would, with respect, ask the distinguished Members of the Court whether they think that their own countries could provide such an assurance.

5.34. It is true, as counsel for Germany has observed, that the likelihood of repetition of a wrongful act has been identified in the reports of the International Law Commission as a factor that may be relevant to the determination of the circumstances, if any, in which the law of State responsibility would require an offer of appropriate assurances or guarantees of non-repetition¹⁹.

5.35. It is not necessary for the Court to determine in this case, however, whether the law of State responsibility would require the United States to offer appropriate assurances of some character to Germany with respect to the obligation of consular notification because, as the Court is aware, the United States has already provided appropriate assurances to Germany on this point. The Court has heard a good deal about these very substantial efforts already today.

5.36. The nature of the assurances that the United States has provided is consistent with State practice, which includes a range of undertakings. The International Law Commission has been clear that assurances and guarantees may take a variety of forms. The Commentary on the draft articles as adopted at first reading observed that "international practice is not univocal" with regard to the kind of guarantees that may be requested²⁰. The Report of the Commission's 52nd Session records the observation of the Special Rapporteur that "sufficient assurances and guarantees could range from extraordinarily rigorous arrangements to mere promises or undertakings in different cases"²¹. The Report of the Drafting Committee suggests that "[a]ssurances were normally given

¹⁹See, e.g., A/55/10 at para. 91.

²⁰A/CN.4/SER.A/1993/Add.1 (Part 2) at 82. [Replace with official cite.]

²¹A/55/10 at para. 77.

verbally, while guarantees of non-repetition involve something else, i.e., certain preventive actions"²². While the first part of this observation may not apply in the current case, in which assurances were provided in writing, the diplomatic Note that is before the Court, the notion that assurances or guarantees may involve "certain preventive actions" is certainly consistent with the four-and-one-half pages of preventive actions that are described in the Note of 18 February 2000.

5.37. Germany's request for a judgment requiring an absolute assurance of non-repetition, on the other hand, is without precedent and misguided in respect of an obligation like the one at issue in this case. While the Commentary cites, and Germany has cited, certain incidents, mainly from the nineteenth century, in which States have requested such an absolute guarantee from other States, no case has been cited in which any court or tribunal — outside, perhaps, the special circumstances of human rights law — has ever ordered such an assurance. In addition, none of those incidents involved an obligation of the nature of the consular notification obligation, one that is to be performed on a continuing basis, by officials at all different levels of government, throughout the territory of the State, in countless circumstances. It may be one thing for a State to seek an absolute assurance that a particular consular post will be better protected in the future. It is another to seek the sort of assurance that is here sought by Germany. Moreover, the Commentary specifically observed, with respect to some of the incidents it cited, that "[t]hese examples would not necessarily all represent what would be 'appropriate' by today's standards"²³. To the same effect is the caution of the Drafting Committee in its discussion of Article 30:

"The Drafting Committee had been fully aware that, in the past, guarantees of non-repetition had involved demands that were far-reaching, but it had taken the view that guarantees could not be dropped from the articles simply because some demands had been excessive. It might be reasonable, in some exceptional circumstances, to say that verbal assurances were inadequate."²⁴

But Germany's request here goes far beyond a "reasonable" request for a written statement of preventive measures.

5.38. It is true that the obligations undertaken by the United States and the other States party to the Consular Convention are themselves stated in absolute terms. Germany argues that all it

²²A/CN.4/SR.2662 at 6.

²³A/CN.4/SER.A/1993/Add.1 (Part 2) at 326. [Replace with official cite.]

²⁴A/CN.4/SR.2662 at 6-7.

seeks is a requirement that the United States honour its international obligations. But Ms Brown has discussed the practice of States in implementing their obligations under the Convention, she elaborated on the "conversation" among States that informs the implementation of the Convention. A guarantee of the sort sought by Germany is not part of that "conversation" and it is not consistent with the practice of States in implementing the Convention. Moreover, as previously stated, the request for a guarantee is a request for the undertaking of a new obligation, "over and above" — again in the words of the International Law Commission — the existing obligation. There is no basis in international law or practice for such a new undertaking in the circumstances of this case. It might be noted that the record suggests that Germany itself would not be in a position to provide such an assurance.

5.39. The rationale of the US position with respect to assurances is different with respect to the other allegedly wrongful acts, that are the subject of Germany's submissions. Any requirement of assurances or guarantees with respect to the alleged interference of the United States with German provision of consular assistance to its nationals would be entirely inappropriate, because no such interference has taken place in the first instance. There has been no breach and no likelihood of a future breach has been established. Where there has been no breach, of course, the possibility of an aggravated breach, as suggested by counsel yesterday, also does not arise.

5.40. With respect to the alleged breach of Article 36, paragraph 2, Germany's fourth submission is more precise. Germany seeks an assurance that, "in any future cases of detention of or criminal proceedings against German nationals, the United States will ensure in law and practice the effective exercise of the rights under Article 36".

5.41. Let us look closely at that requested assurance. First, it is again absolute in character. We have already discussed the inappropriateness of such an assurance in circumstances like these. Second, it seeks to create obligations on the United States that exceed those that are contained in the Vienna Convention. For example, the requirement of consular notification under Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Convention applies when a foreign national is arrested, committed to prison or to custody pending trial or detained in any other manner. It does not apply, as the submission would have it, to any future criminal proceedings. That is a new obligation, and it does not arise out of the Vienna Convention. A second example is the reference in the submission to the "law and

practice" of the United States. With apologies for trying the Court's patience on the precise terms of Article 36, paragraph 2, of the Convention, the relevant phrase in the text is the "laws and regulations" of the receiving State. Again, Germany seeks to have the Court impose a different obligation on the United States than the obligation that it has assumed in acceding to the Consular Convention. Moreover, it seeks the requirement of such an assurance in a context in which no breach of the relevant obligation has been proved.

5.42. More broadly, Germany's fourth submission raises the prospect of the Court's being invited by Germany to go beyond the resolution of the international legal dispute between the United States and Germany that is before it. Even if this Court were to agree that, as a result of the application of procedural default with respect to the claims of the LaGrands, the United States committed a second internationally wrongful act, it should limit that judgment to the application of that law in the particular case of the LaGrands. It should resist the invitation to require an absolute assurance as to the application of US domestic law in all such future cases. The imposition of such an additional obligation on the United States would, as previously discussed, be unprecedented in international jurisprudence and would exceed the Court's authority and jurisdiction.

5.43. There remains only the new element of relief submitted yesterday for the first time that: "[I]n particular in cases involving the death penalty, this requires the United States to provide effective review of and remedies for criminal convictions impaired by a violation of the rights under Article 36." My comments with respect to the previous section of the fourth submission hold true for this part of the submission as well, but I would like to make two additional, very brief points. First, there is no obligation in the Consular Convention that is limited to capital cases. To the extent that Germany seeks such relief, it is self-evident that the source of such an obligation must be other than the Consular Convention. But the Court is well aware that its jurisdiction is limited to the Consular Convention in this case. Second, as Attorney-General Napolitano described, there are, in fact, remedies available under United States law where criminal convictions do not meet appropriate standards, which could include cases in which a breach of the duty to inform a foreign national of his or her right to consular notification may have been involved.

5.44. Mr. President, Members of the Court, I thank you for your attention. Mr. President, I ask that you now call on Professor Trechsel.

Le PRESIDENT : Je vous remercie beaucoup, Monsieur Mathias, et je donne maintenant la parole au professeur Trechsel.

M. TRECHSEL :

6.1. Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, chers confrères, Mesdames et Messieurs, je considère cette occasion qui m'est offerte de vous adresser la parole comme un honneur exceptionnel. De même que le procureur général Napolitano, je me sens un peu comme une plante exotique dans cette impressionnante salle. Ici, ce sont normalement les grands spécialistes du droit international public qui se confrontent. Pour une fois, vous êtes invités à écouter un pénaliste relié au droit des gens par un seul pont : les droits de l'homme.

6.2. Malgré le fait que les Etats-Unis sont de l'avis que cette affaire ne concerne en aucune manière les droits de l'homme mais est limitée strictement à l'interprétation de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, nous pensons que nous devons présenter à votre Cour nos vues concernant l'aspect «droits de l'homme» (et nous utiliserons comme synonyme le terme «droits fondamentaux»), vu que nos adversaires ont introduit cet aspect dans leurs plaidoiries.

6.3. Qu'il me soit permis, Monsieur le président — et mes clients me le permettent — de commencer mon intervention par une déclaration à caractère général et personnel (mais je sais que d'autres membres de notre équipe partagent mon point de vue) : la présente affaire ne concerne pas le problème de la peine capitale. Néanmoins, la toile de fond est constituée par le triste sort des frères LaGrand, qui ont tous deux été exécutés. On pourrait être tenté de voir dans la plainte allemande une démarche pour la vie, à laquelle s'opposeraient les Etats-Unis. Nous sommes tous, dans cette salle, unanimes pour rejeter une pareille perspective. Néanmoins, pour dissiper tout malentendu possible, je tiens à préciser de façon énergique et catégorique que j'ai toujours été, je suis et je resterai toujours un fervent adversaire de la peine de mort. S'il s'agissait aujourd'hui de la défendre, je ne serais très certainement pas de la partie.

6.4. Ceci dit, je propose de vous entretenir de trois aspects de cette affaire. Je pars de l'idée que l'article 36, paragraphe 1 *b*) de la convention de Vienne sur les relations consulaires accorde effectivement un droit, tout au moins un droit à caractère dérivé, à l'étranger qui est arrêté dans un

pays ayant ratifié, de même que son pays d'origine, cette convention. Les trois questions que j'aborderai sont les suivantes :

1. Ce droit peut-il être considéré comme appartenant à la catégorie des droits de l'homme ?
2. Mis à part la qualification du droit à l'«information consulaire», s'agit-il d'un droit de la défense faisant partie du droit à un procès équitable ?
3. Dans l'affirmative (*quod non*), quelles peuvent être et ne pas être les conséquences d'une violation de ce droit ?

6.5. Une dernière observation préliminaire : la tâche de cette Haute Cour est de dire le droit, de dire le droit tel qu'il est aujourd'hui. Peut-être pourrait-il paraître souhaitable d'ajouter des garanties supplémentaires à ce qui est aujourd'hui considéré comme appartenant au domaine des droits de l'homme, et notamment du droit à un procès équitable. Pareille entreprise n'est cependant pas du domaine de votre juridiction. D'ailleurs, on peut observer aujourd'hui — et j'y reviendrai — une véritable inflation dans le domaine des droits de l'homme, inflation qui risque de dévaluer la monnaie plutôt que de renforcer le droit. N'oublions pas, par exemple, que les victimes de crime revendiquent désormais des droits dans la procédure pénale, revendication qui n'est pas dépourvue de légitimité. Enfin, un plus en quantité ne signifie pas nécessairement un plus en qualité.

Je vais maintenant aborder le premier volet de mon intervention.

1. Le droit d'être informé de la possibilité du contact consulaire fait-il partie des droits de l'homme ?

6.6. C'est ce que l'Allemagne soutient et la cour interaméricaine est du même avis. D'abord, elle constate que l'article 36 de la convention de Vienne donne certains droits au détenu étranger, droits qui sont la contrepartie des obligations de l'Etat de résidence²⁵. Par la suite, elle constate que si l'Etat d'envoi le désire, il peut assister le détenu par plusieurs mesures concernant sa défense ce qui l'amène déjà à répondre par l'affirmative à la question de savoir si le droit concerne la

²⁵Par. 84: "*Por lo tanto, la Corte concluye que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales a los que corresponden los deberes correlativos a cargo del Estado receptor*" ("*The Court therefore concludes that Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations endows a detained foreign national with individual rights that are the counterpart to the host State's correlative duties*").

protection des droits de l'homme²⁶. Notons que la cour se réfère à l'article 64 de la convention interaméricaine qui définit sa compétence. La cour ne dit donc pas *expressis verbis* que l'article 36 de la convention consulaire fait partie des droits de l'homme. Or, il nous semble que finalement elle en arrive pratiquement là tout de même, ce qui vaut aussi pour la position allemande telle que nous l'avons entendue hier. Nous allons démontrer que ce résultat ne peut guère être applaudi.

6.7. Afin de savoir si le droit de l'étranger arrêté à être informé de son droit de demander que le poste consulaire de l'Etat d'envoi soit averti de son arrestation peut être considéré comme tombant dans la catégorie des «droits de l'homme», il convient en premier lieu de définir ce que sont les droits de l'homme.

6.8. Il serait séduisant de répondre par une considération positiviste. Elle amènerait à la conclusion qu'aucun traité international, aucune convention, aucun pacte, aucune résolution sur les droits de l'homme ne fait mention de ce droit. En effet, lorsque l'on consulte les listes de sources des droits de l'homme établies par les champions de la recherche scientifique, c'est le néant. Aucune mention dans la liste officielle établie par les Nations Unies²⁷, ni dans le catalogue de plus de soixante-douze documents établi périodiquement par Jean-Bernard Marie²⁸, rien dans le volume impressionnant de Rebecca Wallace²⁹ ni chez Nigel Rodley³⁰, dans Robertson et Merrills³¹, Steiner et Alston³² ou Zaffaroni³³. Non seulement la convention de Vienne n'est-elle pas conçue

²⁶Par. 85 : "Ahora bien, es necesario examinar si las obligaciones y derechos consagrados en dicho artículo 36 conciernen a la protección de los derechos humanos" ("The Court must now consider whether the obligations and rights recognized in Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations concern the protection of human rights"); par. 87 : "Por lo tanto, la comunicación consular a la que se refiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, efectivamente concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquel. Esta es la interpretación que debe darse a las funciones de "protección de los intereses" de dicho nacional y a la posibilidad de que éste reciba "ayuda y asistencia", en particular, en la organización de "su defensa ante los tribunales"" ("Therefore, the consular communication to which Article 36 of the Vienna Convention on Consular [Relations refers] does indeed concern the protection of the rights of the national of the sending State and may be of benefit to him. This is the proper interpretation of the functions of 'protecting the interests' of that national and the possibility of his receiving 'help and assistance,' particularly with arranging appropriate 'representation . . . before the tribunals'").

²⁷Center for Human Rights, Geneva, *Human Rights: A Compilation of International Instruments*, Sales Nos. E.94.XIV.1 et E.97.XIV.1.

²⁸Voir pour la liste la plus récente : Jean-Bernard Marie, "International instruments relating to human rights, classification and status of ratification as of 1 January 2000", in *Human Rights Law Journal* 21 (2000) p. 91 et suiv.

²⁹Rebecca Wallace, *International Human Rights, Texts and Materials*, London, 1997.

³⁰Nigel Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, 2nd. ed., Oxford, 1999, qui se réfère aux conventions de Vienne dans le contexte de l'affaire des *Otages* de Téhéran, affirmant que la Cour internationale n'a pas tranché en s'appuyant sur ces textes.

³¹A.H. Robertson and J.G. Merrills, *Human Rights in the World*, Manchester/New York, 1996.

³²Henry Steiner and Philip Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford, 1996.

officiellement comme un texte garantissant des droits de l'homme, mais la communauté académique ne lui attribue pas cette qualité non plus.

6.9. Il est vrai que la résolution de 1985 de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies sur les droits des étrangers³⁴ mentionne le droit au contact consulaire. Or, mis à part le fait que cette résolution peut tout au plus être considérée comme du «droit mou» comme du "*soft law*", ce que l'Allemagne reconnaît³⁵, la résolution ne mentionne pas le droit à être informé. Hier, mon éminent et estimé collègue M. le professeur Simma a affirmé le contraire — mais il me semble que c'était plutôt un exercice en fantaisie constructif.

6.10. Mais je n'ai aucunement l'intention d'en rester là. En fait, et à juste titre, le positivisme n'est pas en vogue dans le domaine des droits de l'homme.

6.11. Nous devons donc rechercher un critère de substance pour distinguer les droits de l'homme d'autres droits. Ce critère me semble évident : les droits de l'homme sont des droits fondamentaux dont doivent bénéficier tous les êtres humains du fait même de leur existence humaine. «Tous sont nés égaux», c'est là l'idée qui est à la base de cette catégorie de droits. Il est vrai que certains instruments se réfèrent à des catégories bien définies d'êtres humains, telles les femmes³⁶ et les enfants³⁷. Mais il s'agit là de catégories générales et, si vous voulez, «naturelles» à l'espèce humaine. Et c'est toujours la qualité primaire d'«être humain» qui est décisive.

6.12. Or, c'est justement cette généralité qui fait défaut dans le domaine du droit de la convention de Vienne. Il ne s'agit pas d'une garantie formulée dans des termes comme : «Chacun a le droit à...» ou «Le droit de toute personne à...» Il ne s'agit même pas, et cela me paraît assez significatif, d'un droit de «tout étranger». Je reviendrai sur cet aspect à l'instant.

6.13. Les droits de l'homme ne sont pas conférés à leurs bénéficiaires, ils sont innés, et sont simplement «reconnus» par les traités internationaux. Par contre, le droit d'un étranger à l'information sur son droit au contact consulaire a son origine uniquement soit dans la convention

³³Eugenio Raúl Zaffaroni (ed.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, 1986.

³⁴"*Declaration on the Human Rights of individuals who are not nationals of the Country in which they live*, GA Resn 40/144, G.A.O.R., 40th Sessn., supp. 52, p. 253, adopted by consensus in 1985"

³⁵Mémoire, par. 4.110.

³⁶Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979.

³⁷Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989.

de Vienne, soit dans un traité bilatéral sur les relations consulaires. Les Hautes Parties contractantes à pareille convention confèrent mutuellement ce droit à leurs ressortissants respectifs.

6.14. Je ne parle pas du fait, banal, que l'étranger qui est arrêté dans un pays qui n'a pas ratifié la convention de Vienne ou un traité analogue ne jouira pas de ce droit. La même observation pourrait être faite par rapport aux instruments protégeant les droits de l'homme. Je parle du ressortissant d'un pays qui n'a pas adhéré à la convention et qui est arrêté dans un pays partie à cette convention de Vienne. Pour donner un exemple concret : imaginons un ressortissant du Belize, pays qui n'a pas ratifié, arrêté au Mexique en même temps que son ami guatémaltèque. Alors que ce dernier devra être informé, aucune obligation analogue n'existe à l'égard du Bélizien. Par contre, les droits de l'homme garantis par un traité international seront accordés à toute personne se trouvant sous la juridiction d'un Etat qui a ratifié ce traité.

6.15. Il va également sans dire que le principe de réciprocité est central en la matière de droit consulaire, alors qu'il est tout à fait étranger aux droits de l'homme, ce que la Commission européenne des droits de l'homme a déjà exprimé clairement dans l'affaire Autriche contre Italie³⁸.

6.16. Une caractéristique essentielle des droits de l'homme est qu'ils doivent être respectés sans aucune discrimination, notamment en raison de la nationalité d'une personne. Or, la convention de Vienne octroie des droits exclusivement aux ressortissants des Etats parties. Les ressortissants du pays procédant à l'arrestation et les ressortissants de pays n'ayant pas ratifié la convention restent automatiquement exclus.

6.17. Changeons d'hypothèse : le droit à l'information garanti par la convention de Vienne constitue-t-il, comme l'Allemagne l'affirme, une mesure nécessaire pour compenser la position d'infériorité dans laquelle se trouve un étranger lorsqu'il est arrêté ? C'est par ce biais que le droit en question pourrait effectivement acquérir le statut d'un droit fondamental. Nous ne rejetons pas la thèse selon laquelle un besoin de ce genre puisse surgir. Mais nous soulignons tout d'abord que, dans le cas des frères LaGrand — et la présente affaire se limite strictement à ce cas — il est impossible d'identifier un besoin de ce genre. En effet, ces hommes se considéraient eux-mêmes

³⁸Commission européenne des droits de l'homme, requête n° 788/61, rapport du 23 octobre 1963, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme* VI, p. 714 et suiv., par. 56 et suiv.

comme des Américains. Il n'est pas nécessaire de revenir sur tout ce qu'a dit le procureur général Napolitano à ce sujet.

6.18. Mais l'argument n'est même pas convaincant sur le plan général. En effet, les difficultés typiques et particulières auxquelles un étranger peut faire face se rapportent à la langue étrangère et au fait qu'il connaît mal ou pas du tout le système juridique du pays dans lequel il a été arrêté. Or, la convention de Vienne ne fait référence ni à l'une ni à l'autre de ces conditions. En effet, il se peut très bien qu'il n'y ait aucun problème de ce genre dans un cas particulier. La convention s'applique même là où l'étranger provient d'un pays qui a la même langue que le pays de résidence et un système juridique semblable. Pensons, par exemple, à un Australien arrêté au Royaume-Uni, un Français en Belgique, un Allemand en Autriche, sans parler, évidemment, des immigrants de la deuxième génération, qui ont vécu toute leur vie dans le pays de résidence mais qui restent peut-être des étrangers quand même.

6.19. Mais il y a plus, et ceci sous deux angles : d'une part, en règle générale, l'étranger bénéficie déjà d'une protection suffisante, d'autre part je ne vois pas sur quelle base on pourrait raisonnablement soutenir que la convention de Vienne lui accorde effectivement un droit à quelque assistance que ce soit.

6.20. D'abord, la protection existante : toute personne arrêtée a le droit d'être informée aussitôt, et *dans une langue qu'elle comprend*, des raisons de son arrestation en vertu des instruments internationaux — et je pense que le libellé vous est tout à fait familier parce que je cite³⁹. Au cas où ces personnes se trouveraient confrontées à une accusation en matière pénale, elles ont le droit de nouveau à être informée de cette accusation dans une langue qu'elle comprend⁴⁰. En plus, la personne profite des services gratuits d'un interprète⁴¹. Enfin, elle aura le droit de se faire assister par un avocat de son choix ou, si elle n'en a pas les moyens de le rémunérer, le droit à l'assistance judiciaire⁴². Cet avocat connaîtra le système juridique du pays. Nous reconnaissons que l'avocat commis d'office ne sera peut-être pas toujours le meilleur.

³⁹Voir articles 9, par. 2 du Pacte des Nations Unies et 5, par. 2 de la convention européenne.

⁴⁰Voir paragraphe 3 a) des articles 14 du Pacte et 6 de la convention européenne.

⁴¹Voir articles 14 par. 3 f) du Pacte et article 6 par. 3 e) de la convention européenne.

⁴²Voir articles 14 par. 3 d) du Pacte et 6 par. 3 c) de la convention européenne.

Souvent ce sera d'ailleurs aussi le cas pour l'avocat choisi, et le même problème se pose pour tous les accusés indigents indigènes. D'autre part, excluant les bagatelles, le fait que l'accusé est un étranger est justement un des critères pris en considération pour savoir si les intérêts de la justice nécessitent l'assistance judiciaire⁴³. La lacune que l'article 36 de la convention de Vienne prétend combler n'existe donc pas. Si notre distingué confrère, M. Kaul a dit hier que sans information consulaire il n'y avait pas de droits de la défense, il s'agit là de plus que d'une simple exagération.

6.21. Ensuite : quelle est la valeur du droit conféré à l'étranger en vertu de la convention de Vienne ? S'agit-il là d'un droit à quelque assistance que ce soit ? La réponse doit être négative, quoi que puisse soutenir l'Allemagne. Le droit à l'information de la personne arrêtée sur la possibilité de contacter les autorités consulaires de son pays d'origine n'a qu'un caractère auxiliaire et accessoire. Il doit faciliter une prise de contact si la personne concernée le désire. Ce ne sera pas toujours le cas et la convention tient même compte de cette éventualité dans la mesure où elle ne prévoit pas l'information automatique du consulat en question.

6.22. Toute une série d'hypothèses est interposée entre l'information et une assistance effective :

- a) la personne arrêtée doit exprimer le désir de contacter le consulat;
- b) le consulat doit réagir. La convention de Vienne, il est vrai, lui donne ce droit et privilégie ces contacts. Mais le consulat doit être disposé et en mesure d'accorder une assistance au détenu. Ce ne sera pas toujours le cas;
- c) l'assistance éventuellement fournie doit effectivement être utile à la défense. A ce propos nous trouvons un exemple, qui a déjà été mentionné, un exemple d'une ironie tragique dans le mémoire même de l'Allemagne : elle donne l'exemple de l'affaire Apelt, où elle a eu la possibilité de prêter cette assistance qu'elle n'a pas pu fournir aux frères LaGrand. Or, nous savons que les frères Apelt se trouvent actuellement au couloir de la mort, le *death row* d'une prison en Arizona. Je me dispense de tout commentaire quant à l'effectivité de cette assistance;

⁴³Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Quaranta contre Suisse du 24 juin 1991, *série A n° 205*, par. 35; Harris/O'Boyle/Warbrick, p. 262.

6.23. Notre analyse démontre que le droit à être informé du droit d'entrer en contact avec le poste consulaire revêt un caractère purement auxiliaire. Le poste consulaire n'a, d'après la convention de Vienne, aucune obligation de prêter assistance et, en contrepartie, le requérant, la personne arrêtée, n'a aucun droit à une assistance de la part du poste. En ceci, ce droit se distingue très nettement du droit à l'assistance judiciaire, qui doit être effective, et d'autres droits fondamentaux. Il n'est pas exclu qu'un droit lui soit conféré par son droit national, mais cela ne peut vraiment pas intéresser la Cour internationale de Justice. Il nous paraît très recherché, pour ne pas dire aberrant, de construire un droit fondamental sur la base de ces possibilités qui sont entièrement facultatives. Aujourd'hui nous nous trouvons confrontés à un véritable danger d'inflation des droits de l'homme⁴⁴. Certes, l'extension de leur portée est souvent signe de bonne volonté, mais la multiplicité d'instruments et de voies de recours prête déjà à confusion et risque, en fin de compte, d'affaiblir le caractère effectif de ces garanties.

6.24. Afin d'éviter tout malentendu : nous n'avons aucunement l'intention de réduire en bagatelle le droit que confère le paragraphe 1 b) de l'article 36, dernière phrase de la convention de Vienne. Mais nous contestons catégoriquement la thèse selon laquelle il s'agit là d'un droit fondamental appartenant à la catégorie des «droits de l'homme». Et je vous prie de citer à ce propos un mot de sir Gerald Fitzmaurice dans la commission de droit international lors de sa 535^e réunion et je vous prie de me permettre de le citer en anglais : *"To regard the question as one involving primarily human rights would be to confuse the real issue."* J'en viens maintenant au deuxième volet et je vous prierai, Monsieur le président, de m'interrompre quand vous jugez que le moment pour une pause est venu :

2. Mise à part la qualification du droit à l'«information consulaire», s'agit-il d'un droit de la défense faisant partie du droit à un procès équitable ?

6.25. L'Allemagne dit que le droit en question doit être assimilé aux droits de la défense, c'est-à-dire au droit à un procès équitable. La cour interaméricaine se prononce dans le même sens.

⁴⁴Cette opinion est notamment partagée par Françoise Tulkens, «L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme», *Revue Universelle des droits de l'Homme* 2000, p. 50, 51; voir aussi Claudia Sciotti, *La concurrence des traités relatifs aux droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles 1997; Stefan Trechsel, *"Inflation in the Field of Human Rights ?"*, Nijmegen University Press, 1999; version allemande : *Inflation im Bereich der Menschenrechte?*, dans *ZEUS, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, Universität des Saarlandes, Heft 3*, 1998, p. 371.

On évoque la tendance à une interprétation évolutive des traités internationaux, notamment en matière de droits de l'homme⁴⁵. Nous connaissons cette tendance et nous ne lui sommes certainement pas opposés en principe. Néanmoins, il serait trop simple d'invoquer l'interprétation évolutive chaque fois qu'on aimerait élargir la portée de droits fondamentaux d'une façon systématique. Il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme s'est parfois référée à ce même principe, mais nullement de façon systématique — il y a beaucoup d'arrêts qui vont dans le sens contraire. Ceci a été très brillamment démontré par Olivier de Schutter⁴⁶, je ne peux que vous recommander son article qui a pour titre entre autres : «Un essai en destruction». Je me permets de vous rappeler que, de toute manière, les droits de l'homme ne se prêtent guère à des conceptions quantitatives. Ils peuvent même entrer en conflit entre eux. Par exemple, l'exercice de la liberté d'expression peut violer le droit au respect de la vie privée, le droit à disposer du temps nécessaire à la préparation de la défense, exercé de manière excessive, peut causer un problème sous l'angle du «délai raisonnable» de la procédure, etc.

6.26. De manière pas très précise, la cour interaméricaine dit que le «droit à la présence d'un avocat lorsque l'on parle fait déjà partie du droit et de la jurisprudence des systèmes juridiques les plus avancés»⁴⁷. Or, avec tout le respect dû à cette Haute Cour, le passage cité appelle certaines précisions. D'une part, il convient de noter que dans un arrêt relativement récent, *John Murray contre Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas reconnu de façon absolue un droit à la présence du défenseur dès le premier interrogatoire⁴⁸; d'autre part, on peut et on doit se demander si ce sont vraiment les «systèmes les plus avancés» qui sont décisifs. Ce n'est certainement pas la démarche de la Cour européenne des droits de l'homme que de s'orienter d'après les systèmes juridiques qui lui paraissent être les plus «progressifs».

⁴⁵ *Loc. cit.*, par. 113 et suiv.

⁴⁶ Olivier De Schutter, «L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : un essai en destruction», *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, 1992, p. 83 et suiv.

⁴⁷ OC 16/99, par. 117 : "*Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados*" ("*An example of the evolutive nature of judicial process are the rights not to incriminate oneself and to have an attorney present when one speaks*").

⁴⁸ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *John Murray contre Royaume-Uni* du 8 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions 1996-I*, p. 30 et suiv., 54 par. 62 et suiv.; voir aussi l'arrêt *Imbrioscia contre Suisse* du 24 novembre 1993, *série A n° 275*, p. 13, par. 38.

6.27. De toute façon, la cour interaméricaine ne mentionne aucun système qui considérerait le droit à l'«information consulaire» comme un droit de la défense. En ce qui concerne l'interprétation de ce texte, ce sont les règles générales telles qu'elles ont été définies à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités qui s'appliquent bien évidemment, et il est précisé au chiffre 3, lettre *b*) de cette disposition qu'il sera tenu compte «de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité». Dans ce contexte, le droit comparé joue un rôle particulièrement important. Ainsi, la Commission européenne des droits de l'homme, par rapport à la procédure pénale, a dit qu'elle «trouve qu'il est nécessaire de prendre en considération la pratique dans différents pays qui sont membres du Conseil de l'Europe»⁴⁹. Cette opinion est largement partagée par la doctrine⁵⁰. Howard Charles Yourow, au bout d'une étude approfondie, constate qu'«une attention spéciale est accordée au rôle de consensus dans le droit et la pratique nationaux des Etats Parties»⁵¹.

6.28. Examinons donc la portée du droit à l'information consulaire sous un angle de droit comparé. Afin de savoir ce qu'est la pratique dans plusieurs Etats, nous avons d'abord examiné des codes de procédure pénale, les codes de plusieurs pays — Allemagne, Autriche, Belgique, France, Italie, Pays-Bas, Portugal et Suisse⁵². Il s'est avéré qu'aucun de ces codes ne se réfère au droit à l'information consulaire. Si l'article 520, paragraphe 2, du code de procédure pénal espagnol se réfère aux étrangers, c'est seulement pour dire que les étrangers auront le droit de faire communiquer certaines informations au poste consulaire de leur pays. Par contre, il ne parle pas d'une obligation de les informer de ce droit. Et ce n'est que de cette obligation que la Cour est saisie aujourd'hui.

⁴⁹"finds it necessary to take into consideration the practice in different countries which are members of the Council of Europe", Commission européenne des droits de l'homme, req. 2518/ 65, X. c. Danemark, déc. du 24 septembre 1965, *Annuaire de la convention Européenne des droits de l'homme VIII*, p. 370; déc. 2742/66, X. contre Autriche du 1^{er} avril 1966, *Annuaire IX*, p. 550 et autres.

⁵⁰Voir ouvrages cités dans Stefan Trechsel, *Die europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte*, Berne 1974, p. 142, note 390.

⁵¹"Special attention is paid to the role of the consensus of the national law and practice of the States Parties", Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht 1996, p. 185.

⁵²Il est rappelé qu'il n'y a pas moins de 29 codes de procédure pénale dans ce pays.

6.29. S'agit-il simplement d'une omission des législateurs que la doctrine rectifie ? Aucunement. En effet, notre étude d'un nombre de traités et commentaires⁵³ n'a révélé pratiquement aucune trace de la convention de Vienne dans la littérature sur la procédure pénale. Nous avons étudié un nombre de traités et commentaires et nous n'avons pratiquement pas trouvé de trace, exception faite pour un commentaire allemand celui de Kleinknecht, que mes confrères, très certainement connaissent, ce commentaire renvoie aux "*Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten*" («les directives concernant les rapports avec l'étranger en matière pénale») [c'est ma propre traduction], les chiffres sont 135 et 136. Or, bien que ce commentaire contienne également d'autres "*Richtlinien*" on cherche en vain ces "*Richtlinien*" là, ce qui veut dire que pour les pénalistes ils ne sont pas à portée de main.

6.30. En outre, nous avons encore suivi une autre méthode pour vérifier si le droit à l'information consulaire pourrait être considéré comme un droit de la défense en procédure pénale. Nous avons examiné des codes de procédure pour vérifier si l'absence d'information consulaire pourrait constituer un moyen de cassation. Or, le résultat de cette recherche est encore négatif, notamment pour le droit allemand.

6.31. La violation d'une règle de droit international peut donner lieu à cassation lorsqu'il est démontré que la décision aurait peut-être été différente si la faute n'avait pas été commise⁵⁴. Aucun exemple n'est donné, dans le «Commentaire de Karlsruhe» ou ailleurs, de la convention de

⁵³Allemagne : Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 2. A. Heidelberg 1996; Hans Dahs/Hans Dahr, *Die Revision im Strafprozess*, 5. Aufl., München 1993; Albin Eser, *Einführung in das Strafprozessrecht*, Freiburg 1983; Walter Gollwitzer, in *Löwe-Rosenberg, Grosskommentar*, 31. Lieferung, Berlin 1992; Theodor Kleinknecht/Lutz Meyer-Grossner, *Strafprozessordnung, Kurz-Kommentar*, 44. Aufl., München 1999; Hans-Heiner Kühne, *Strafprozessrecht*, 5. Aufl., Heidelberg 1999; Gerd Pfeifer, *Karlsruhe Kommentar zur Strafprozessordnung ...*, 3. Aufl., München 1993; Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 24. Aufl., München 1995; Heinrich Rüping, *Das Strafverfahren*, 2. Aufl., München 1983; Werner Sarstedt/Rainer Hamm, *die Revision in Strafsachen*, 6. Aufl., Berlin/New York 1998; Friedrich-Christian Schroeder, *Strafprozessrecht*, 2. Aufl., München 1997.

Austria : Stefan Seiler, *Strafprozessrecht*, 3. Aufl., Wien 1999.

Espagne : Vicente Gimeno Sendra/Victor Moreno Catena/Valentin Dortes Domingues, *Derecho Procesal Penal*, Madrid 1996.

France : Jean Pradel, *Procédure pénale*, 6e éd., Paris 1992.

Italie : Mario Chiavario (ed.), *Commento al Codice di Procedura Penale*, Torino 1993 ss.

Portugal : Jorge de Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, Coimbra 1974.

Suisse : Jürg Aeschlimann, *Einführung in das Strafprozessrecht*, Bern 1997; Robert Hauser/Erhard Schwenk, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 4. Aufl., Basel 1999; Thomas Maurer, *Das bernische Strafverfahren*, Bern 1999; Niklaus Oberholzer, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, Bern 1994; Niklaus Schmid, *Strafprozessrecht*, 3. Aufl., Zürich 1997.

⁵⁴Gerd Pfeiffer, *loc. cit.*, N 33.

Vienne dans ce contexte. Pour la Suisse, Piquerez⁵⁵, dans son récent et volumineux traité sur la procédure pénale, mentionne la convention de Vienne sur les relations diplomatiques lorsqu'il parle des immunités, mais ne se réfère nulle part à la convention sur les relations consulaires.

6.32. Il ressort, il me semble, Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, de cette brève étude que l'information prévue à l'article 36 de la convention de Vienne n'est considérée, ni par le législateur ni par la doctrine, comme une norme relevant du droit de la procédure pénale et, partant, un droit de la défense en procédure pénale. Ceci est notamment patent pour l'Allemagne.

Le PRESIDENT : Monsieur le professeur, si vous voulez bien après l'examen de la législation et de la doctrine, vous allez passer à la jurisprudence, nous pourrions peut-être nous arrêter là pour une pause d'un quart d'heure.

M. TRECHSEL : Je suis entièrement à votre service, Monsieur le président.

Le PRESIDENT : Je vous remercie.

L'audience est suspendue de 16 h 25 à 16 h 45.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. La séance est reprise et je donne à nouveau la parole au professeur Trechsel.

M. TRECHSEL : Merci, Monsieur le président. Dans votre grande sagesse vous avez prévu que, après avoir parlé de la législation et de la doctrine, j'allais maintenant me pencher sur la jurisprudence et c'est effectivement ce que je me propose de faire.

6.33. Pourtant, là, le résultat est toujours négatif. Nous n'avons pas réussi — mais il me paraît qu'il incomberait à l'Allemagne de le faire — à trouver un seul arrêt qui aurait cassé un jugement pour violation de la convention de Vienne.

6.34. Un arrêt d'abord de la cour de cassation italienne⁵⁶ a répondu très clairement par la négative. Le requérant, de nationalité britannique, s'était plaint de l'absence de toute information

⁵⁵Gérard Piquerez, *Procédure Pénale Suisse*, Zurich 2000, N. 411 et suiv..

⁵⁶Arrêt Yater du 19 février 1973, publié en langue anglaise dans *Italian Yearbook of International Law* 2 (1976) p. 336 ss.

du consul britannique tant de son arrestation que de son procès. Le pourvoi est rejeté. La cour de cassation relève que le droit de «pourvoir à sa représentation en justice» n'avait qu'un caractère complémentaire et ne pouvait remplacer en rien le droit de l'accusé étranger de se procurer lui-même un avocat de son choix. Par ailleurs, la cour de cassation italienne note que l'accusé n'avait pas besoin d'une assistance complémentaire puisqu'il avait le droit d'exercer son droit à se défendre au même titre qu'un ressortissant italien. Et la cour de cassation de conclure :

«Par conséquent, il ne saurait y avoir violation des règles de procédure se rapportant à la défense de l'accusé en raison du manquement à l'information de l'autorité susdite et que cette dernière n'a pas contribué à la défense de l'accusé qui a déjà un avocat de confiance et n'a pas besoin d'un autre...»⁵⁷

Notons en passant que cet arrêt ne semble pas concerner le droit à l'information lui-même.

6.35. Dans un arrêt du 8 avril 1988, n° 60/88⁵⁸, la Première Chambre du Tribunal constitutionnel Espagnol a tranché de façon analogue. Entre autres, les requérants s'étaient plaints de ce que leur arrestation n'eût pas été communiquée au poste consulaire de leur pays. Cette circonstance dont ils ne s'étaient d'ailleurs pas plaints au cours de la procédure précédente, n'avait constitué aucun manquement aux droits de la défense dans la procédure pénale menée contre les requérants⁵⁹.

6.36. Pour quitter le contexte européen, j'ajouterai la référence à un arrêt australien⁶⁰. La cour d'appel de New South Wales s'exprime de façon très claire. Le juge Street a décidé :

«Même en attribuant le plus grand poids à l'article 36 [de la convention de Vienne], je ne vois pas comment il peut être soutenu qu'il pourrait avoir la moindre influence sur le cours d'une investigation par l'interrogatoire d'un étranger venant dans ce pays. L'article traite de la liberté de communication entre consuls et leurs nationaux. Il n'indique rien qui aurait une portée sur une procédure d'instruction par interrogatoire.»⁶¹

⁵⁷Notre traduction.

⁵⁸Publié au *Boletín Oficial del Estado* du 5 mai 1988.

⁵⁹"Los derechos de los demandantes no fueron, pues, violados por las causas que acabamos de considerar, ni tampoco se produjo tal lesión por lo que arguyen en orden a la supuesta falta de comunicación de su detención a la Oficina Consular de su país (art. 520.2,d) in fine de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), circunstancia ésta que, sobre no haber suscitado protesta alguna en el procedimiento que antecede, no podría hoy decirse que deparase indefensión alguna en la causa criminal que se siguió contra los actores".

⁶⁰R v. Abbrederis, *Court of Criminal Appeal of New South Wales*, 3 April, 26 June 1981, Sydney, *36 Australian Law Reports*, p. 122 et suiv.

⁶¹Notre traduction de l'anglais: "Even giving the fullest weight to the prescriptions in Art. 36, I do not see how it can be contended that they in any way affect the carrying out of an investigation by interrogation of a foreign person coming to this country. The article is dealing with freedom of communication between consuls and their nationals. It says nothing touching upon the ordinary process of an investigation by way of interrogation."

Evidemment nous partageons entièrement cet avis.

6.37. L'Allemagne aurait pu attirer votre attention sur deux décisions judiciaires provenant du Royaume-Uni concernant, respectivement, deux personnes de nationalité néerlandaise et libanaise⁶². En effet, dans les deux affaires, le juge a déclaré nulles les dépositions faites par les personnes arrêtées du fait qu'elles n'avaient pas été avisées de leur droit à contacter le poste consulaire.

6.38. Or, ni l'une ni l'autre de ces décisions ne se fondent sur la convention de Vienne. Elles invoquent plutôt la loi anglaise elle-même, les articles 76 et 78 du *Police and Criminal Evidence Act* 1984, qui permettent au juge d'exclure comme moyen de preuve des dépositions ou des confessions faites dans des conditions qui soulèvent des doutes quant à l'équité de la procédure. Dans le deux cas, le juge, M. Sich admet cependant une exception pour le cas où la personne arrêtée aurait vécu pendant de nombreuses années dans le pays et connaîtrait bien la langue locale. Les frères LaGrand se trouvaient sans aucun doute dans le champ d'application de cette exception et je pense que ces jugements démontrent que contrairement à ce qu'a soutenu hier le Gouvernement allemand, le fait de cette résidence de longues années en Arizona, n'est pas du tout sans pertinence. Par ailleurs, nous n'avons pas la moindre indication et même aucune allégation selon laquelle l'interrogatoire des frères LaGrand aurait prêté à critique. Nous n'avons donc effectivement trouvé aucun précédent qui pourrait avoir une incidence sur la présente affaire.

6.39. Par ailleurs, si certains codes de procédure prévoient l'exclusion de moyens de preuve obtenus de manière douteuse, voire illégale, d'autres codes ne connaissent pas de règle analogue. Même la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas repris la règle de l'exclusion — et je me réfère ici aux arrêts *Schenk contre Suisse*⁶³ et *Khan contre Royaume-Uni*⁶⁴, où des bandes magnétiques enregistrées de façon douteuse étaient utilisées au procès. Et dans l'affaire *Khan*, il était tout à fait clair que l'enregistrement avait été fait en violation de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme et constituait le seul moyen de preuve et néanmoins la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas jugé qu'il y avait violation du droit à un procès

⁶²Une information sur ces arrêts est publiée dans *Legal Action*, 23 décembre 1990.

⁶³Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Schenk contre Suisse* du 12 juillet 1988, *série A n° 140*.

⁶⁴Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Khan contre Royaume-Uni* du 12 mai 2000 — cette affaire a été déférée à la Grande Chambre.

équitable. Il faut dire cependant que cet arrêt d'une chambre a été référé à la Grande Chambre de la cour et le dernier mot n'a pas été dit dans cette affaire.

6.40. Il y a un argument supplémentaire qui milite contre l'hypothèse que le droit à l'information consulaire pourrait être considéré comme un droit de la défense. Il apparaît clairement lorsque l'on considère un aspect important de droit comparé.

6.41. La convention de Vienne, en son article 36, ne concerne que les étrangers qui ont été *arrêtés*. Dans la tradition anglo-américaine, l'ouverture des poursuites pénales est liée de façon indissoluble à l'arrestation de la personne soupçonnée. Alors que l'arrestation ne signifie pas nécessairement, comme nous le verrons tout à l'heure, l'introduction de poursuites pénales, cette dernière implique nécessairement l'arrestation, sauf pour les cas de la "*citation*" qui marque, cependant, un développement récent pour des affaires d'importance mineure.

6.42. Or, beaucoup de systèmes de procédure pénale, et ce sont à mon avis les plus modernes, n'opèrent pas de cette façon. Dans les pays du continent européen, pour me limiter à cette région, par exemple en Allemagne, Autriche, Belgique, France, Italie ou Suisse, l'arrestation doit être l'exception. Il y a à ce sujet un consensus pratiquement unanime⁶⁵. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un suspect est arrêté. Il est vrai que le danger de fuite sera retenu plus facilement à l'encontre d'un étranger, mais ce n'est pas le cas pour un étranger assimilé qui a sa résidence habituelle dans le pays où il a été arrêté.

6.43. A la lumière de cet état de faits, il s'avère que l'application hypothétique de la convention de Vienne en matière de procédure pénale ne serait pas du tout uniforme.

6.44. En effet, nous pouvons comparer la relation entre le champ d'application de la convention de Vienne et celui des droits de la défense ou de la procédure pénale même sous forme de deux cercles qui ne sont superposés que partiellement. La convention de Vienne s'applique à toute arrestation, c'est-à-dire, celle d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction; mais aussi à l'arrestation dans le contexte de procédures d'expulsion ou d'extradition; à l'arrestation d'une personne pour cause de maladie mentale ou contagieuse, d'état d'ivresse ou de

⁶⁵Voir par exemple la résolution 65 (11) du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

vagabondage; à l'arrestation aux fins d'exécuter une sanction pénale ou en vue encore de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi⁶⁶.

6.45. L'interprétation proposée par l'Allemagne aurait donc comme conséquence que le prévenu arrêté — c'est-à-dire tout prévenu dans les pays du *common law*, mais seulement une minorité dans les pays du système continental — profiterait de «droits de la défense» qui sont niés au prévenu en liberté. Sans doute, ce dernier ne rencontrera-t-il aucun obstacle pour contacter «son» consulat. Mais il ne sera pas informé de cette possibilité et il est peu probable qu'il sache davantage sur le droit consulaire que le prévenu arrêté. Comment justifier le fait que ce dernier profite d'un traitement préférentiel pour ce qui concerne les droits de la défense ?

6.46. La cour interaméricaine ne semble pas avoir pris ces réalités en considération. A propos de l'interprétation des mots «sans retard», elle dit que l'information doit être donnée au moment de l'arrestation et, en tout cas, avant que l'accusé ne fasse une déposition ou une confession à la police ou aux autorités judiciaires⁶⁷. La dernière partie reprend littéralement la question posée par le Mexique. Or, avec tout notre respect, on voit mal le sens de cette précision. Elle semble s'inspirer du fameux "*Miranda warning*"⁶⁸. Or, cette analogie est-elle justifiée ? Nous le contestons vivement.

6.47. Rappelons que toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction a le droit d'être assistée par un défenseur. Tout étranger n'a cependant pas droit à une assistance consulaire. Si l'on prend la thèse de la cour interaméricaine à la lettre, même un étranger arrêté et assisté par un avocat de son choix ne pourrait être valablement interrogé avant d'avoir été informé de ses droits consulaires. Pourtant, cette information, contrairement à celle visée par l'arrêt *Miranda*, n'a aucune conséquence juridique.

6.48. Et puis, à quoi servirait pareille attente ? Il ne saurait être question de reporter l'interrogatoire jusqu'à ce qu'une assistance consulaire n'ait été effectivement apportée à la

⁶⁶Exemples tirés de l'article 5, par. 1 de la convention européenne des droits de l'homme.

⁶⁷[L'article 36 de la convention de Vienne] "*requiere que las autoridades del Estado receptor informen a todo detenido extranjero de los derechos que le confiere dicho artículo en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades policíacas o judiciales*" "[...] should be interpreted as requiring the authorities of the host State to inform any detained foreign national of the rights accorded to him in that article, 'at the time of the arrest, and in any case before the accused makes any statement or confession to the police or judicial authorities.'" loc. cit. par. 102.

⁶⁸384 US, 436 (1966).

personne arrêtée, puisqu'il est difficile de prévoir la réaction du poste. C'est la législation nationale sur la procédure pénale qui règle l'enquête et non pas la convention de Vienne. Or, à notre connaissance, aucune législation n'interdit l'interrogatoire du prévenu étranger avant qu'il ait été informé de ses droits consulaires, et ceci à juste titre comme nous venons de le voir. Nous nous permettons de suggérer respectueusement qu'il n'incombe guère à la Haute Cour de céans de réécrire les codes de procédure pénale des pays de ce monde.

6.49. Bien que nous rejetions donc sans réserve la théorie selon laquelle il existerait un lien entre le droit à l'information consulaire et les droits de la défense, nous allons maintenant aborder le troisième et dernier volet de notre exposé :

3. Dans l'affirmative (*quod non*), quelles peuvent être et ne pas être les conséquences d'une violation d'un tel droit ?

6.50. L'Allemagne semble soutenir que pareille violation aurait pour conséquence une nullité absolue du jugement qui, en tout cas, rendrait automatiquement illégale son exécution. Or, tel n'est certainement pas le cas. Rappelons que la Cour européenne des droits de l'homme répète constamment que seul l'examen d'une procédure prise dans son ensemble permet de dire si elle a été équitable⁶⁹ — l'absence de l'information consulaire ne saurait guère, même à supposer qu'elle fasse partie des droits de la défense, avoir pour effet, à elle seule, de rendre une procédure non équitable.

6.51. Ensuite, un exemple tiré de la cour constitutionnelle fédérale allemande à laquelle le professeur Meron s'était déjà référé, l'affaire Pakelli. Le requérant avait été condamné à deux ans et trois mois de prison pour infraction à la législation sur les stupéfiants et fraude fiscale. Son défenseur, M. Wingerter, forma un pourvoi en cassation. Surgit alors un litige sur la question de savoir si cet avocat était autorisé à agir pour M. Pakelli malgré le fait qu'il avait, auparavant, défendu un de ses complices. La Cour de justice fédérale décida de tenir, très exceptionnellement, une audience, mais refusa au requérant le bénéfice de l'assistance judiciaire. Il n'était pas en mesure de payer un avocat. Par la suite, la Cour européenne des droits de l'homme allait constater

⁶⁹Pour ne donner qu'un exemple, voir Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Kamasinski contre Autriche du 19 décembre 1988, *série A n° 168*, par. 98.

qu'il y avait eu, de ce fait, violation du droit à être défendu au sens de l'article 6, paragraphe 3 c) de la convention.

6.52. Sur la base de cet arrêt, M. Pakelli tenta d'obtenir une révision de sa condamnation. Il se heurta cependant à un refus de la part de la Cour constitutionnelle fédérale. Celle-ci considéra que la violation du droit de la défense ne justifiait pas une cassation du jugement. Elle admit qu'il y eût eu violation, mais cette violation, toujours selon la Cour constitutionnelle, n'était pas assez grave pour porter atteinte aux principes de l'Etat fondé sur le droit (*Rechtsstaatsprinzip*), seul argument qui aurait dans les circonstances de la cause permis de faire droit au requérant⁷⁰.

6.53. Notons tout de suite qu'il ne s'agit pas ici d'une exception. En effet, les Etats Parties à la convention européenne des droits de l'homme ont mis longtemps pour adapter la loi interne de manière à pouvoir reviser un jugement de condamnation issu d'une procédure au sujet de laquelle la Cour européenne avait constaté une violation du droit à un procès équitable⁷¹. La Suisse l'a fait en 1991⁷², l'Allemagne devait attendre le 9 juillet 1998⁷³, pour la France, ce n'est que la loi du 15 juin 2000 qui permettra désormais le réexamen d'une décision rendue en matière pénale à la suite du prononcé d'un arrêt de la Cour européenne. Quant au Royaume-Uni, il n'a pas adopté de disposition analogue dans le cadre de la récente loi d'incorporation, mais là, la révision est beaucoup plus simple qu'en d'autres pays. Je renvoie au *referral proceedings*.

6.54. Je vous prie de noter que ces amendements de la législation nationale ne permettent nullement de déclarer directement nul un arrêt issu de procédures critiquées par «Strasbourg». En outre, nous ne disons pas — et j'insiste sur ce point — qu'avec cet arrêt Pakelli, l'Allemagne aurait violé la convention faute de prévoir une révision.

6.55. En effet, le droit conventionnel lui-même ne prévoit pas la nullité automatique d'un jugement de par le simple fait qu'au cours de la procédure il y aurait eu une violation des droits de la défense. Permettez-moi d'illustrer cette thèse : l'article 5, paragraphe 1, de la convention européenne des droits de l'homme permet la privation de liberté d'une personne détenue

⁷⁰EuGRZ 1985, p. 654; *Strafverteidiger* 1987, p. 185, avec annotation de S. Trechsel.

⁷¹Voir à ce sujet Andrew Drzemczewski, *Revue universelle des droits de l'homme* 1992, p. 127 ss.

⁷²Loi fédérale sur l'organisation judiciaire, art. 139.

⁷³Code de procédure pénale, par. 359.

régulièrement après condamnation par un tribunal compétent. Or, l'exécution d'une sanction privative de liberté est légale même dans l'hypothèse où la condamnation s'est produite au terme d'une procédure dans laquelle l'article 6 a été violé⁷⁴.

6.56. L'arrêt Drozd et Janousek⁷⁵ constitue un exemple particulièrement frappant. La France avait exécuté une peine privative de liberté que le "*Tribunal de Corts*" d'Andorre, un tribunal qui ne satisfait pas les exigences de l'article 6, le tribunal indépendant et impartial établi par la loi, et la France, donc, a exécuté cette sentence. L'exécution de cette peine n'était, de l'avis de la Cour, pas contraire à l'article 5, paragraphe 1, de la convention européenne des droits de l'homme. En effet, une privation de liberté ne serait contraire à cette disposition que si la condamnation résultait d'un «déné de justice flagrant». Je pense qu'en ce qui concerne la présente affaire, même l'Allemagne ne prétend pas sérieusement que nous soyons confrontés à un véritable déni de justice.

6.57. Pour ce qui est de la peine capitale, on pourrait être tenté, et l'Allemagne cède à cette tentation, ce qui est tout à fait compréhensible, de préconiser une approche plus stricte. Or, la cour de Strasbourg s'est prononcée de façon analogue dans l'affaire Soering⁷⁶ qui avait précédé l'arrêt Drozd et Janousek :

«La Cour n'exclut pas qu'une décision d'extradition puisse exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de ce texte [c'est-à-dire l'article 6 de la convention] au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant.»

L'on se souviendra du fait que dans cette affaire le requérant risquait l'extradition aux Etats-Unis pour se voir infliger la peine de mort en Virginie.

6.58. De manière générale, il convient de noter que les droits de la défense tels qu'ils sont prévus dans le pacte et dans la convention ne font aucune distinction selon la peine encourue. Surtout, ils s'appliquent de la même façon, que le prévenu risque une peine privative de liberté ou

⁷⁴Cour européenne des droits de l'homme, *Engel et autres c, Pays-Bas*, arrêt du 23 novembre 1996, série A n° 22, par. 68, p. 28. Voir aussi Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, *Europäische MenschenRechtsKonvention*. EMRK-Kommentar, 2^e éd., Kehl/Strasbourg/Arlington 1996, Art. 5 N 52; Arthur Haefliger/Frank Schürmann, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2^e éd., Berne 1999, p. 90; Stefan Trechsel, "*Liberty and Security of Person*", in R. St.J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, *The European System for the Protection of Human Rights*, Deventer 1993, p. 277, 298 et suiv.; Van Dijk/Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3^e éd., The Hague 1998, p. 351, et Harris/O'Boyle/Warbrick, *Law of the European Convention of Human Rights*, London/Dublin/Edinburgh 1995, p. 107, *are critical of this case-law*.

⁷⁵Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Drozd et Janousek contre France et Espagne du 26 juin 1992, série A n° 240, par. 110.

⁷⁶Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Soering contre Royaume-Uni du 7 juillet 1989, par. 113.

la peine de mort. Sans doute, il y aura des nuances, mais elles ne sauraient être d'une importance telle à permettre un bouleversement des règles de procédure. Il ne serait guère justifié de gonfler le droit à l'information consulaire aux dimensions d'un droit fondamental de la défense pour les cas uniquement où le prévenu risque la peine de mort, mis à part le fait qu'au moment de l'arrestation il ne sera pas toujours évident que c'est là le risque qu'il court.

6.59. Un indice ultérieur contre la thèse de la nullité du jugement entaché, c'est-à-dire qui est le fruit de procédures en violation du droit au procès équitable, peut être trouvé dans la pratique du comité des ministres du Conseil de l'Europe chargé de surveiller l'exécution des jugements de la Cour. En effet, le comité des ministres adresse au Gouvernement de l'Etat dans la juridiction duquel la convention a été violée des questions sur les mesures qu'il a prises pour exécuter l'arrêt.

6.60. Si la thèse de l'Allemagne était correcte, le comité des ministres devrait se préoccuper du fait qu'il existe, dans le cas des procédures pénales, une condamnation du requérant qui est fondée sur une procédure non équitable. Or, il n'en est rien. Je vais simplement mentionner les noms de quelques affaires où il y a eu violation de l'article 6 et le comité des ministres s'est contenté du fait que des compensations avaient été payées ; dans une affaire, une partie de la peine a été remise. Je mentionne donc — et vous trouverez les références aux décisions du comité des ministres dans le texte écrit — les affaires Artico⁷⁷, Deweer⁷⁸, Pakelli⁷⁹, Kostovski⁸⁰, Van Mechelen⁸¹, et John Murray⁸².

6.61. Et il y a plus : la condamnation reste intacte même lorsqu'elle enfreint la convention sur le fond. Tel était le cas, par exemple, dans l'affaire Kokkinakis où les requérants avaient été condamnés pour prosélytisme, ce qui constituait une violation du droit à la liberté de religion⁸³⁸⁴.

6.62. Les résolutions du comité des ministres n'ont d'ailleurs aucun caractère préjudiciel. Au cas où une nouvelle violation analogue devrait se produire, la procédure serait identique : la

⁷⁷Résolution du 18 décembre 1980.

⁷⁸Résolution du 9 décembre 1983.

⁷⁹Résolution du 26 janvier 1984.

⁸⁰Résolution du 9 juin 1994.

⁸¹Résolution DH (99) 124.

⁸²Résolution du 14 février 2000, DH (2000) 26.

⁸³Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Kokkinakis contre Grèce du 25 mai 1993, *série A n° 260*.

⁸⁴Résolution du 15 décembre 1997, DH (97) 574.

Cour constate la violation et alloue, le cas échéant, une somme d'argent pour réparation du tort moral; par la suite, le comité des ministres se bornera à contrôler si cette somme a été payée et si, éventuellement, d'autres mesures ont été prises afin de donner suite à l'arrêt de la Cour. Cependant, il ne se prononcera pas sur la question d'une cassation du jugement de condamnation. Pour exemple, je me permets de vous référer à l'affaire Goddi contre Italie⁸⁵ qui a suivi l'affaire Artico déjà citée.

6.63. Est-ce là un résultat surprenant ? Pas du tout ! Le principe de l'autorité de la chose jugée est essentiel dans tout Etat fondé sur le droit. Il est exigé par la sécurité du droit qui s'oppose parfois à l'équité. Le pouvoir exécutif doit être dans l'obligation d'exécuter les jugements définitifs et ne peut pas refuser de le faire pour la simple raison qu'il y aurait des doutes sur l'équité de la procédure ou la bonne application de la loi pénale.

6.64. Dans ce domaine cependant, un nouveau développement s'annonce, et je ne vous le cacherai pas. En effet, une Recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 19 janvier de cette année⁸⁶ invite les parties contractantes «à s'assurer qu'il existe au niveau interne des possibilités adéquates de réaliser, dans la mesure du possible, la *restitutio in integrum*. Ce développement que nous saluons vivement ne fait cependant que renforcer notre argument. En effet, il affirme notre thèse selon laquelle une violation des droits de la défense ne peut en aucun cas amener à la nullité automatique du jugement.

Conclusions

6.65. Permettez-moi, Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, de conclure en formulant nos réponses aux trois questions que je me suis proposé d'aborder :

1. Le droit d'être informé de la possibilité du contact consulaire fait-il partie des droits de l'homme ?

Notre réponse est négative : il ne s'agit pas d'un droit fondamental.

2. Mise à part la qualification, s'agit-il d'un droit de la défense faisant partie du droit au procès équitable ?

⁸⁵Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Goddi contre Italie du 9 avril 1984, *série A n° 76*, et résolution du comité des ministres dans cette affaire, du 7 décembre 1984.

⁸⁶Recommandation n° R (2000) 2.

Là encore, notre réponse est «non». Ce droit est étranger tant au droit de procédure pénale qu'aux droits de la défense garantis par les droits de l'homme. C'est un droit auxiliaire dont l'unique fonction est de faciliter l'exercice des fonctions consulaires.

3. Dans l'affirmative (*quod non*) mais ce n'est pas le cas, quelles peuvent être et ne pas être les conséquences d'une violation de ce droit ? Une violation du droit à l'information consulaire constitue la violation d'une obligation découlant d'un traité international mais elle ne peut en aucun cas entraîner automatiquement la nullité d'une condamnation pénale et une allégation de ce genre ne peut pas arrêter la procédure d'exécution.

6.66. Je vous remercie de votre grande patience, Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, et je vous prie maintenant de donner la parole à M. le professeur Matheson.

Le PRESIDENT : Je vous remercie beaucoup, Monsieur le professeur Trechsel. I now give the floor to Professor Matheson.

Mr. MATHESON:

7.1. Mr. President and distinguished Members of the Court, it is again my great honour and pleasure to appear before you on behalf of the United States. This afternoon I will address the request of Germany that the Court declare that the United States violated international legal obligations by failing to comply with the Court's Order indicating provisional measures.

7.2. As the Court is aware, the United States takes the view, as a general matter, that indications of provisional measures by the Court do not give rise to binding legal obligations. The US position is explained in some detail in our Counter-Memorial, which reviews the considerable body of scholarly opinion and State practice suggesting that such measures do not have legally binding effect⁸⁷. This, of course, is an important and a difficult issue that has been the subject of considerable debate over the years, and that the Court has not yet found necessary to resolve.

7.3. However, it is our view that it is neither necessary nor appropriate for the Court to attempt to resolve this general issue in the present case, as Germany has proposed; rather, we believe that the relief requested by Germany on this point should be denied for several other

⁸⁷See US Counter-Memorial, pp. 113-135.

reasons without the need to resolve this general issue. First, whether or not the Court as a general matter has the authority to hand down binding provisional measures, in this particular case the measures indicated by the Court were — by their own terms — not binding in character. Second, whatever the character of the Court's Order, the United States did in fact comply with it, in that it took every step reasonably available to it, given the extreme circumstances in which it had to act. Third, the unjustified delay of Germany in bringing its request for provisional measures before the Court until the last possible moment makes it inappropriate to grant Germany's request for relief with respect to this Order. And fourth, the Court can fully and adequately dispose of the merits of this case without any need to resolve this general issue.

The Court's provisional measures in this case were not legally binding

7.4. Let me begin with the first point — that in this particular case the measures indicated by the Court were — by their own terms — not binding in character. The authoritative English text of the Court's Order stated that the United States "should take all measures at its disposal" to ensure that Walter LaGrand was not executed pending a final decision by the Court in these proceedings. It went on to say that the United States "should" transmit the Order to the Governor of Arizona, and "should" inform the Court of all measures which it had taken in implementation of the Order.

7.5. It is immediately apparent from a reading of this text that the language used by the Court is not the language customarily used to create binding legal obligations. The English term "should" is consistently used both in international and domestic practice when the intention is not to create binding obligations, but rather to state expectations or desires about future behaviour. As we have explained in some detail in our Counter-Memorial, this term is deliberately used in various international instruments to indicate that a principle or statement is not intended to be legally binding⁸⁸.

7.6. In contrast, when particular measures handed down by a tribunal are viewed as having the character of legal obligations, that tribunal uses different language of understood mandatory character. For example, in its Provisional Measures Order of 1 July of this year in the case

⁸⁸See *idem*, pp. 107-109.

concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo*⁸⁹, the Court stated that both Parties "must" take all measures necessary to comply with various existing obligations of the Parties under international law; this mandatory language reflected the fact that the Parties were already bound to carry out these international obligations. The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, in its arrest warrants and orders of surrender, "directs" United Nations member States to arrest indicted persons and surrender them to the Tribunal⁹⁰; this obligatory language reflects the mandatory effect given to such orders pursuant to the relevant decisions of the Security Council under Chapter VII of the Charter. Other examples are given in the US Counter-Memorial⁹¹.

7.7. Clearly this difference between mandatory and non-mandatory language is meaningful and well understood. It is entirely reasonable for States to rely upon that difference in determining what their obligations are and in advising their domestic authorities. The Court should not be asked at a later time effectively to reverse the clear import and effect of the language of an Order, and thereby hold a State to be liable for breaching a supposed obligation that was not contained in the Order that was handed down.

7.8. Now it has been argued that the language used in the French version of the Court's Order conveys a greater degree of obligation than the English text. In fact, as is recounted in the US Counter-Memorial, the Court declined, in the *Aegean Sea* case⁹², to hold that such language created a binding agreement. But in any event, the authoritative text of the Court's Order in the present case was the English text, and accordingly the Order must be construed in accordance with the English version. We submit that the English text is clear in this respect and does not create binding obligations.

7.9. Germany nonetheless has suggested that provisional measures must be regarded as inherently binding because of what it terms "the principle of institutional effectiveness" — that is, that any provisional measures would be without effect or purpose if they were not binding, and

⁸⁹Case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 1 July 2000*, para. 47.

⁹⁰*The Prosecutor v. Slobodan Milosevic, Warrant of Arrest and Order for Surrender*, case No. IT-99-37-1, 24 May 1999.

⁹¹See US Counter-Memorial, pp. 107-108.

⁹²*Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, paras. 94-108.

therefore must be construed as binding in all cases. Germany has also argued that such measures are inherently binding because the Court's final decision on the merits in a case is binding.

7.10. We disagree with these arguments. Even if a tribunal is thought to have the power to hand down legally binding provisional measures, there is no inherent reason why provisional measures must be given in mandatory form in any particular instance. For example, Article 290 of the Law of the Sea Convention empowers the International Tribunal for the Law of the Sea to "prescribe" provisional measures, a formula that was evidently designed to authorize that Tribunal to hand down legally binding measures⁹³. In its Order on Provisional Measures in the *Southern Bluefin Tuna* case⁹⁴, the Tribunal chose to issue certain measures using binding language and others of a different character using non-binding language. As one commentator observed:

"The Tribunal's first four measures . . . are binding, as shown by the Order's use of the mandatory term 'shall'. The fifth and sixth measures . . . are not binding, as shown by the use, following the I.C.J. practice, of the facultative term 'should'."⁹⁵

7.11. An international tribunal may well choose to express its expectations in a non-binding form in a particular case, as a matter of deference to the sovereignty and prerogatives of States before it, or in light of the complexity of a particular case and the limited time available to deal with it. This would, for example, be particularly appropriate where the measures in question deal with matters uniquely within the core sovereign functions of States — such as the administration of the criminal justice system, which is, of course, the case here.

7.12. The fact that provisional measures are not legally binding in a particular case does not deprive them of meaning and significance. They stand as a clear statement of the Court's expectations and desires. As the Court stated in the *Nicaragua* case: "it is incumbent on each party to take the Court's indications seriously into account . . ."⁹⁶. But it remains the case that provisional measures expressed in non-obligatory language do not create legal obligations.

7.13. Nor does the fact that the Court's final decision on the merits in a case is binding mean that provisional measures must necessarily be binding as well. There is no reason why measures

⁹³See US Counter-Memorial, pp. 117-118.

⁹⁴ITLOS Cases Nos. 3 and 4, 27 August 1999; 38 *ILM*, p. 1624.

⁹⁵B. Kwiatkowska, *Southern Bluefin Tuna*, 94 *AJIL*, p. 153.

⁹⁶*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, para. 289.

indicated at the very outset of a proceeding — in this case, less than a day after the Application was filed — should necessarily assume the same binding character as the final judgment. There is no reason why the Court should not adopt a more deferential mode at this stage of proceedings, particularly where fundamental State prerogatives and interests are involved.

7.14. Now Germany has argued in an apparent attempt to avoid the non-mandatory character of the measures ordered by the Court in this case, that independent of any provisional measures ordered, the United States violated a general obligation to refrain from acts that might interfere with the subject-matter of a dispute while judicial proceedings are pending. We disagree. In proceeding with the execution of Walter LaGrand, the State of Arizona was carrying out the decision of its courts in accordance with Arizona law and judicial process. The execution had been ordered and scheduled long before Germany came to the Court; it was obviously not a measure taken for the purpose of disrupting the Court's proceedings or of depriving any parties before the Court of any rights or remedies. Under these circumstances, it cannot be the case that a State has an obligation to bring its criminal process to a halt in a particular case simply because a complaint demanding such a result is filed in an international tribunal. This would in effect give other States the power to impose a stay of execution or of other criminal process just by filing an application before this Court. This could not have been contemplated by the parties to the Vienna Convention⁹⁷.

7.15. Further, if applied generally, such a rule would radically transform the situation of parties to cases before this Court. For example, States using force in self-defence would be obliged to halt all further armed actions if their opponent filed a complaint alleging that such actions caused unlawful injury to its nationals, whether or not the Court had issued an order calling for such a result. States conducting fishing operations in disputed waters, or mineral exploitation in disputed territory, would be obliged to halt such operations for the duration of a case, whether or not the Court had asked them to do so. Under such a rule, States could use the Court to harass and impede other States, even if their cases were ultimately found to be without merit.

⁹⁷Germany also makes a similar argument in support of its assertion that the Court has inherent authority to issue legally binding provisional measures. The United States disagrees, for the reasons stated in the US Counter-Memorial.

The United States complied with the Order, in that it took every step reasonably available to it under the circumstances

7.16. Our second basic point is that, whatever the legal character of the Court's Order, the United States in fact complied with the Order, in that it took every step reasonably available to it, given the extreme circumstances in which it had to act.

7.17. Germany did not raise the question of a failure of consular notification with the United States until 22 February 1999. It did not file its Application and Request for the Indication of Provisional Measures until after business hours in the evening of 2 March, the day preceding the scheduled execution. As a result, the Court was unable to act on the German request until the evening of 3 March, and the Court's Order was received in the Office of the Legal Adviser of the State Department in Washington less than three hours before the time set for the execution.

7.18. Under these extreme circumstances, there was very little the United States Government could do in response to the Court's Order. Because of Germany's delay in raising the question of consular notification, United States government authorities had not even had time to carry out a thorough investigation of the facts, which is the normal predicate for any federal action with respect to the conduct of state criminal proceedings.

7.19. At the time the Court's Order was received, the Legal Adviser of the State Department, who was travelling with the Secretary of State in East Asia, was awakened and informed of the Order. The Legal Adviser's Office in Washington promptly took the action called for in the second paragraph of the Court's Order, namely to transmit a copy of the Order to the Governor of Arizona. A copy of the Order was also promptly provided to the Department of Justice and to the US Supreme Court, before whom motions concerning the case were then pending.

7.20. These actions constituted the only measures that could be taken by the US Government in the very short time available. Consequently, we maintain that the United States did in fact comply with the Court's Order, which called upon the United States to "take all measures at its disposal" to prevent the execution. Presumably this language did not include actions that were not at the disposal of the United States, such as actions that could not legally be taken within the US federal system or that were simply not feasible in the time available.

7.21. Germany has argued that the United States could have taken other steps to comply with the Court's Order. We disagree. None of the steps suggested by Germany were in fact at the

disposal of the United States, given the character of the US federal system, the requirements of US law, and the extremely limited time available.

7.22. In particular, Germany has suggested that the Secretary of State might have written a letter to the Governor of Arizona asking for a stay of execution, as was done in the *Breard* case. With less than three hours available, and the relevant State Department officials in East Asia, this was simply not feasible. The request that was made to the Governor of Virginia in the *Breard* case was the product of days of consultation among the highest officials of the State Department and the Justice Department, since it raised very complex and serious concerns about the allocation of responsibilities between the state and federal governments, the degree to which the United States was in fact obligated or not obligated to act, the competence of the federal and state courts involved at that point, and the facts and history of the case itself. Indeed, in the *Breard* case, the consideration of these matters was much further advanced, because the Government of Paraguay had made timely approaches to the United States Government about the issue of consular notification and had filed with the Court in a much more timely manner.

7.23. Germany has suggested that the United States in fact encouraged the execution by reason of a letter sent to the Clerk of the US Supreme Court on the afternoon of 3 March by the US Solicitor General. That letter responded to a request from the Supreme Court for comment on the legal issues raised by motions filed that day by Germany for a stay of execution. The Solicitor General responded briefly and as best he could, while pointing out that he had not even had sufficient time to read thoroughly the materials filed with the motion. His conclusion was that, as a matter of US law and the prior decisions of the Supreme Court, the Vienna Convention did not form a basis for the requested stay of execution in the Supreme Court. This was based on his understanding of the lack of jurisdiction of US courts to hear the particular cause of action brought by Germany, in light of the previous holding of the Supreme Court in the *Breard* case that such relief was not available. This advice by the Solicitor General was honestly given and, we believe, it was correct. It cannot be a violation of international obligations, or the Order of the Court in this particular case, for the Justice Department to give honest and accurate advice to US courts concerning the state of US law.

7.24. In the course of his letter, the Solicitor General also briefly stated that the Court's Order was not legally binding. As I have already indicated, we believe this conclusion is correct. But, once again, it cannot be a violation of international obligations, or the Order of the Court in this particular case, for the Justice Department to give honest and accurate advice to US courts concerning the state of US international obligations. In effect, Germany argues that, to comply with the Court's Order, the United States was required to give legal advice to US courts which we did not then and do not now believe to be correct. Of course, we were not able to do so, and we do not believe that the Court's Order could be construed to suggest that we were expected to do so.

7.25. It has been suggested that a variety of other measures were available to the United States Government to prevent state governments like the Government of Arizona from executing foreign nationals who had not received consular notification, including the issuance of Executive Orders by the President, suit by the United States in federal court, and adoption by Congress of new legislation or amendment of existing legislation. Whatever the merits or problems of these various approaches from a constitutional or a policy point of view, it is obvious that none of these was even remotely available in the very brief period between the Court's Order and the scheduled execution of Walter LaGrand.

7.26. By the same token, the authorities of the State of Arizona were well aware that the US Government did not consider the Court's Order to be legally binding and that the US Supreme Court had dismissed the actions brought by Germany in US courts. The State of Arizona therefore had no reason to believe that it had any obligation to stay the execution of Walter LaGrand, which was scheduled to occur in less than three hours.

7.27. Accordingly, we maintain that the United States did act in a manner consistent with the Court's Order, in that it took all measures at its disposal under extremely limited circumstances. Therefore, even if the Court were to take the view that its Order created binding international obligations, we maintain that it would be inappropriate to hold that the United States violated any such obligations.

Given the German delay in bringing its request, it would be inappropriate to grant the relief requested by Germany

7.28. Our third basic point is that the unjustified delay of Germany in bringing its Request for Provisional Measures before the Court until the last possible moment makes it inappropriate to grant Germany's request for relief with respect to that Order.

7.29. As my colleagues have explained, Germany was aware since at least June 1992 that a question of compliance with the Vienna Convention existed with respect to Walter LaGrand. Germany was aware since at least 5 February 1999, of the date on which the State of Arizona intended to execute LaGrand.

7.30. Nonetheless, Germany chose not to file its Application and Request for the Indication of Provisional Measures until the evening of 2 March 1999, the day preceding the scheduled execution of Walter LaGrand. As a result, the Court was unable to act on the German request until the following evening. Because of the extraordinary timing of the German filing, the Court felt compelled to take the unprecedented step of acting without a hearing and without giving the United States an appropriate opportunity to present its views regarding the merits of the German request. The Court's Order indicating provisional measures was consequently issued in the evening of 3 March, and was received in Washington less than three hours before the time set for the execution.

7.31. This delay by Germany in raising the issue of consular notification and in filing its Application before the Court was unjustified. Germany now asserts two reasons for its delay. First, it claims that it did not act earlier because it only discovered on 23 February that certain Arizona officials knew at a relatively early point in the proceedings against LaGrand that he was a German national. With respect, this explanation is simply not adequate. As Attorney-General Napolitano confirmed this morning, the presentence reports containing this information were in fact available to Germany since 1992 and were made part of public federal court proceedings in 1993. They were the key documents bearing on the question of mitigation by reason of the circumstances of LaGrand's childhood and whether that issue was properly raised in the Arizona proceedings — a question that is at the heart of Germany's complaint. Germany's statement that it was not familiar with these documents is inconsistent with its claims about the

vigour and thoroughness of its consular services. Obviously LaGrand's lawyers were familiar with these documents from the time they were issued.

7.32. Further, if it were true, as Germany argues, that the failure of consular notification constituted a fundamental deprivation of due process and seriously prejudiced the rights of its national, it is inexplicable that Germany delayed for years raising the issue of consular notification with the United States or filing its request before this Court, simply because it assertedly was not aware that certain Arizona officials may have known about the nationality of the individual at a particular stage in the process. If it were only this piece of information that caused Germany to raise the matter of consular notification with the US and to bring the matter to the Court, then surely the failure of timely consular notification could not have been a serious denial of fundamental rights, as Germany claims. Clearly this piece of information did not change the character of the obligations of the United States or the rights of Germany.

7.33. Germany also asserts that it delayed filing its case in this Court because it wanted first to exhaust all possibilities for clemency and for relief in US courts. But this is also not an adequate explanation, since Germany continued to pursue both clemency and US judicial remedies even after filing its Application in this Court. Since these domestic remedies are routinely pursued in capital cases right up to the last moment, this explanation by Germany would suggest that it would always be proper to withhold filing in this Court until the very last moment in such cases. Surely the Court should not accept such a chaotic and prejudicial procedure.

7.34. As Judge Schwebel stated in his separate opinion:

"Germany could have brought its Application years ago, months ago, weeks ago, or days ago. Had it done so, the Court could have proceeded as it has proceeded since 1922 and held hearings on the request for provisional measures. But Germany waited until the eve of execution and then brought its Application and request for provisional measures, at the same time arguing that no time remained to hear the United States and that the Court should act *proprio motu*."⁹⁸

As a result of the delay by Germany, the United States was seriously prejudiced in being unable to present its views on the substance of the German request, and in having essentially no time to act on the Court's Order. The Court was seriously prejudiced in being put in an impossible situation of

⁹⁸*LaGrand Case (Germany v. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 3 March 1999, separate opinion of President Schwebel.*

choosing between ignoring the urgent situation pleaded by Germany, or in acting with virtually no time for reasonable consideration and in disregard of its consistent past practice in giving States an adequate opportunity to be heard.

7.35. This German conduct makes it wholly inappropriate for the Court to respond favourably to the German request for a declaration that the United States violated an international legal obligation by failing to comply with the Court's Order. As the Court said in its Provisional Measures Order, "the sound administration of justice requires that a request for the indication of provisional measures . . . be submitted in good time . . ." ⁹⁹. A party seeking provisional measures should not be rewarded for its own inappropriate conduct in prejudicing the rights of the other party and in impairing both the Court's proceedings and compliance with its Orders.

7.36. In the recent case of *Yugoslavia v. Belgium*, Yugoslavia raised a new basis for jurisdiction for the first time at a late point in the oral proceedings. The Court pointed out that "such action, when not accepted by the other party, seriously jeopardizes the principle of procedural fairness and the sound administration of justice . . ." ¹⁰⁰. As a result, the Court appropriately refused even to consider the Yugoslav argument, even though this meant that no provisional measures were granted in a case where Yugoslavia had alleged they were necessary to prevent serious and immediate loss of life and economic damage.

7.37. In comparison, the effects of the timing of the German Application in the present case were even more prejudicial to the Court and the other party. Belgium at least had the opportunity to respond to the Yugoslav argument in open court later in the same day, with its full legal team present, having had a number of days to prepare on other aspects of the case. In contrast, the timing of the German Application effectively gave the United States no opportunity to address the merits of the German case prior to the Court's Order — no day in court, no time to bring its legal experts to The Hague, and no opportunity to prepare itself on any aspect of the case. Accordingly, as in the Belgian case, the Court should decline to give further relief to Germany on the basis of a

⁹⁹*LaGrand Case (Germany v. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measures*, 3 March 1999, para. 19.

¹⁰⁰Case concerning *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 2 June 1999*, para. 44.

request for provisional measures that was unjustifiably delayed, to the serious prejudice of the other party and the sound administration of justice.

The Court can dispose of the merits of this case without any need to resolve this issue

7.38. Our final point is that the Court can fully and adequately dispose of the merits of this case without any need to resolve this issue about the effect of its Order indicating provisional measures.

7.39. Indeed, even though there have been many occasions in which States have not carried out various aspects of such Orders, the Court has not found it necessary or appropriate to give relief of the character sought by Germany in this case as a result. For example, as we explained in our Counter-Memorial¹⁰¹, in the *Anglo-Iranian Oil Co.* case, the *Nuclear Tests* case, and the *Tehran Diplomatic Staff* case, the Court did not find it necessary or appropriate to grant further relief at the merits phase for the failure of one of the parties to carry out previous provisional measures orders, even though in each case the failure to carry out these measures went to the heart of the dispute and seriously prejudiced the interests of the other party. For reasons we have already indicated, the present case is certainly not an appropriate occasion for making new precedent on the question of remedies for failure to carry out provisional measures.

7.40. Further, in the present case, there is no substantive need or utility in revisiting the Court's Order. If the Court decides in favour of any of Germany's other requests for relief, it will have given Germany more than ample redress for the execution of Walter LaGrand, and further relief based on the provisional measures Order would be superfluous and without purpose. If, on the other hand, the Court decides against Germany's other requests for relief, it would be anomalous indeed for the Court to make the asserted violation of a provisional measures order the sole result of its decision on the merits.

Conclusion

7.41. Mr. President, in conclusion, we maintain that, whether or not the Court has the authority as a general matter to hand down binding provisional measures, in this particular case the

¹⁰¹See US Counter-Memorial, pp. 130-131.

measures indicated by the Court were — by their own terms — not binding in character. We suggest that, whatever the character of the Court's Order, the United States did in fact comply with it, in that it took every step reasonably available to it, given the extreme circumstances in which it had to act. We believe that the unjustified delay of Germany in bringing its request for provisional measures before the Court until the last possible moment make it inappropriate to grant Germany's request for relief with respect to the Order. And we have argued that the Court can fully and adequately dispose of the merits of the case without any need to resolve the general issue about the Court's authority.

7.42. If, contrary to these arguments, the Court believes that it must now decide the question of whether provisional measures are inherently binding, as a general matter under its Statute, then the United States reiterates and calls attention to the detailed arguments on this matter that are contained in our Counter-Memorial. However, we believe it is neither necessary nor appropriate for the Court to attempt to resolve this general issue in the present case. We believe that the Court can and should decline to grant the relief sought by Germany on the other grounds we have set forth.

7.43. Mr. President and distinguished Members of the Court, this concludes my presentation and I thank you for your attention to my presentation. I now suggest that the Court call upon the Agent of the United States, Mr. Thessin, to conclude the opening round of argument for the United States. Thank you, Sir.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Matheson. I now call upon the Agent of the United States, Mr. Thessin.

Mr. THESSIN: Thank you, Mr. President. Professor Rosenne in his wisdom has reminded me that because the day has been very long I should be very short, and I will be.

Mr. President, this concludes the first round of the oral presentation of the United States in the *LaGrand* case. We appreciate very much the Court's courtesy and its attention to our presentations. We shall make the final submissions of the United States at the conclusion of our second round of the proceedings. Thank you.

The PRESIDENT: Thank you very much. Je donne maintenant la parole au juge Higgins qui souhaiterait poser une question aux parties. Judge Higgins.

Judge HIGGINS: Germany has explained to the Court the likely or probable course of action that would have been taken by its consular officials if the LaGrand brothers had been notified in timely fashion of their rights under the Consular Convention. I have in that respect the following questions for Germany:

- (a) Do these submissions go to Germany's claim that it is entitled to a remedy other than an apology in respect of the LaGrands? Or is their purpose rather to suggest criteria for an appropriate remedy to be applied by the courts of the United States in reviewing any future violations of the rights of German nationals under the Consular Convention?
- (b) Does the remedy called for in paragraph 4 of Germany's revised submissions, where there is reference to "future cases of detention or of criminal proceedings", include those persons that Germany claims are currently detained in the United States without having been informed without delay of their rights under the Consular Convention?

Le PRESIDENT : Je vous remercie. La question sera bien entendu fournie par écrit aux Parties.

Je crois que ceci met un terme à l'audience de ce jour. Je tiens à remercier chacune des Parties pour la qualité des exposés qui nous ont été présentés. La Cour se réunira à nouveau le jeudi 16 novembre, à 10 heures, pour entendre le second tour de plaidoiries de la République fédérale d'Allemagne, puis le vendredi 17 novembre à 14 heures pour entendre le second tour de plaidoiries des Etats-Unis d'Amérique. Chacune des Parties disposera à cet effet d'une durée maximale de trois heures, et n'est bien entendu pas dans l'obligation de l'utiliser. Je vous remercie beaucoup. La séance est levée.

L'audience est levée à 18 heures.
