



HAL
open science

L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001

Jean Matringe

► **To cite this version:**

Jean Matringe. L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001. *Annuaire français de droit international*, 2002, pp.215-256. hal-01755210

HAL Id: hal-01755210

<https://hal.science/hal-01755210>

Submitted on 30 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

JURIDICTIONS INTERNATIONALES

L'ARRÊT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE DANS L'AFFAIRE *LAGRAND* (ALLEMAGNE c. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE) DU 27 JUIN 2001

JEAN MATRINGE

Serait-on en train de nous changer notre ordre juridique international ? Telle est l'interrogation que nous semble devoir provoquer la lecture de l'arrêt *LaGrand* de la Cour internationale de justice du 27 juin 2001¹.

Il n'est pas nécessaire de présenter en détail les faits de l'affaire *LaGrand*. Ceux qui sont antérieurs à l'ordonnance de la Cour du 3 mars 1999 indiquant les mesures conservatoires² furent résumés dans le présent arrêt³. Ils ont, en outre, été abondamment décrits à l'occasion de commentaires de cette ordonnance et de cet arrêt⁴. Rappelons seulement que deux ressortissants allemands, les frères *LaGrand*, furent condamnés à la peine capitale à l'issue d'une procédure interne aux États-Unis dont il était allégué par l'Allemagne qu'elle fut menée en méconnaissance de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires (ci-après « la convention »)⁵ et dont il était reconnu par les États-Unis qu'elle fut menée en violation de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*) de cette convention, leurs autorités compétentes n'ayant pas sans retard informé les *LaGrand* de leurs droits en vertu de cet alinéa⁶.

(*) Jean MATRINGE, professeur à l'Université du Maine.

1. Affaire *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 27.6.2001 <<http://www.icj-cij.org>>

2. *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), ordonnance 3.3.1999, mesures conservatoires, *Rec.* 1999, p. 9.

3. Affaire *LaGrand*, *op. cit.*, §§13-34.

4. Cf., entre autres, E. ROBERT, « La protection consulaire des nationaux en péril ? Les ordonnances en indication de mesures conservatoires rendues par la Cour internationale de justice dans les affaires *Breard* (Paraguay c. États-Unis) et *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis) », *R.B.D.I.* 1998, pp. 413-449, 415-421 ; M. MENNECKE, « Towards the Humanization of the Vienna Convention on Consular Rights – The *LaGrand* Case Before the International Court of Justice », 44 *G.Y.I.L.* 2001, pp. 430-468, 432 ss. ; M. PINTO, « De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme », *R.G.D.I.P.* 2002, pp. 513-548, aux pp. 515-516.

5. Convention de Vienne sur les relations consulaires, 24 avril 1963, *R.T.N.U.*, vol. 596, n° 8638, pp. 293-294.

6. « Article 36. Communication avec les ressortissants de l'État d'envoi.

1. Afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'État d'envoi soit facilité :

a) les fonctionnaires consulaires doivent avoir la liberté de communiquer avec les ressortissants de l'État d'envoi et de se rendre auprès d'eux. Les ressortissants de l'État d'envoi doivent avoir la même liberté de communiquer avec les fonctionnaires consulaires et de se rendre auprès d'eux ;

En dépit de l'ordonnance par laquelle la Cour indiqua à titre provisoire, notamment, que

« Les États-Unis d'Amérique doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision en la présente instance n'aura pas été rendue »,

ce dernier fut exécuté le jour même. Contrairement au Paraguay dans l'affaire *Breard*, l'Allemagne poursuivit l'instance quitte à modifier les termes de sa requête et notamment à abandonner sa demande de *restitutio in integrum*, désormais dépourvue d'objet si tant est qu'elle en eût jamais un.

Il s'agit certainement d'un « grand arrêt » de la Cour autant par les questions qu'il traite que par la portée des réponses qu'il y apporte. On y observe en effet, par exemple, les thèmes de l'articulation entre les ordres juridiques internes et l'ordre juridique international, de la détermination du fait internationalement illicite, de la force juridique des ordonnances indiquant des mesures conservatoires, ou encore de la détermination des conséquences internes et internationales à attacher à la commission d'un fait internationalement illicite. Cette énumération n'est pas exhaustive, mais limitée à ce que l'on dénomme généralement le domaine de l'ordre juridique international et évacue les questions dites communément de droit interne. Si tant est que la distinction soit véritablement opératoire et résiste à une analyse plus fine, on s'en tiendra au monde de l'ordre juridique international déjà trop important pour être embrassé ici. On délaissera donc les questions, pourtant intéressantes et importantes, qui concernent plus particulièrement l'ordre juridique interne des États parties à la convention⁷.

La question de savoir si on est en train de nous changer notre ordre juridique international est née de plusieurs interrogations. Il n'était pas, en effet, évident qu'une juridiction internationale affirme qu'il faut inférer d'une formule telle que celle de l'article 36 §2 de la convention selon laquelle les lois et règlements d'un État partie à un traité « doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles » des droits y sont énoncés que le droit international exige d'un tel État qu'il attache comme conséquence à l'édition de jugements internes opérée à

Suite de la note 6.

b) si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'État de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'État d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet État est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise

sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa ;

c) les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'État d'envoi qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice. Ils ont également le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'État d'envoi qui, dans leur circonscription, est incarcéré ou détenu en exécution d'un jugement. Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenir en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention lorsque l'intéressé s'y oppose expressément.

2. Les droits visés au paragraphe 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'État de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés ».

7. Sur la portée de l'arrêt en droit américain et la jurisprudence américaine postérieure, voir les plaidoiries du Mexique et des États-Unis dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)* ; C. DRINAN, « Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations : Private Enforcement in American Courts after *LaGrand* », 54 *Stanford Law Review* 2002, pp. 1303-1319, 1303 ss. ; D. CASSEL, « International Remedies in National Criminal Cases : ICJ Judgment in *Germany v. United States* », 15 *Leiden J.I.L.* 2002, pp. 69-86, 72-73, 78 ss. ; M. MENNECKE, *op. cit.*, pp. 456 ss.

l'issue d'une procédure menée en violation d'un de ces droits l'institution de voies de recours internes contre ces jugements. Il n'est pas ordinaire non plus qu'une telle juridiction décide quelle conséquence un État doit attacher à la violation *éventuelle* de ses engagements et qu'elle affirme qu'en conséquence d'un fait internationalement illicite, un État doit s'engager à respecter à l'avenir un engagement formé antérieurement. De même, si l'affirmation par la Cour de la force obligatoire de ses ordonnances indiquant des mesures conservatoires surprend moins, sa portée peut conduire à de profondes modifications dans l'agencement des réactions à l'illicite allégué et la structure du contentieux international⁸.

Si changement, donc, il pourrait découler de cet arrêt, ce n'est pas tant d'un changement d'ensemble clairement articulé qu'il s'agirait, mais plutôt de changements partiels qui affecteraient essentiellement le champ des conséquences du fait internationalement illicite en droit international. L'usage du conditionnel n'est pas fortuit ; ce sont des interrogations particulières plutôt que des certitudes d'ensemble qui nous semblent pouvoir animer le lecteur de cet arrêt. Ce sont quelques unes de ces interrogations qu'on voudrait présenter ici. Elles peuvent être articulées autour de deux thèmes principaux : l'interprétation extensive que semble opérer la Cour de certaines dispositions de la convention de Vienne (I) et l'extension de sa fonction juridictionnelle (II).

I. – EXTENSION DES PRESCRIPTIONS DE LA CONVENTION DE VIENNE

La Cour fit produire à l'article 36 de la convention plus de prescriptions qu'il ne semble en produire à la lecture de son texte. Cette interprétation extensive fut opérée à l'occasion de l'examen des violations de l'article 36 §1 (A) et de l'article 36 §2 (B).

A. *La violation de l'article 36, paragraphe 1*

L'Allemagne pria la Cour de dire et juger qu'en n'informant pas sans retard les LaGrand après leur arrestation de leurs droits en vertu de l'alinéa *b*) de l'article 36 §1 de la convention, et en la privant de la possibilité de fournir son assistance consulaire, ce qui a conduit à l'exécution des LaGrand, les États-Unis avaient violé leurs obligations internationales vis-à-vis de l'Allemagne au titre des articles 5 et 36 §1 de la convention, tant en ce qui concerne ses droits propres que son droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants. Les États-Unis priaient quant à eux la Cour de dire et juger qu'ils avaient violé l'obligation dont ils étaient tenus envers l'Allemagne en vertu de l'article 36 §1 alinéa *b*) de la convention en ce que leurs autorités compétentes n'avaient pas informé sans retard les LaGrand de leurs droits et qu'ils avaient présenté leurs excuses à l'Allemagne pour cette violation et prennent des mesures visant à empêcher qu'elle se reproduise.

La Cour vérifia si elle avait compétence pour connaître de cette première conclusion allemande et si celle-ci était recevable (1), avant de trancher la controverse (2).

8. Ces changements ne seraient pas du même genre que le changement de l'État français affirmé et dénoncé comme étant grave par le Doyen Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Association du canal de Gignac c. Ducornot* (T.C., 9.12.1899, Sirey 1900, III^e partie, p. 49.) qui se situait essentiellement sur un plan politique et social.

1. *Compétence de la Cour et recevabilité de la première conclusion*

a) *Compétence de la Cour*

Dans sa requête, l'Allemagne fondait la compétence de la Cour sur l'article premier du protocole de signature facultative à la convention de Vienne sur les relations consulaires, concernant le règlement obligatoire des différends (ci-après « le protocole ») qui dispose :

« Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention relèvent de la compétence obligatoire de la Cour internationale de justice, qui, à ce titre, pourra être saisie par une requête de toute Partie au différend qui sera elle-même Partie au présent Protocole ».

La Cour répondit certes aux États-Unis sur la question de la protection diplomatique. Cependant, elle traita également d'un argument discuté par les parties qui ne concernait pas sa compétence et se tut sur la question, pourtant essentielle pour sa compétence sur la base du protocole, de l'existence d'un différend entre elles.

i – L'argument ne concernant pas la compétence

L'Allemagne prétendait qu'en n'informant pas les LaGrand de leur droit de communiquer avec les autorités allemandes, les États-Unis l'avaient empêchée d'exercer les droits que lui confèrent les alinéas a) et c) de l'article 36 et avaient violé les droits conférés à l'État d'envoi vis-à-vis de ses ressortissants tels que prévus par l'article 36 §1 b). Les États-Unis auraient également violé les droits individuels que l'article 36 §1 a) deuxième phrase et l'alinéa b) confèrent aux personnes détenues⁹. Les États-Unis reconnaissaient la violation de l'alinéa b), mais jugeaient particulièrement mal fondé l'argument selon lequel il y aurait eu violation des alinéas a) et c) de l'article 36 §1, le comportement critiqué étant le même que celui visé par l'allégation de violation de l'alinéa b). Ils répondaient cependant à la prétention allemande sur le plan du fond, non de la compétence. Ils déclaraient en effet que le fait illicite était le même et que les prétentions allemandes étaient particulièrement déplacées et reposaient sur des éléments non susceptibles d'être prouvés¹⁰. L'Allemagne rétorquait que la violation des alinéas a) et c) devait être distinguée de celle de l'alinéa b) et que la Cour devait se prononcer sur les deux violations. Elle se plaçait également sur le plan du fond et non de la compétence ou de la recevabilité¹¹.

La Cour, pourtant, traita cet argument dans le cadre de l'examen de sa compétence. Le fait est donc singulier, mais la justification de sa compétence ne semble pas discutable. Elle déclara en effet que le différend qui opposait les parties sur le point de savoir si les alinéas a) et c) avaient été violés du fait de la violation de l'alinéa b) avait trait à l'interprétation et à l'application de la convention et qu'elle était donc compétente pour en connaître¹².

ii – L'exercice de la protection diplomatique

L'Allemagne n'avait pas bien rédigé sa conclusion en ce qu'elle y affirmait que le défaut d'information en temps utile des LaGrand avait violé son droit d'exercer la protection diplomatique. Cela ne pouvait pas être le cas sauf à confondre les protections consulaire et diplomatique¹³. En effet, le manquement

9. Arrêt, §38, mémoire, §§3.21, 3.47-3.48, 4.15-4.16, 4.176, 7.01, 3.

10. Contre-mémoire, §§68-72, CR 2000/28, §§4.19-4.23.

11. Voir ainsi CR 2000/26, KAUL, §§4, 12-13, CR 2000/27, SIMMA, §5, CR 2000/30, SIMMA, §3.

12. Arrêt, §42.

13. Voir également, mémoire, §6.26, CR 2000/26, M. KAUL, §12.

des États-Unis avait éventuellement pour effet de l'empêcher d'exercer la *protection consulaire* déterminée par la convention, mais pas de l'empêcher d'exercer la *protection diplomatique* dont il constitue, au contraire, une condition d'exercice en tant que fait illicite causant un préjudice à des ressortissants allemands. De même, contrairement à ce qu'elle semblait dire, l'exercice de la protection diplomatique est un droit propre de l'Allemagne¹⁴. En réalité, elle prétendait que l'absence d'information des LaGrand de leur droit de communiquer avec les autorités allemandes violait les droits qui lui étaient conférés en tant qu'État d'envoi vis-à-vis de ses nationaux par l'article 36 §1 *b*) ainsi que les droits individuels conférés aux personnes détenues par l'article 36 §1 *a*) et *b*). Du fait de cette deuxième violation, elle avait subi un préjudice en la personne de ses ressortissants et invoquait ce grief au moyen de la protection diplomatique engagée en leur nom¹⁵. Ainsi, la violation dans le cas des LaGrand de l'article 36 §1 *b*) qui attribue un droit individuel aux Allemands entraînait son droit d'exercer la protection diplomatique en leur nom. Les États-Unis affirmaient, quant à eux, que cette prétention fondée sur le droit général de la protection diplomatique ne relevait pas de la compétence de la Cour en vertu du protocole car elle ne concernait pas l'interprétation ou l'application de la convention¹⁶. Ils distinguaient la compétence en matière conventionnelle et celle relative au droit coutumier, les normes conventionnelles et coutumières ayant une applicabilité différente. Ils soutenaient, en se référant à l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, que la protection diplomatique, fondée sur le droit coutumier, échappe à la compétence de la Cour fondée sur la combinaison de l'article 36 §1 du Statut et du protocole¹⁷.

Il n'est pas certain cependant que la référence pouvait être considérée par la Cour comme pertinente. Celle-ci avait affirmé dans cette affaire l'applicabilité à des faits de normes coutumières « primaires » énoncées également dans des conventions multilatérales. Ici, l'Allemagne ne fondait pas sa requête sur la violation de normes « primaires » du droit coutumier qui auraient pu, dans ce cas, ne pas relever de la convention et donc échapper en vertu du protocole à la compétence de la Cour. Elle prétendait seulement exercer sa protection diplomatique au sujet de la violation par les États-Unis de droits énoncés dans la convention. Ainsi, elle faisait jouer une règle « secondaire » du droit coutumier pour faire valoir des droits tirés, eux, d'une norme « primaire » énoncée dans la convention. En somme, la situation était différente dans les deux affaires. L'Allemagne rétorquait en ce sens que l'application de la convention au sens du protocole englobe les conséquences de la violation des droits que celle-ci reconnaît aux individus, y compris le fait pour l'État d'envoi de faire siennes les demandes y relatives. Selon elle, l'exercice de la protection diplomatique constitue une application de ce que la C.D.I. appelle des règles secondaires du droit international et une

14. V. Affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, 30.8.1924, *Rec. C.P.J.I.*, Série A, n° 2, p. 6, 12 : « En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international » ; Affaire des *Emprunts serbes émis en France*, 12.7.1929, *Rec. C.P.J.I.*, Série A, n° 20/21, p. 5, 17 ; Affaire du *chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, 28.2.1939, *C.P.J.I. série A/B* n° 76, p. 4, 16 ; Affaire *Nottebohm (deuxième phase)*, 6.4.1955 : *C.I.J. Rec.* 1955, p. 4, 24 ; Cass. civ. 1, 14.6.1977, *R.S.F. de Yougoslavie*, *Bull. civ.* 1, n° 277, p. 219.

15. Arrêt, §38 ; mémoire, §§3.22, 3.47-3.48 ; CR 2000/27, SIMMA, §§23-34 et Mémoire, §4.90.

16. Arrêt, §40 ; contre-mémoire, §75. V. aussi CR 2000/28, §§3.10-3.20.

17. Voir CR 2000/28, §§3.16-3.20 ; CR 200/31, §§3.4-3.5. Il semble qu'ils ont été gênés par l'incertitude de la position allemande sur les rapports entre la protection diplomatique et la convention. V. notamment CR 2000/30, §7 (Allemagne) et CR 2000/31, §3.3 (États-Unis).

application de la convention au sens du protocole qui fonde la compétence de la Cour.

Pour la Cour, le différend sur le point de savoir si l'alinéa *b*) crée des droits pour les particuliers et si l'Allemagne avait qualité pour les faire valoir au nom de ses ressortissants avait trait à l'interprétation et à l'application de la convention et entraînait donc dans les prévisions du protocole. Elle rejeta à raison la thèse américaine selon laquelle la demande allemande fondée sur les droits individuels des LaGrand ne relevait pas de sa compétence au motif que la protection diplomatique serait une notion de droit coutumier. Pour elle, cette qualité n'empêche pas qu'un État partie à un traité qui crée des droits pour les individus puisse prendre fait et cause pour l'un de ses ressortissants et mettre en mouvement l'action judiciaire internationale en faveur de ce ressortissant sur la base d'une clause attributive de compétence figurant dans un tel traité. En effet, le protocole pose comme condition à sa compétence l'existence d'un différend entre États parties au sujet de l'interprétation et de l'application de la convention. Il définit donc le différend susceptible de lui être soumis à raison de son seul objet ; il est indifférent au fait que ce différend ait son origine dans la prétention d'un État à la réparation d'un dommage qu'il aurait subi immédiatement ou en la personne de ses ressortissants¹⁸. En d'autres termes, il est indifférent au processus par lequel le différend interétatique qui entre dans son champ d'application s'est constitué¹⁹.

iii – L'existence d'un différend

L'Allemagne n'affirmait expressément l'existence d'un différend ni dans sa requête ni dans sa demande en indication de mesures conservatoires. La Cour, quant à elle, se contenta d'invoquer l'existence de différends entre les deux États au sujet des deux questions qu'on vient de voir pour affirmer sa compétence pour connaître de la première conclusion. Elle ne traita donc pas de la question de savoir s'il existait un différend au fond sur cette conclusion.

Le lecteur sourcilleux de l'arrêt pourra raisonnablement douter de la formation d'un différend sur l'existence d'une violation par les États-Unis de l'article 36 §1, alinéa *b*) vis-à-vis de l'Allemagne. Or, puisque la clause de compétence invoquée exige l'existence d'un différend, il n'est pas sûr que la Cour ait été compétente dans la présente affaire. Pourtant les États-Unis ne semblaient pas contester qu'il existait un différend entre eux et l'Allemagne.

Peut-être était-il possible d'avancer que la Cour était compétente car, s'il n'y avait pas de désaccord sur le caractère illicite des faits litigieux imputés aux États-Unis, il y avait un désaccord sur leurs conséquences. Ainsi, le désaccord sur la quatrième conclusion relative aux conséquences du manquement américain, combiné avec l'accord sur la première conclusion faisait qu'il y avait bien un diffé-

18. Voir le raisonnement de la C.P.J.I. in *Affaire des Concessions Mavrommatis*, *op. cit.*, p. 12 et in *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, *op. cit.*, pp. 17-18.

19. La position des États-Unis était cependant rendue difficile par la rédaction du mémoire allemand. En effet, l'Allemagne fondait la compétence de la Cour pour connaître de sa requête en protection diplomatique sur deux violations commises par les États-Unis : celle de l'article 36 §1 *b*) et celle du traitement minimum des étrangers (mémoire, §4.03 et conclusion, §7.01, (5)). La première rentrait dans le champ de compétence de la Cour, la seconde vraisemblablement pas. Dans ce dernier cas, en effet, la demande allemande, en tant qu'elle constituait une manifestation de l'exercice d'une faculté qui lui est reconnue par une règle coutumière secondaire pour mettre en œuvre la responsabilité des États-Unis pour violation de règles primaires coutumières extérieures à la convention, ne rentrait pas de manière évidente dans le champ d'application du protocole. L'articulation entre les deux violations n'ayant pas été clairement exposée, cela a pu compliquer la défense américaine. Toutefois, ultérieurement, l'Allemagne n'invoquait plus que la violation de l'article 36 (notamment CR 2000/30, SIMMA, II, §7). Dans ce cadre, la position américaine perdait de sa pertinence.

rend entre les deux États qui rentrait dans le champ du Protocole et donc de la compétence de la Cour²⁰. À défaut d'être convaincu de l'existence d'un différend relatif à la première conclusion considérée isolément ou en combinaison avec la quatrième conclusion, le lecteur sceptique pourra peut-être admettre la compétence de la Cour pour une autre raison. En effet, la C.I.J. s'est déjà déclarée valablement saisie d'un différend par une requête unilatérale d'un État postérieure à la formation du différend suivie d'une acceptation de sa compétence par le défendeur. Elle avait déclaré que c'est le consentement des parties qui lui confère juridiction et que ni son Statut ni son règlement n'exigent que ce consentement s'exprime dans une forme déterminée²¹. En outre, il semble qu'elle puisse inférer de l'absence d'objection par une partie sur la validité d'une base de compétence au cours de la procédure un consentement à celle-ci qui fonde sa juridiction²². Or, dans notre affaire, il y avait un accord exprès des États-Unis sur la compétence de la Cour pour connaître de la question de la violation de l'article 36 §1 b) et aucune contestation formelle sous forme d'exceptions préliminaires de cette compétence s'agissant des autres conclusions. La Cour pouvait donc être considérée comme compétente pour connaître de cette conclusion.

b) *Recevabilité de la première conclusion*

Les États-Unis soutenaient que cette conclusion, en ce qu'elle concernait le droit d'exercer la protection diplomatique était irrecevable parce que les LaGrand n'avaient pas épuisé les voies de recours internes²³. Le manquement à l'obligation d'information aurait pu être réparé au stade du procès si la question avait été soulevée en temps opportun et le fait qu'elle ne l'ait pas été n'excusait pas le non-épuisement²⁴. L'Allemagne répondait que le droit international n'exige que l'épuisement des voies qu'il est juridiquement et matériellement possible de mettre en œuvre. En l'occurrence, il n'existait aucun recours que les LaGrand

20. Pour une justification voisine, M.K. ADDO, « Interim Measures of Protection for Rights under the Vienna Convention on Consular Relations », 10 *E.J.I.L.* 1999, pp. 713-732, 715 pour qui les questions soulevées par l'Allemagne peuvent être regroupées sous le problème général des conséquences de la violation de la convention.

21. Affaire du *Détroit de Corfou*, Arrêt sur l'exception préliminaire : *Rec.* 1948, p. 15, 27.

22. Voir Affaire relative à l'*Usine de Chorzów (Demande en indemnité) (fond)*, 13.9.1928, *Rec. C.P.J.I.*, Série A, n° 17, p. 4, 36-38. La Pologne avait formé une demande reconventionnelle sans fonder la compétence de la Cour pour en connaître sur une base quelconque. L'Allemagne constata ce silence, invoqua même une base de compétence concevable, le traité général d'arbitrage de Locarno, puis déclara qu'elle ne voulait de toute façon pas contester la compétence de la Cour et que « ce point [pouvait] rester indécis puisque le Gouvernement allemand [acceptait] la juridiction de la Cour pour la question soulevée par le Contre-Mémoire ». La Cour constata que le Gouvernement polonais ne s'était pas prononcé ultérieurement sur la question de sa compétence et déclara ne pas savoir en conséquence s'il acceptait la thèse allemande selon laquelle cette compétence aurait pu être déduite de la convention de Locarno ou s'il revendiquait la compétence en vertu d'un autre titre. Elle observa qu'en tout cas, la Pologne n'avait pas retiré sa demande et donc désirait que la Cour statue sur la conclusion en question et que l'Allemagne paraissait avant tout désireuse que la Cour statue sur la demande. Ainsi, pour la Cour, « Il y a donc accord entre les parties pour soumettre à la décision de la Cour la question soulevée par ladite conclusion ». Se référant à son arrêt n° 12 dans lequel elle avait affirmé que l'art. 36 du Statut consacre le principe suivant lequel sa juridiction dépend de la volonté des Parties, elle conclut qu'elle était donc toujours compétente du moment où celles-ci acceptaient sa juridiction, car il n'y a aucun différend que les États admis à ester devant elle ne puissent lui soumettre, sauf dans les cas exceptionnels où le différend serait de la compétence exclusive d'un autre organe. Certes, la Cour ayant fondé sa compétence sur d'autres motifs, il n'est pas aisé de savoir si le premier aurait suffi à ses yeux. Il nous semble que tel fut pourtant le cas, les autres motifs semblant présentés à titre supplémentaire pour asseoir sa décision et non à titre nécessaire. V. en ce sens *Droits de minorités en Haute-Silésie (Écoles minoritaires)*, 26.4.1928, *Rec. C.P.J.I.*, Série A n° 15, p. 4, 22 ss.

23. CR 2000/28, §3.3.

24. Arrêt, §58, CR 2000/28, §3.24.

pouvaient invoquer et qu'ils auraient négligé d'exercer²⁵. En effet, selon elle, avant 1992, ils ne pouvaient exercer de recours, l'absence d'information les laissant dans l'ignorance de leurs droits. Ensuite, la règle de la carence procédurale les avait empêchés d'exercer tout recours²⁶.

La Cour observa que les LaGrand avaient cherché à se prévaloir de la convention après avoir été informés du droit qu'ils tenaient de celle-ci et que la règle de la carence procédurale avait fait qu'ils n'avaient pu obtenir qu'il soit remédié à la violation de ce droit. Elle déclara que les États-Unis ne pouvaient se prévaloir du fait que les avocats n'avaient pas soulevé la question en temps voulu pour faire obstacle à la recevabilité de la conclusion de l'Allemagne puisqu'ils avaient eux-mêmes failli à l'exécution de leur obligation d'informer les frères²⁷.

La motivation peut surprendre. Il aurait peut-être été plus opportun que la Cour applique la jurisprudence traditionnelle relative aux recours dont l'épuisement préalable est requis aux fins d'exercice de la protection diplomatique. Celle-ci exige que les recours dont il s'agit soient aptes à remédier à la situation ou au fait incriminés, accessibles et effectifs²⁸. Car, en affirmant ainsi l'illicéité du comportement des États-Unis qui fait l'objet du litige, elle préjugait du fond alors qu'elle semblait vouloir traiter les questions de compétence et de recevabilité avant d'étudier le différend au fond. Certes, les objections des États-Unis ne constituaient pas à proprement parler des exceptions préliminaires et la Cour pouvait les joindre au fond pour les examiner dans un seul arrêt et ensemble. Elle semblait cependant vouloir distinguer ces aspects dans cet arrêt, distinction qu'elle ignore ici. Peut-être était-il donc possible pour elle d'observer que l'ignorance par les LaGrand de leurs droits en temps utile et l'application de la doctrine de la carence procédurale rendaient les recours internes invoqués par les États-Unis non accessibles ou non effectifs. De la sorte, elle évitait de juger la licéité du comportement des autorités américaines avant d'aborder le fond.

2. Effet direct et pluralité des droits énoncés à l'article 36, paragraphe 1

Les deux États étaient d'accord sur le fait que les États-Unis avaient violé l'obligation énoncée à l'article 36 §1 al. b) d'informer sans retard un ressortissant de l'État d'envoi de ses droits aux termes de cet alinéa²⁹. En revanche, les

25. Mémoire, §§3.22, 5.17, 5.18, 7.01 8 ; CR 2000/26, I, §10 ; CR 2000/27, VIII, §6.

26. Arrêt, §59 ; CR 2000/30, II, §§8-9.

27. Arrêt, §60.

28. V., ainsi, *The Ambatielos Claim*, 6.3.1956, R.S.A. vol. XII, p. 87, 119 : « *In order to contend successfully that international proceedings are inadmissible, the defendant State must prove the existence, in its system of internal law, of remedies which have not been used. [...] the existence of remedies which are obviously ineffective is held not to be sufficient to justify the application of the rule. Remedies which could not rectify the situation cannot be relied upon by the defendant State as precluding an international action* » ; *Mexican Union Railway (Limited) (Great Britain) v. United Mexican States*, Aff. n° 21, février 1930, R.S.A., vol. V, p. 115, 123 ; *Sixième rapport sur la responsabilité des États*, Roberto AGO, rapporteur spécial : « *Le fait internationalement illicite de l'État source de responsabilité internationale (suite*)*, A/CN.4/302 et Add.1 à 3, A.C.D.I. 1977, vol. II, 1^e partie, §§95 et 106 ss. qui mentionne la condition que les recours soient « effectifs » et « efficaces ». V. aussi dans le cadre d'un autre type de recours, notamment, *Velásquez Rodríguez Case*, Judgment of July 29, 1988. Inter-Am Ct H.R., (Ser. C) No. 4 : « 63. Article 46 (1) (a) of the Convention speaks of "generally recognized principles of international law." Those principles refer not only to the formal existence of such remedies, but also to their adequacy and effectiveness, as shown by the exceptions set out in Article 46 (2). 64. Adequate domestic remedies are those which are suitable to address an infringement of a legal right. (...). 66. A remedy must also be effective – that is, capable of producing the result for which it was designed » ; Comité des droits de l'homme *Guillermo Ignacio Dermitt Barbato et al. v. Uruguay*, Communication No. 84/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 112 (1990), 21.10.1982, §9.4 ; *Airey*, 9.10.1979, C.E.D.H. série A n° 32, §19.

29. Arrêt, §§66-67.

États-Unis contestaient l'affirmation de l'Allemagne selon laquelle ils avaient également violé les alinéas *a)* et *c)* du même article.

La Cour décida dans le dispositif de son arrêt qu'en n'informant pas sans retard les LaGrand des droits qui étaient les leurs en vertu de l'alinéa *b)* de l'article 36 §1 et en privant ainsi l'Allemagne de la possibilité de fournir aux intéressés, en temps opportun, l'assistance prévue par la convention, les États-Unis avaient violé les obligations dont ils étaient tenus envers cet État et les frères LaGrand en vertu de l'article 36 §1. Pour motiver cette conclusion, elle traita séparément de la prétention présentée par l'Allemagne en son nom propre et de celle selon laquelle la violation de l'article 36 constituait également une violation des droits individuels des LaGrand pour laquelle elle demandait une condamnation des États-Unis au titre de la protection diplomatique.

a) Concernant la conclusion présentée par l'Allemagne en son nom propre

La Cour constata que les États-Unis ne niaient pas avoir violé à l'encontre de l'Allemagne l'article 36 §1 *b)*. Observant ensuite que par suite de cette violation cette dernière n'apprit qu'en 1992 la détention, le jugement et la condamnation des frères, elle conclut qu'« au vu des faits de l'espèce », le manquement des États-Unis avait eu pour effet d'interdire à l'Allemagne d'exercer les droits que lui confèrent les alinéas *a)* et *c)* de l'article 36 §1, dispositions qui ont donc été violées³⁰.

La manière dont la Cour motiva cette affirmation peut surprendre. En effet, après avoir déclaré que la violation de l'alinéa *b)* « n'entraîne pas toujours nécessairement » la violation des autres dispositions de l'article 36 et précisé qu'il y avait eu un tel entraînement en l'espèce, elle avança un raisonnement abstrait en précisant ne pas avoir à se demander qu'elle aurait été en l'espèce l'attitude des LaGrand et des fonctionnaires consulaires allemands. Selon la Cour, l'article 36 §1 institue un régime composé d'éléments interdépendants conçu pour faciliter la mise en œuvre du système de protection consulaire. Le principe de base est énoncé à l'alinéa *a)* : le droit de communication et d'accès. L'alinéa *b)*, quant à lui, détermine les modalités de la notification consulaire. L'alinéa *c)*, enfin, énonce les mesures d'assistance que peuvent prendre les fonctionnaires consulaires. Ainsi, et la Cour semble estimer que cela est *nécessaire* contrairement à ce qu'elle avait affirmé antérieurement, quand l'État d'envoi ne connaît pas la détention d'un de ses ressortissants parce que l'État de résidence n'a pas effectué sans retard la notification requise, et la Cour de préciser que c'était la situation entre 1982 et 1992 confondant ainsi l'information donnée au consulat par les frères et la notification par l'État de résidence, le premier ne peut en pratique exercer utilement les droits que lui confère l'article 36. Finalement, pour juger en l'espèce, il suffisait selon elle de constater que la convention conférait ces droits et que l'Allemagne et les LaGrand avaient été empêchés de s'en prévaloir, eussent-ils souhaité le faire, en raison du manquement des États-Unis. Constatant la violation de l'article 36, la Cour déclara inutile de répondre à l'allégation de violation de l'article 5 et de déterminer les conséquences, pourtant longuement développées par les parties, qui auraient pu découler du respect de l'obligation de notification.

La Cour donna ainsi gain de cause à l'argumentation allemande. En effet, l'Allemagne prétendait que la violation de l'alinéa *b)* de l'article 36 §1 avait « entraîné par voie de conséquence » celle des alinéas *a)* et *c)* du même article

30. Arrêt, §73.

qui garantissent au consulat de l'État d'envoi la liberté de communiquer avec ses nationaux détenus et à ces derniers la liberté de communiquer avec le consulat et d'avoir accès à ce dernier³¹. Selon elle, il découlerait de la violation de l'alinéa *b*) que les autres droits énoncés à l'article 36 §1 perdent toute pertinence voire signification en pratique. Il s'en serait suivi qu'en n'empêchant pas l'exécution des *LaGrand* et en rendant irréversibles leurs violations antérieures de l'article 5 et des paragraphes 1 et 2 de l'article 36, les États-Unis auraient violé leurs obligations.

Ces derniers répondaient que l'Allemagne se plaignait d'un unique comportement, l'absence d'information conforme à l'article 36 §1 *b*). Ils contestaient en conséquence tout autre fondement aux demandes allemandes selon lesquelles d'autres dispositions de la convention auraient aussi été violées. En particulier, l'allégation de violation des alinéas *a*) et *c*) du même article serait particulièrement mal fondée puisque les *LaGrand* avaient pu communiquer librement avec les fonctionnaires consulaires après 1992 et l'avaient fait. L'Allemagne n'avait donc pas été privée de son droit de fournir son assistance consulaire en vertu des articles 5 et 36. En conséquence, la tentative de celle-ci de transformer la violation d'une obligation en une violation additionnelle d'une obligation distincte devait être rejetée.

L'Allemagne rétorquait qu'il est courant qu'un comportement se traduise par plusieurs manquements à des obligations différentes. Si l'affirmation de principe est exacte, son application à notre affaire le semble moins. Selon l'Allemagne, quand le droit à notification sans retard d'un détenu est violé, celui-ci ne peut communiquer avec le consulat ni recevoir la visite des fonctionnaires consulaires ou être assisté par un avocat compétent. Il s'ensuit que la violation de ce droit implique nécessairement la violation des autres droits et que le respect ultérieur des alinéas *a*) et *c*) ne pouvait remédier au fait que ces dispositions avaient été antérieurement violées. Autrement dit, l'Allemagne distinguait deux phases pour la violation des alinéas *a*) et *c*) : une phase pendant laquelle les États-Unis auraient définitivement violé ces droits, puis une autre phase qui n'aurait pas permis d'effacer ce fait illicite antérieur définitivement accompli. Or, il n'est fait mention nulle part dans la Convention d'une quelconque condition de temps à l'exercice des droits énoncés aux alinéas *a*) et *c*). Seul l'alinéa *b*) est justiciable de l'analyse allemande. En effet, une information tardive est contraire à l'alinéa *b*) en sorte qu'au-delà de ce délai, l'absence d'information constitue un fait illicite définitivement accompli. Rien, cependant, dans la convention n'indique qu'une communication « tardive » entre les fonctionnaires consulaires et le ressortissant étranger est elle-même contraire à la convention. En conséquence, ainsi que l'affirmaient les États-Unis, les droits de l'Allemagne de communiquer avec ses nationaux et de les assister n'ont pas fait l'objet de violations autonomes³². S'il y a eu un rapport entre la violation du droit individuel énoncé à l'alinéa *b*) et l'absence d'exercice pendant un certain temps des droits énoncés aux alinéas *a*) et *c*), ce n'était pas celui d'un cumul de faits illicites. Il y a eu un seul fait illicite, le non-respect de la prescription de l'alinéa *b*) ; les conséquences de ce fait illicite sur l'exercice des autres droits énoncés à l'article 36 ne sont qu'un dommage, c'est-à-dire un préjudice juridique invocable par l'Allemagne car causé par la commission du fait illicite. Il ne

31. Mémoire, §§4.01, 4.15.

32. Contre-mémoire, §§68-72 ; CR 2000/29, §5.6. En ce sens, C. SANTULLI, « Une administration internationale de la justice nationale ? À propos des affaires *Breard* et *LaGrand* », *A.F.D.I.* 1999, pp. 101-131, 103.

semble donc pas s'agir, comme l'affirmaient l'Allemagne et la Cour, de nouveaux faits illicites distincts du premier à raison de la distinction des normes prétendument violées.

b) Concernant la violation des droits individuels des LaGrand.

S'agissant de la deuxième partie de la conclusion, l'Allemagne prétendait que le droit d'être informé au moment de son arrestation des droits conférés par l'alinéa *b)* de l'article 36 §1 est un droit qui appartient à tout ressortissant d'un État partie quand il entre sur le territoire d'un autre État partie. Elle qualifiait le droit de se mettre en rapport avec le consulat et le droit d'être informé de ce droit comme des droits de la personne humaine reconnus aux étrangers. Les États-Unis répondaient que ce sont les États et non les individus qui sont titulaires des droits reconnus par la convention en matière de notification consulaire même si les individus peuvent en bénéficier du fait que les États peuvent leur offrir une assistance consulaire. Ces droits seraient liés à ceux de l'État et ne constitueraient ni des droits fondamentaux ni des droits de l'homme ni, encore, des droits intransgressibles de l'individu par opposition à des droits individuels dérivés des droits des États.

La Cour estima que la clarté des dispositions des alinéas *a)*, *b)* et *c)*, lues dans leur contexte, ne laissait pas à désirer et que celles-ci devaient donc être appliquées telles qu'elles sont. L'affirmation n'est peut-être pas très heureuse. D'une part, elle fait peu de cas des longs débats tenus par les parties. D'autre part, et à propos de dispositions qui ne semblent pas être évidemment claires puisqu'elles énoncent plusieurs droits dont les destinataires ne sont pas identiques, la Cour repoussa à plus tard l'énoncé d'une véritable méthodologie permettant de déterminer si une règle internationale est d'effet direct ou non. Car il semble, contrairement à ce que déclaraient la Cour et l'Allemagne, que les individus ne se voient accorder que deux droits par l'article 36, celui d'être informés sans retard des droits dont ils bénéficient au titre de l'article 36 §1 *b)* et celui de communiquer avec les autorités consulaires. Or, seul le premier a été violé. En effet, ainsi que l'affirmaient les États-Unis, il y avait bien eu communication entre les LaGrand et les autorités allemandes. Les analyses de l'Allemagne et de la Cour selon lesquelles y avait eu une violation du droit des frères de communiquer avec les officiers consulaires distincte de la violation de l'obligation des États-Unis d'informer ces derniers de leurs droits ne sont pas convaincantes³³.

Après avoir déclaré que l'examen de son libellé devait conduire à la conclusion que l'article 36 §1 crée des droits individuels qui peuvent être invoqués devant elle par l'État d'envoi en vertu du protocole, affirmation qui relève de l'examen de sa compétence et non du fond, la Cour affirma, de manière catégorique et sans démonstration, qu'en l'espèce, ces droits avaient été violés. Prudemment, ensuite, elle déclara que cette conclusion la dispensait d'examiner l'argumentation de l'Allemagne relative à la qualification de droits de l'homme de ces droits. Ainsi, elle évita de se prononcer sur la question de savoir si une telle qualification a une pertinence légale. Il n'est toutefois pas facile de mesurer la portée de cette position. Peut-être la Cour estima-t-elle seulement que le traitement de cette question était « en l'espèce » surabondant, se réservant ainsi la faculté de revenir sur cette question et signifiant donc que cette qualification pourrait être pertinente dans d'autres espèces.

33. V. contre-mémoire américain, §§68-72.

B. *La violation de l'article 36, paragraphe 2*

Dans sa deuxième conclusion, l'Allemagne priait la Cour de dire et juger qu'en appliquant des règles de droit interne, notamment la doctrine dite de la « carence procédurale », qui avaient empêché les frères LaGrand de faire valoir leurs réclamations au titre de la Convention de Vienne, et en exécutant ceux-ci, les États-Unis avaient violé l'obligation dont ils étaient tenus à son égard en vertu de l'article 36 §2 de permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles sont prévus les droits énoncés à cet article. À nouveau, la Cour traita d'abord de sa compétence et de la recevabilité de la conclusion (1), avant de trancher le désaccord au prix d'une interprétation particulièrement extensive (2).

1. *Compétence de la Cour et recevabilité de la conclusion*

La Cour ne chercha pas à démontrer sa compétence pour connaître de cette conclusion. Elle se contenta de mentionner le fait que les États-Unis ne contestaient pas celle-ci.

Ces derniers, cependant, contestaient la recevabilité de la conclusion. Selon eux, les arguments développés par l'Allemagne particulièrement sur cette question consistaient à demander à la Cour d'examiner et réparer de prétendues violations du droit des États-Unis et d'erreurs qui auraient été commises par leurs juges. Ainsi la Cour aurait-elle été appelée à jouer le rôle d'une juridiction statuant en dernier degré d'appel sur des questions pénales soumises aux tribunaux internes, ce qu'elle n'est pas habilitée à faire³⁴. L'Allemagne répondait qu'elle prétendait seulement faire apprécier l'illicéité internationale de la conduite des États-Unis et faire tirer de cette illicéité certaines conséquences juridiques prévues par le droit international de la responsabilité des États. Ces opérations relevant de l'office de la Cour, sa conclusion était recevable³⁵.

La Cour estima que l'Allemagne se contentait, par cette deuxième conclusion, de lui demander d'interpréter la portée de l'article 36 §2 de la convention et d'appliquer les règles du droit international aux questions en litige. Or, cette fonction est expressément prévue par l'article 38 du Statut et ne fait pas d'elle une juridiction statuant en appel sur des questions pénales soumises aux tribunaux internes³⁶.

Cela était assurément le cas pour la plupart des arguments développés par l'Allemagne. Cependant, celle-ci demandait également une appréciation de certains faits au regard du droit américain³⁷. Il faut en effet distinguer les deux qualités que peut présenter un fait « interne » que sont sa licéité ou illicéité interne et sa licéité ou illicéité internationale³⁸. Il est donc nécessaire de distinguer les opérations juridiques qui permettent d'établir l'une ou l'autre de ces

34. Arrêt, §50 ; contre-mémoire, §§51-54.

35. Arrêt, §51 ; Mémoire, §1.10 ; CR 200/26, III, §20 ; CR 2000/30, §2.

36. Arrêt, §52.

37. Ainsi du non-respect par les tribunaux américains de la règle interne selon laquelle l'article 36 §1 accorde un droit individuel ou de leur appréciation de la représentation des frères LaGrand devant eux.

38. V. *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, arrêt, 20.7.1989, C.I.J. Rec. 1989, p. 15, 50-51 : « la mention de la conformité aux « lois et règlements applicables » ne saurait signifier que, si un acte est conforme aux lois et règlements nationaux, il est par là même exclu qu'il puisse s'agir d'un acte violant le traité de 1948 (...). La conformité d'un acte au droit interne et sa conformité aux dispositions d'un traité sont des questions différentes ». Déjà, *Lotus*, 7.9.1927, Rec. C.P.J.I., Série A, n° 10, p. 4, 24.

qualités³⁹, la qualification d'un fait d'internationalement illicite étant indifférente à la manière dont il est qualifié en application du droit interne. Ainsi, la Cour pouvait-elle estimer à raison accomplir son office en répondant à la conclusion allemande. Peut-être, cependant, aurait-elle pu préciser que certains arguments lui demandaient d'étendre son office au-delà de ce que fixe son Statut.

Peut-être, également, mais pour d'autres raisons qu'il convient de voir à présent, aurait-elle dû juger autrement en l'espèce.

2. *Le caractère illicite de l'application de la règle de la carence procédurale*

La Cour décida dans le dispositif de l'arrêt qu'en ne permettant pas, à la lumière des droits reconnus par la convention, le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité des LaGrand et de leurs peines, une fois constatées les violations des droits des frères et de l'Allemagne, les États-Unis avaient violé l'obligation dont ils étaient tenus envers ceux-là et celle-ci en vertu de l'article 36 §2. Il faut s'interroger sur la signification de cette appréciation (a), pour mesurer sa portée sur la mise en œuvre du droit international en droit interne (b).

a) *Signification de l'appréciation de la Cour*

Selon l'Allemagne, en vertu de l'article 36 §2, les États-Unis devaient faire en sorte que leurs lois et règlements permettent la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés par l'article 36. Or, ils avaient violé cette obligation en appliquant des règles internes, notamment la règle de la carence procédurale, qui rendent impossible l'invocation d'un moyen tiré de la violation du droit à la notification consulaire dans une procédure consécutive à la condamnation d'un accusé ou d'un prévenu⁴⁰. Elle déclarait que ce qui était en question était la manière dont la règle de la carence procédurale avait été appliquée qui a eu pour effet de priver les LaGrand de la possibilité de soulever, dans le cadre de procédures pénales devant les juridictions des États-Unis, les moyens tirés de la violation de leur droit d'informer leur consulat et de l'absence de notification au consulat après avoir eu connaissance de leurs droits et contacté le consulat.

Les États-Unis déclaraient quant à eux que la prétention de l'Allemagne allait bien au-delà du texte de la convention, de l'intention des parties à celle-ci et de la pratique étatique, notamment allemande. Selon eux, la convention ne prescrit pas aux États parties d'instituer un recours interne permettant aux indi-

39. Dans ce sens, *Shufeldt (États-Unis / Guatemala)*, July 24, 1930, R.S.A., vol. II, p. 1077, 1098 : « *The Guatemala Government contend further that the decree of the 22nd May 1928 was the constitutional act of a sovereign State exercised by the National Asssembly in due form according to the Constitution of the Republic and that such decree has the form and power of law and is not subject to review by any judicial authority. This may be quite true from a national point of view but not from an international point of view, for "it is a settled principle of international law that a sovereign can not be permitted to set up one of his own municipal laws as a bar to a claim by a sovereign for a wrong done to the latter's subject"* ». De même *Troisième rapport sur la responsabilité des États, Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, Roberto AGO, rapporteur spécial, doc. A/CN.4/246 et Add. 1 à 3, A.C.D.I. 1971, vol. II (1^e partie), §§86 et 87 où il est fait mention de « la pleine autonomie de l'opération juridique de l'attribution d'un fait à l'État, qui intervient en vertu du droit international », du « manque de pertinence pour le droit international des conclusions auxquelles on peut arriver sur la base du droit interne » et de « l'indépendance respective du droit international et du droit interne quant aux conclusions des deux systèmes à propos de la qualification d'un même fait ou d'une même situation » ; *Premier rapport sur la responsabilité des États*, par M. James CRAWFORD, Rapporteur spécial, Additif, C.D.I., doc. A/CN.4/490/Add.4, 26.5.1998, §141.

40. Mémoire, §§4.02, 4.17. Cependant, §4.18, l'application de la doctrine n'est pas qualifiée expressément de violation de l'art. 36§2 ; §4.24, c'est l'ensemble du droit interne qui est visé.

vidus d'invoquer dans des procédures pénales des griefs fondés sur la convention. Elle n'exige pas non plus une invalidation des jugements édictés à l'issue d'une procédure irrégulière au regard de ses prescriptions⁴¹. En l'absence d'une telle obligation, le fait pour leur droit interne d'exiger de faire valoir ces griefs devant la première juridiction pouvant en connaître ne peut constituer une violation de la convention⁴². Ils soutenaient que, dans le cas d'un ressortissant étranger détenu, les lois et règlements applicables visés à l'article 36 §2 sont ceux qui peuvent avoir une incidence sur l'exercice des droits expressément reconnus au paragraphe 1 du même article. Rien n'indique dans le texte du paragraphe 2 que les règles de droit pénal et de procédure pénale en vertu desquelles un accusé serait jugé ou ferait réexaminer par les juridictions d'appel la déclaration de culpabilité et la peine prononcées à son encontre entrent dans son champ d'application. En somme, la deuxième conclusion allemande devait être rejetée parce qu'elle était fondée sur une interprétation inexacte de l'article 36 §2 qui faisait abstraction de son contexte, c'est-à-dire l'exercice d'un droit en application du paragraphe 1.

La Cour rejeta l'argument des États-Unis en se fondant sur le fait que l'article 36 §1 crée des droits au profit des particuliers. En conséquence, les droits visés au paragraphe 2 doivent être considérés comme étant non seulement ceux de l'État d'envoi, mais également ceux des individus détenus. Elle précisa, ensuite, que la règle de la carence procédurale ne violait pas en elle-même la convention. Le problème se pose quand cette règle ne permet pas à un détenu de contester sa condamnation et sa peine en prétendant sur la base de l'article 36 §1 que les autorités nationales auraient manqué à leur obligation d'informer sans retard les autorités consulaires compétentes, l'empêchant ainsi de solliciter et obtenir l'assistance consulaire de son État. En l'espèce, si l'Allemagne a « finalement » pu pourvoir à la représentation des LaGrand en justice, « à l'époque », en raison du manquement des autorités américaines à l'article 36 §1 al. b), la règle de la carence procédurale avait empêché les avocats des frères de contester efficacement leurs condamnations et peines sur la base de la convention. Ainsi, cette règle avait empêché les tribunaux américains « d'attacher des conséquences juridiques » au fait que la violation des droits énoncés à l'article 36 §1 n'avait pas permis à l'Allemagne d'assurer en temps opportun aux LaGrand le concours d'avocats privés et de les assister, ainsi que le prévoit la convention. Cette règle avait donc eu pour effet d'empêcher la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés par l'article 36 et avait donc violé l'article 36 §2⁴³. Le raisonnement nous semble lacunaire et ne nous convainc pas.

Le raisonnement, d'abord, nous semble lacunaire. D'une part, la Cour ne déterminait pas les « conséquences juridiques » à attacher à la violation de l'article 36 §1 b). Plus particulièrement, on ne sait pas si elle estime que le juge étatique doit pouvoir attacher à cette violation des conséquences internes ou internationales. Or, dans les deux cas, l'affirmation peut soulever des problèmes. Ainsi, la convention ne mentionne aucune obligation d'attacher à la violation de l'article 36 §1 des conséquences internes. S'agissant des conséquences internationales, la seule qui semble envisageable est la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État. On voit mal cependant comment celle-ci peut avoir lieu devant le juge étatique, qui plus est, celui de l'État auquel on impute le fait internationa-

41. V. contre-mémoire, §§76 ss.

42. Arrêt, §85 ; contre-mémoire, §77.

43. Arrêt, §91.

lement illicite. D'autre part, la Cour ne précisa pas non plus à partir de quel moment l'exercice par l'État d'envoi de ses prérogatives ne suffit pas pour que la convention soit respectée. Il convient de rappeler à ce titre que la Cour alla au-delà du texte conventionnel en exigeant que l'assistance soit accordée dans un certain délai.

Le raisonnement, surtout, ne nous convainc pas. La solution à la controverse dépendait notamment de la qualification des droits énoncés à l'article 36 §1 comme droits individuels ou non. Si la Cour avait estimé qu'il n'y avait pas de droits individuels, elle n'aurait certainement pas considéré comme exigée l'institution de voies internes d'invalidation. La conclusion allemande ne pouvait être tenue pour fondée que dans l'autre hypothèse. Il fallait cependant pour cela que la convention institue comme conséquence de la violation de l'article 36 §1 l'invalidation par une autorité interne des actes internes pris en méconnaissance des obligations qu'il énonce. Or, ni l'article 36 §2 ni aucun autre article de la convention ne prescrit une telle invalidation. On voit mal, dans ce cas, en quoi l'application de la doctrine de la carence procédurale avait violé l'obligation d'information sans retard, seule règle [d'effet direct] violée en l'espèce. Ainsi que l'écrivit le juge Koroma, la violation de l'obligation constatée en l'espèce n'était causée ni par la règle de la carence procédurale ni par son application. Ce n'est pas en raison de cette règle que les LaGrand ne furent pas informés en temps utile de leur droits à la protection consulaire ou à une assistance. À raison, il écrivit que ni la règle ni son application ne pouvaient être considérées comme ayant violé l'article 36 §2 en ce que ce n'est pas cette règle qui empêcha qu'un plein effet soit donné à leurs droits en vertu du paragraphe 1⁴⁴. En tout état de cause, si, même, on veut bien accepter l'affirmation de la Cour selon laquelle l'article 36 §1 b) conférerait plusieurs droits aux LaGrand, il semble que la violation de l'obligation d'appliquer la convention selon un droit interne compatible ne peut être constituée qu'à l'issue de la procédure interne. En conséquence, au lieu de qualifier de fait illicite autonome l'application de la doctrine de la carence procédurale ainsi que le faisait également l'Allemagne⁴⁵, il aurait peut-être été préférable de déclarer que cette application ne faisait que clore la commission d'un fait illicite complexe ou rendre les recours fédéraux non accessibles ou effectifs au sens requis par la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

Le problème essentiel, toutefois, est que, ainsi que l'affirmaient les États-Unis, quel que soit l'effet – direct ou non – des droits énoncés à l'article 36 §1, la convention ne prescrit pas expressément l'institution en droit interne de voies de contestation des jugements édictés à l'issue d'une procédure non conforme à cette disposition⁴⁶. Or il semble que l'interprétation de l'article 36 §2 avancée par l'Allemagne et retenue par la Cour conduisit cette dernière à estimer que cette disposition exige des États qu'ils instituent dans leur ordre interne des voies de recours contre les jugements internes pris à l'issue d'une procédure qui ne respecterait pas les prescriptions de la convention.

44. Opinion séparée, §5.

45. V. notamment mémoire, §§4.02, 4.17 ss. Pourtant, §4.85, elle semblait affirmer que les deux exécutions constituaient l'achèvement de faits illicites continus bien qu'elle distinguât les violations des paragraphes 1 et 2 de l'article 36 : « *The United States did not prevent the execution of Karl and Walter Lagrand irrespective of German demands. By thus making irreversible its earlier breaches of Art. 5 and 36 (1) and (2) and causing irreparable harm, the United States violated its obligations under international law* ».

46. Contre-mémoire, spécialement, §§95 ss.

b) *Portée du jugement sur la mise en œuvre du droit international en droit interne*

Il ne paraît pas aberrant de penser que la décision de la Cour contient en germe des répercussions sur un pan important et jusque là bien établi du droit des traités. Il semble en effet que la règle énoncée à l'article 36 §2 ne soit pas vraiment plus exigeante que la règle de droit international coutumier applicable à tous les traités internationaux qui énonce que ceux-ci doivent être exécutés de bonne foi par les parties. Cette obligation constitue une manifestation du principe *Pacta sunt servanda* selon lequel tout traité en vigueur lie les parties à celui-ci. La Cour, ainsi, ne semble pas avoir accordé de signification particulière à l'expression de l'article 36 §2 selon laquelle les normes internes « doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés » en vertu de l'article 36. Il est donc difficile d'affirmer qu'elle a estimé que l'exigence de voies de recours internes est due à cette formulation plus rigoureuse que celle de la règle coutumière ou si elle découle de cette dernière. On ne constate pas, en effet, dans son raisonnement, de lien exprès entre l'exigence de voies de recours et la formule de l'article 36 §2 bien que l'Allemagne ait insisté sur la signification particulière de cette formule⁴⁷. Si un tel lien n'existe pas, il faut estimer que l'arrêt peut avoir une portée sur la mise en œuvre de tous les traités internationaux. Si un tel lien existe pour la Cour, seuls les traités comprenant une règle ainsi formulée commandent un mécanisme de recours interne. Il faut cependant rappeler que la Cour a interprété la règle *Pacta sunt servanda* dans un sens qui la rapproche de la règle formulée à l'article 36 §2. En effet, dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, elle déclara :

« Ce que la règle *pacta sunt servanda*, telle que reflétée à l'article 26 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, exige en l'espèce des Parties, c'est de trouver d'un commun accord une solution dans le cadre de coopération que prévoit le traité. L'article 26 associe deux éléments qui sont d'égale importance. Il dispose que "Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi". De l'avis de la Cour, ce dernier élément implique qu'au cas particulier c'est le *but* du traité, et l'intention dans laquelle les parties ont conclu celui-ci, qui doivent prévaloir sur son application littérale. Le principe de bonne foi oblige les parties à l'appliquer de façon raisonnable et *de telle sorte que son but puisse être atteint* »⁴⁸.

Or, il n'existe pas de règle coutumière générale qui permet d'inférer précisément et expressément du principe *Pacta sunt servanda* qu'un État partie à un traité doit instituer des voies internes de réformation ou d'invalidation des jugements internes rendus en violation d'une prescription internationale⁴⁹. De même, il n'existe pas de règle coutumière générale qui condamne l'application de normes procédurales internes en matière de contestation des décisions juridictionnelles qui peuvent le cas échéant avoir pour effet d'empêcher un particulier de se prévaloir d'une disposition conventionnelle d'effet direct. On pense notamment aux règles internes communément admises qui édictent un délai au-delà

47. V. notamment Mémoire, §§4.18 ss.

48. Affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25.9.1997, C.I.J. Rec. 1997, p. 7, §142 (c'est nous qui soulignons).

49. Ainsi, même la Cour européenne des droits de l'homme estime que l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne prescrit pas l'institution de voies d'appel ou de cassation. V. *Delcourt c. Belgique*, 17.1.1970, C.E.D.H. série A n° 11, §25.

duquel la contestation d'actes juridictionnels est irrecevable⁵⁰ ou à celles en vertu desquelles un moyen tardif ou non soulevé lors d'une instance devant une juridiction inférieure est irrecevable. On notera sur ce dernier point que la Cour européenne des droits de l'homme fut bien plus prudente que la C.I.J. en invoquant « l'ensemble des circonstances de la cause » pour affirmer que l'application par la Cour constitutionnelle tchèque d'une règle exigeant un épuisement de toutes les voies de recours pour pouvoir former un recours devant elle était contraire à l'article 6 §1 de la convention⁵¹. Certes, on devine que la Cour était préoccupée par la question morale de savoir s'il fallait laisser non sanctionnée l'exécution d'une peine capitale prononcée à l'issue d'une procédure contraire aux prescriptions de la convention. Cependant, elle semble avoir dépassé ici les exigences posées par le droit des traités, y compris dans le domaine des droits de l'homme⁵². Peut-être parce qu'elle en eut conscience, elle limita sans explication cette exigence de voies internes de réexamen à certaines procédures internes seulement, quand elle traita de la quatrième conclusion de l'Allemagne.

En outre, la question se pose de savoir si la Cour ira jusqu'à décider, quand l'occasion se présentera, qu'il existe une obligation aussi contraignante pour un État qui a signé un traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve d'engagement tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir

50. V. notamment la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Entre autres *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, n° 38366/97, 25.1.2000, C.E.D.H. 2000-I, au sujet d'une décision d'irrecevabilité d'un pourvoi pour dépassement du délai de recours. La Cour estima qu'il y avait violation pour interprétation particulièrement rigoureuse de la règle de procédure et non pour application de celle-ci. Bien plus, la Cour exige un délai de contestation : *Brumarescu c. Roumanie* [GC], 28.10.1999, C.E.D.H. 1999-VII, §§61-62 : « Un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause. En l'espèce, la Cour note qu'à l'époque des faits, le procureur général de la Roumanie – qui n'était pas partie à la procédure – disposait, en vertu de l'article 330 du code de procédure civile, du pouvoir d'attaquer un jugement définitif par la voie du recours en annulation. La Cour note que, dans l'exercice de son pouvoir, le procureur général n'était tenu par aucun délai, de sorte que les jugements pouvaient être perpétuellement remis en cause. La Cour relève qu'en accueillant le recours en annulation introduit en vertu du pouvoir susmentionné, la Cour suprême de justice a effacé l'ensemble d'une procédure judiciaire qui avait abouti, selon les termes de la Cour suprême de justice, à une décision judiciaire « irrévocable », ayant donc acquis l'autorité de la chose jugée et ayant, de surcroît, été exécutée. En appliquant de la sorte les dispositions de l'article 330 précité, la Cour suprême de justice a enfreint le principe de la sécurité des rapports juridiques. En l'espèce, et de ce fait, le droit du requérant à un procès équitable au sens de l'article 6 §1 de la Convention a été méconnu ».

51. *Beles et autres c. République tchèque*, 12.11.2002 [Section II], §§60-62.

52. V. les positions prises par les États américains dans le cadre de la procédure consultative devant la Cour interaméricaine sur le droit à la notification consulaire. Ainsi, les États-Unis déclarèrent que rien ne suggère que l'absence de notification consulaire invalide les condamnations d'un système de justice criminelle d'un État. Selon la Commission interaméricaine, une étude comparative des législations révèle que les lois internes ont donné des interprétations différentes des effets d'une violation de l'article 36 §1 b) et révèle qu'il est possible d'invalider une procédure s'il est établi que cette violation était préjudiciable au défendeur. Son commentaire final situait la question dans le cadre du système américain. Le Mexique déclara qu'aucun tribunal interne n'a fourni un remède effectif contre les violations de l'article 36 §1 b) et que le seul qui doit être utilisé en cas de condamnation à la peine de mort est la restauration du *statu quo ante*, l'impossibilité de celle-ci en raison de l'exécution de la peine de mort engageant la responsabilité internationale de l'État. Pour le Costa Rica, si la peine de mort n'a pas été exécutée, l'annulation du procès et un quelconque type de responsabilité civile devraient être considérés. Le Salvador combina l'article 36 avec le Pacte de 1966 pour conclure que si un tribunal prononce un jugement à l'issue d'une procédure ne respectant pas les garanties du *due process*, la sanction idoine est l'annulation de la procédure. Le Guatemala estima que c'est aux tribunaux internationaux et internes de déterminer au cas par cas les conséquences de la violation de l'article 36 §1 b). Finalement, la Cour ne fit aucune mention d'un appel ou d'une cassation ni d'aucune sorte de révision ou réexamen des condamnations à la peine de mort prononcées à l'issue d'une procédure contraire à l'article 36 §1 b). Pour ces positions, *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99, October 1, 1999, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser A) n° 16 (1999).

partie au traité. De même peut-on se demander si elle étendra cette obligation à celui qui a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur de celui-ci et à condition que celle-là ne soit pas indûment retardée. On sait en effet que, dans ces deux cas, l'article 18 de la convention de Vienne sur le droit des traités, qui semble sur ce point refléter le droit coutumier, énonce « Un État doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but ».

Finalement, donc, puisqu'elle estima que la Convention prescrivait l'institution de voies internes d'invalidation, la Cour conclut que l'application de la règle de la carence procédurale constituait une violation de la convention. Si la prémisse avait été différente, et nous pensons qu'elle devait l'être, la conclusion l'aurait également été. En effet, si jamais l'application de cette règle pouvait produire un effet de droit, cela aurait été, semble-t-il, celui de parachever un fait illicite complexe ou de clore la chaîne des voies de recours internes dont l'épuisement est requis aux fins de la recevabilité de l'exercice de la protection diplomatique.

Le développement par la Cour internationale de justice des prescriptions de la convention de 1963 fut accompagné d'une extension de ses propres prérogatives.

II. – EXTENSION DE LA FONCTION JURIDICTIONNELLE DE LA COUR

Cette extension se situe dans les ordres juridiques international (A) et interne (B).

A. Extension de la fonction juridictionnelle dans l'ordre juridique international

Dans ses conclusions tant écrites qu'orales, l'Allemagne priait la Cour de dire et juger qu'en ne prenant pas toutes les mesures dont ils disposaient pour que Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant qu'elle n'aurait pas rendu sa décision définitive, les États-Unis avaient violé leur obligation internationale de se conformer à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue le 3 mars 1999 et de s'abstenir de tout acte pouvant interférer avec l'objet d'un différend tant que l'instance était en cours. Selon le schéma déjà vu, la Cour décida des questions de compétence et recevabilité (1), avant d'aborder le fond (2).

1. *Compétence de la Cour et recevabilité de la conclusion*

a) Compétence de la Cour

Bien qu'elle observât que les États-Unis ne contestaient pas sa compétence pour connaître de cette conclusion, la Cour voulut justifier cette compétence. Elle le fit cependant au moyen d'une motivation peu convaincante.

Selon l'Allemagne, l'ordonnance avait eu pour but d'assurer le respect des droits conférés à elle par la convention et de préserver ces droits dans l'attente de la décision au fond. En conséquence, le différend relatif à la force obligatoire de l'ordonnance et à son respect par les États-Unis constituait un différend relatif à l'interprétation et à l'application de la convention qui relevait donc de la compétence de la Cour. En outre, les questions relatives à la violation d'une décision de celle-ci prise aux termes de l'article 41 §1 du Statut font partie du différend

initial entre les Parties⁵³. Cette conclusion relève également de manière accessoire et subsidiaire de la compétence inhérente de la Cour pour connaître de demandes étroitement liées⁵⁴.

La Cour déclara que cette conclusion de l'Allemagne portait sur des questions découlant directement du différend opposant les parties pour lequel elle s'était déclarée compétente. Ces questions relevaient donc de l'article I du protocole en application de la jurisprudence des pêcheries invoquée par l'Allemagne selon laquelle, afin de considérer le différend sous tous ses aspects, la Cour peut aussi connaître d'une conclusion qui se fonde sur des faits postérieurs au dépôt de la requête mais découlant directement de la question qui fait l'objet de cette requête⁵⁵. Cependant, il s'agissait alors de la question de l'existence d'un droit de l'Allemagne à la réparation des dommages subis par elle du fait de comportements illicites de l'Islande. Dans l'affaire LaGrand, la Cour n'expliqua pas en quoi la troisième conclusion allemande découlait du différend, formule qui semble signifier en outre qu'elle ne relève pas en tant que telle du différend. Elle se contenta de déclarer que lorsqu'elle a compétence pour trancher un différend, elle a également compétence pour se prononcer sur des conclusions la priant de constater qu'une ordonnance en indication de mesures rendues aux fins de préserver les droits des parties n'a pas été exécutée⁵⁶.

Si l'on peut comprendre que la Cour ait senti le besoin d'affirmer sa compétence pour connaître de la question, eu égard à la réponse qu'elle lui donna, on pourra ne pas être convaincu par sa motivation.

Prima facie, le différend relatif à la force juridique de l'ordonnance ne semble pas se rattacher à la convention ni au différend entre les Parties. Il semble s'agir là d'un nouveau différend. On regrettera donc que la Cour n'ait pas expliqué le fondement de sa compétence pour en connaître, notamment au regard d'une affirmation de la C.P.J.I. selon laquelle :

« [O]n étendrait d'une manière injustifiée la portée [du principe selon lequel la compétence pour statuer sur la réparation due à raison de la violation d'une convention internationale implique la compétence pour statuer sur les formes et modalités de la réparation] si on l'entendait dans le sens que la Cour pourrait connaître de n'importe quelle question de droit international même tout à fait étrangère à la convention dont il s'agit, pour le seul motif que la manière dont cette question est résolue peut avoir une influence sur l'efficacité de la réparation demandée. Pareille thèse ne semble guère conciliable avec les principes qui sont à la base de la compétence de la Cour, compétence limitée aux cas spécialement prévus dans les traités et conventions en vigueur »⁵⁷.

De même pouvait-on attendre qu'elle se réfère à son ordonnance du 3 mars 1999, dans laquelle elle avait décidé :

53. Elle déclarait que cette affirmation fut déjà confirmée par la C.P.J.I. ainsi : *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, ordonnance du 5.12.1939, C.P.J.I. Série A/B n° 79, p. 199 : « the parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute ». Elle se référait également à *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Rec. 1974, p. 175, §40 : « une telle restriction empiéterait indûment sur le pouvoir qu'a la Cour de prendre en considération tous les éléments pertinents quand elle rend la justice entre les Parties ».

54. Arrêt, §44 ; mémoire, §§3.02, 3.57-3.60.

55. *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, op. cit., §72.

56. Arrêt, §45.

57. V. Affaire relative à l'*Usine de Chorzów (Demande en indemnité)* (fond), op. cit., pp. 60-61.

« jusqu'à ce que la Cour rende sa décision définitive, elle demeurera saisie des questions qui font l'objet de la présente ordonnance »⁵⁸.

L'Allemagne avançait notamment, comme le Paraguay avant elle⁵⁹, que l'ordonnance constituait une interprétation et une application provisoires de la convention, ce qui faisait rentrer la question de son respect dans le champ du protocole. Formulé ainsi, l'argument ne convainc guère tant la Cour affirme prendre garde à ne pas préjuger le fond durant la phase des mesures conservatoires. Ainsi dans l'ordonnance du 3 mars 1999, elle précisa que

« des mesures indiquées par la Cour aux fins d'obtenir un sursis à l'exécution prévue seraient nécessairement de nature conservatoire et ne préjugeraient en rien les conclusions auxquelles la Cour pourrait aboutir sur le fond »⁶⁰.

Il nous semble que la résolution du problème de droit repose sur l'identification du droit que l'ordonnance avait pour objet de sauvegarder. Deux hypothèses sont envisageables. Selon une première hypothèse, il s'agissait d'un droit reconnu à l'Allemagne par la convention. Dans ce cas, la compétence de la Cour pour connaître de la violation de son ordonnance pouvait être avancée. En effet, la Cour ayant alors déclaré vouloir sauvegarder un droit découlant de la convention, la question de la violation de l'ordonnance concernait les conséquences de la violation de la convention. Elle pouvait à ce titre constituer une question relative à l'interprétation et à l'application de la convention. Elle aurait dans ce cas relevé du champ du protocole et donc de la compétence de la Cour. Cependant, à aucun endroit dans l'ordonnance, celle-ci ne qualifia les droits de l'Allemagne qu'elle entendait préserver jusqu'à son arrêt⁶¹. Une autre justification à sa compétence peut alors être avancée qui implique un raisonnement plus complexe. Supposons, en effet, et c'est là la deuxième hypothèse, que le droit dont il s'agissait était celui de l'Allemagne de se voir accorder toute forme de réparation sauf impossibilité

58. *LaGrand, op. cit.*, Rec. 1999, p. 9, §29 II. De manière identique, les ordonnances indiquant des mesures conservatoires in *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, 5.2.2003, §59, II ; *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, 9.4.1998, Rec. 1998, §41 II. De même, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, 15.12.1979, Rec. 1979, p. 7, 21 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, 10.5.1984, Rec. 1984, p. 169, 187 ; *Différend frontalier (Burkina-Faso c. Mali)*, 10.1.1986, Rec. 1986, p. 3, 12. Décision en revanche absente des ordonnances indiquant des mesures conservatoires in *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*, 5.7.1951, Rec. 1951, p. 89 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 8.4.1993, Rec. 1993, p. 3 et 13.9.1993, Rec. 1993, p. 325 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, 15.3.1996, Rec. 1996 (I), p. 13 ; *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, 1^{er}.7.2000, Rec. 2000, p. 111 ; ainsi que dans *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* et *(Australie c. France)*, 22.6.1973, Rec. 1973, p. 135, 142 et Rec. 1973, p. 99, 106, affaires dans lesquelles la Cour « réserve la suite de la procédure ». Relèvent, semble-t-il, d'une logique différente les ordonnances indiquant des mesures conservatoires in *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande)* et *(République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, 17.8.1972, Rec. 1972, p. 12, 18 et p. 30, 35 : « À moins qu'elle n'ait auparavant rendu son arrêt définitif en l'affaire, la Cour réexaminera la question en temps voulu, avant le 15 août 1973, à la demande de l'une ou l'autre Partie en vue de décider s'il y a lieu de maintenir ces mesures, de les modifier ou de les rapporter ». V. aussi *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* et *(République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, 12.7.1973, Rec. 1973, p. 302, 304 et p. 313, 315 où la Cour : « Confirme que, sous réserve du pouvoir de révocation ou de modification que l'article 61, paragraphe 7, du Règlement de 1946 confère à la Cour, les mesures conservatoires indiquées au paragraphe 1 du dispositif de l'ordonnance du 17 août 1972 resteront en vigueur jusqu'à ce que la Cour ait rendu son arrêt définitif en l'affaire ».

59. Voir le mémoire du Paraguay, §3.19.

60. Rec. 1999, §27. V. aussi, p. ex., *Différend frontalier, op. cit.*, p. 11.

61. Cela est constant dans sa jurisprudence. Parfois, cependant, elle cite le droit des parties à l'exécution de l'arrêt qu'elle aura à rendre. P. ex. *Différend frontalier, op. cit.*, C.I.J. Rec. 1986, dispositif, A.

d'une restitution. Dans ce cas, l'ordonnance avait pour objet de sauvegarder un droit découlant d'une règle du droit international général relative aux conséquences de la violation d'une règle primaire énoncée dans la convention. Or, la Cour a déjà déclaré, et il est admis, que sa compétence pour connaître des questions relatives à l'interprétation et application d'une convention comprend sa compétence pour connaître de la *réparation* due pour la violation alléguée de celle-ci⁶². En la présente espèce, elle étendit le principe à la connaissance de tout *remède* demandé :

« La Cour considère qu'un différend portant sur les voies de droit à mettre en œuvre au titre d'une violation de la convention qu'invoque l'Allemagne est un différend concernant l'interprétation ou l'application de la convention et qui de fait relève de la compétence de la Cour. S'il est établi que la Cour a compétence pour connaître d'un différend portant sur une question déterminée, elle n'a pas besoin d'une base de compétence distincte pour examiner les remèdes demandés par une partie pour la violation en cause »⁶³.

Dans ce cas, la question du respect de l'ordonnance dont l'objet était de préserver un droit reconnu à l'Allemagne du fait de l'allégation de violation de la convention est bien une question relative aux conséquences de la violation alléguée de cette dernière. Elle constitue donc, bien que de manière indirecte, une question relative à l'interprétation et à l'application de la convention. En conséquence, elle relève du champ d'application de l'article I du protocole et la Cour était compétente pour en connaître.

b) *Recevabilité de la conclusion*

La Cour distingua deux motifs d'irrecevabilité soulevés par les États-Unis contre cette conclusion. Il s'agissait de l'argument selon lequel cette conclusion l'amènerait à exercer la fonction d'une Cour d'appel et de celui selon lequel les conditions de sa saisine devaient la conduire à ne pas statuer sur les conséquences du non-respect de l'ordonnance.

Elle répondit très rapidement à l'argument selon lequel cette conclusion la conduisait à s'ériger en Cour d'appel de dernier ressort des jugements internes. Elle déclara, à raison sous la réserve qu'on a dite, que l'Allemagne se contentait de lui demander de dire que les États-Unis avaient violé une ordonnance rendue en application de l'article 41 et lui demandait donc, simplement, d'appliquer le droit international aux questions litigieuses, ce qui relève de son office⁶⁴.

62. Affaire relative à l'*Usine de Chorzów (Demande en indemnité) (Compétence)*, 26.7.1927, *Rec. C.P.J.I. série A n° 9*, p. 4, 21 : « C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même. Les divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant, des divergences relatives à l'application » ; Affaire relative à l'*Usine de Chorzów (Demande en indemnité) (fond)*, *op. cit.*, p. 27 : « L'article 23 de la Convention de Genève ne vise que les divergences d'opinions résultant de l'interprétation et application des articles 6 à 22 de la Convention de Genève, qui s'élèveraient entre les deux Gouvernements signataires. [...] la Cour a affirmé sa compétence pour statuer sur la réparation demandée parce qu'elle considérerait la réparation comme le corollaire de la violation des obligations résultant d'un engagement entre États ».

63. Arrêt, §48.

64. Arrêt, §§50-52. L'Allemagne déclarait en effet se contenter de formuler dans le cadre d'un différend juridique des demandes fondées sur des moyens juridiques. En particulier, elle priait la Cour de dire que les États-Unis avaient violé l'ordonnance et donc sollicitaient une déclaration de la Cour, mesure la plus appropriée pour réparer le préjudice qu'elle avait subi, Mémoire, III, §13 ; CR 2000/26, III, §21.

Elle traita plus longuement de l'argument selon lequel la conclusion était irrecevable compte tenu des circonstances dans lesquelles l'Allemagne avait introduit l'instance. Cependant, tandis que les parties avaient débattu notamment de la question du comportement de l'Allemagne lorsque celle-ci saisit la Cour, cette dernière éluda la question. Selon les États-Unis, le fait que l'Allemagne avait déposé sa requête plus de six ans et demi après avoir pris connaissance de l'affaire LaGrand et vingt-sept heures avant l'heure fixée pour l'exécution du deuxième frère avait contraint la Cour à répondre à la demande de mesures conservatoire sans qu'ils aient pu être entendus et qu'elle ait donc disposé de toutes les informations voulues. L'Allemagne, en procédant ainsi, avait créé une situation préjudiciable aux États-Unis et à la bonne administration de la justice. La procédure suivie n'avait pas respecté le principe de l'égalité des parties, ni le droit de chacune à être entendue dans des conditions satisfaisantes. En conséquence, la Cour ne devait pas examiner la conclusion de l'Allemagne qui repose sur l'ordonnance et ne devait pas ainsi sanctionner le mode de saisine choisi par elle⁶⁵. Cette dernière, quant à elle, se fondait sur une appréciation différente des faits et prétendait que le droit international ne fixe aucun délai à partir duquel le retard d'un État demandeur peut rendre une requête irrecevable et qu'elle ne saurait être accusée de négligence.

La Cour déclara que l'Allemagne pouvait être critiquée pour la manière dont l'instance avait été introduite et le moment choisi pour cette introduction. Elle déclara cependant qu'elle avait estimé approprié de rendre son ordonnance en connaissance des conséquences d'une introduction si tardive. Il en résultait que l'Allemagne était en droit de se plaindre de la violation alléguée de l'ordonnance. La Cour fut ainsi conséquente avec elle-même et rendit inutile tout examen des règles relatives aux effets de l'écoulement du temps sur la recevabilité des requêtes et de celles relatives à l'administration de la justice et à l'égalité des parties. Il semble en effet qu'elle ait de cette manière « endossé la responsabilité » de la situation en faisant découler la recevabilité de la conclusion relative à l'ordonnance du seul fait qu'elle avait édicté celle-ci quelles qu'aient été les circonstances antérieures à son édicton⁶⁶. Il aurait été assurément étonnant qu'elle déclarât irrecevable une demande fondée sur l'ordonnance qu'elle avait édictée après avoir décidé que la demande en indication de mesures conservatoires était recevable. Or, s'il ne semble pas que la Cour ait, le 3 mars 1999, « enfreint » une quelconque règle relative au moment du dépôt de la requête⁶⁷, la question est plus délicate s'agissant du respect du principe de l'égalité des parties et des règles d'administration de la justice. Elle avait en effet déjà été plus attentive au respect d'un certain principe

65. Voir arrêt, §§53-55 ; contre-mémoire, §§.55-66.

66. L'Allemagne remarqua (CR 2000/26, III, §22) que les critiques formulées par les États-Unis visaient la Cour plutôt qu'elle-même. En effet, elles conduisaient à faire déclarer par la Cour que l'attitude de l'Allemagne l'avait conduite à ne pas respecter certains principes fondamentaux d'une administration de la justice.

67. Dont elle avait déjà dit qu'elle pouvait connaître des aménagements en cas d'urgence : *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mesures conservatoires, ordonnance du 13.9.1993, *Rec.* 1993, p. 325, §21. Sur la question de l'effet de l'écoulement du temps sur la recevabilité des requêtes, voir notamment *Certaines terres à phosphates à Nauru*, *op. cit.*, §32.

du contradictoire en matière de mesures conservatoires⁶⁸, y compris dans le cadre de l'article 75 §1 du règlement⁶⁹.

Ainsi que le remarquait l'Allemagne, il n'est pas facile de comprendre l'objet des objections formulées par les États-Unis. Car, insistait-elle, c'est la Cour qui avait décidé en toute indépendance d'agir comme elle l'avait fait et d'édicter l'ordonnance. Dès lors, il n'y avait pas lieu selon elle d'engager sous l'angle de la recevabilité un débat sur la portée et la pertinence de cette ordonnance⁷⁰. Les États-Unis, cependant, n'affirmaient pas la nullité de l'ordonnance ni ne demandaient son annulation. Toutefois, ils demandaient à la Cour de ne pas lui reconnaître d'efficacité légale en affirmant qu'il n'y avait pas lieu de faire droit à la demande de réparation au titre de l'ordonnance⁷¹. Or, ce type de discours revenait bien à lui demander de ne pas tenir son ordonnance pour valide. Leur position n'était donc pas très claire, mais ils se trouvaient dans une situation particulière qui permettait difficilement d'articuler un raisonnement très serré. Ils savaient en effet ne pas pouvoir faire remettre en cause l'existence légale de l'ordonnance dans le cadre des recours contentieux. Ainsi déclaraient-ils, non pas que l'ordonnance du 3 mars 1999 n'aurait pas dû être prise et était donc non valide, mais que la Cour devait refuser d'accorder quoi que ce soit d'autre à l'Allemagne. Certes, l'articulation entre ces deux propositions échappe aux canons traditionnels de la contestation légale des actes juridiques. La Cour ne fut pourtant pas insensible à l'argument en traitant au fond cette conclusion dont on voit mal comment elle aurait pu la déclarer irrecevable sans que cela eût impliqué qu'elle estimait que son ordonnance n'avait pas été régulière.

2. Le caractère obligatoire des ordonnances indiquant des mesures conservatoires

Les problèmes juridiques tiennent moins à l'affirmation de la force obligatoire de l'ordonnance du 3 mars 1999 (a) qu'à la détermination de sa portée (b).

a) Affirmation de la force obligatoire de l'ordonnance du 3 mars 1999

La Cour décida qu'en ne prenant pas toutes les mesures dont ils disposaient pour que Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant qu'elle n'aurait pas rendu sa décision définitive, les États-Unis avaient violé l'obligation dont ils étaient tenus

68. V. dans ce sens *Compétence en matière de pêcheries*, ordonnances précitées du 17.8.1972, *Rec.* 1972, p. 12, 15 et p. 30, §11 : « selon la jurisprudence de la Cour et de la Cour permanente de Justice internationale, la non-comparution de l'une des parties ne saurait en soi constituer un obstacle à l'indication de mesures conservatoires, pour autant que la possibilité de faire entendre leurs observations à ce sujet ait été donnée aux parties ». De manière plus nuancée, cependant, *Essais nucléaires*, ordonnances précitées du 22.6.1973, *C.I.J. Rec.* 1973, p. 99, 101 et p. 135, 137 : « [L]a non comparution de l'un des États en cause ne saurait en soi constituer un obstacle à l'indication de mesures conservatoires ». De manière identique, *Plateau continental de la mer Égée*, mesures conservatoires, ordonnance du 11.9.1976, *Rec.* 1976, p. 3, 6 ; *Personnel diplomatique et consulaire*, *op. cit.*, *Rec.* 1979, p. 13. Toutefois, dans cette deuxième hypothèse, la Cour affirma que « la possibilité de faire entendre leurs observations sur la demande en indication de mesures conservatoires a été offerte [aux deux Gouvernements] » sauf dans l'affaire du *Personnel diplomatique* où la Cour prit tout de même en compte la position de l'Iran.

69. V. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, ordonnance précitée du 13.9.1993, §13 où la Cour précise que par une lettre, le Greffier, sur les instructions du Président, avait réitéré que, de l'avis de la Cour, les pouvoirs qu'elle tient du paragraphe 1 de l'article 75 du Règlement « ne vont en tout état de cause pas jusqu'à lui permettre d'indiquer des mesures sans que la possibilité de se faire entendre ait été donnée aux deux Parties ». Cette décision était citée dans le contre-mémoire américain, §109.

70. CR 2000/26, III, KHAN, §§24-25.

71. CR 2000/29, §7.3, 728 ss.

en vertu de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue le 3 mars 1999⁷².

L'Allemagne soutenait que les mesures conservatoires indiquées par la Cour avaient force obligatoire en vertu de la Charte des Nations Unies et du Statut de la Cour⁷³. Elle invoquait le principe de l'effet utile⁷⁴, les conditions d'adoption des mesures conservatoires⁷⁵, le fait que cette force obligatoire est une conséquence nécessaire du caractère obligatoire de l'arrêt définitif⁷⁶, l'article 94 §1 de la Charte⁷⁷, l'article 41 §1 du Statut⁷⁸ ainsi que la pratique de la Cour⁷⁹. Elle exposait une « logique » des mesures conservatoires. Selon elle, les articles 59 et 60 du Statut s'appliqueraient aux mesures conservatoires par implication, c'est-à-dire dans la mesure, incidente et provisoire, où elles contribuent à l'exercice d'une fonction judiciaire dont le résultat final est le prononcé d'une décision de justice. Là, se situerait une logique inhérente à la procédure judiciaire dont la méconnaissance reviendrait pour les parties à s'écarter de la bonne foi et du principe d'effectivité institutionnelle. Le caractère obligatoire de ces décisions juridiques de procédure serait impliqué par la dynamique de l'urgence et la nécessité de sauvegarder l'efficacité de la procédure. En somme, une interprétation raisonnable des normes applicables conduisait inévitablement à l'affirmation du caractère obligatoire des mesures conservatoires, « *result which is the only one permitting the Court to efficiently carry out the tasks entrusted to it, and permitting the provisional measures to fulfil their function by preserving the rights of both parties* »⁸⁰. Le résultat inverse, en effet, ferait que la Cour serait dépourvue de la possibilité de rendre un jugement sur la requête allemande. Les États-Unis auraient également manqué à leur obligation de s'abstenir de tout acte pouvant interférer avec l'objet d'un différend tant que l'instance est en cours.

Selon l'Allemagne, il y aurait eu de la part des États-Unis une triple violation de l'ordonnance du 3 mars 1999. D'une part, il s'agirait, mais on voit mal en quoi il peut y avoir ici un fait internationalement illicite des États-Unis, d'une déclaration du bureau du *Solicitor general* adressée à la Cour suprême selon laquelle une ordonnance de la C.I.J. en indication de mesures conservatoires n'a pas force obligatoire et n'ouvre pas de recours susceptible d'être exercé en justice. D'autre part, il s'agirait du refus de la Cour suprême d'ordonner un sursis à l'exécution. Enfin, il s'agirait du refus du gouverneur de l'Arizona d'ordonner le sursis à l'exécution alors qu'il le pouvait et avait été invité à le faire par la Commission des grâces de cet État, en particulier en raison des questions de droit international soulevées dans l'affaire.

Les États-Unis soutenaient quant à eux s'être conformés à l'ordonnance au regard des circonstances exceptionnelles dans lesquelles ils avaient dû agir. Il s'y étaient conformés compte tenu du délai extrêmement bref entre le prononcé de l'ordonnance et l'heure de l'exécution et compte tenu du fait qu'ils constituent un État fédéral dans lequel les pouvoirs sont partagés, ce qui limitait leur capacité d'agir. Ainsi, le Gouvernement avait transmis immédiatement l'ordonnance au

72. Sur la nature juridique de telles ordonnances, cf. C. SANTULLI, *op. cit.*, pp. 115 ss.

73. Mémoire, §4.122.

74. *Ibidem*, §§4.125-4.127.

75. *Ibid.*, §4.128.

76. *Ibid.*, §§4.129-4.131.

77. *Ibid.*, §§4.132-4.133.

78. *Ibid.*, §§4.134 ss. où elle traite de son sens ordinaire, de son contexte, de son objet et but, de ses différentes versions authentiques, de ses travaux préparatoires.

79. *Ibid.*, §§4.154 ss.

80. Mémoire, §4.122.

gouverneur, seule autorité qui pouvait empêcher l'exécution. De même, le conseiller juridique de l'ambassade des États-Unis à La Haye avait transmis à la connaissance de la Cour les mesures prises en application de l'ordonnance. En outre, ils avançaient l'argument selon lequel le libellé de l'ordonnance était tel que celle-ci n'avait pas créé d'obligation contraignante pour eux, argument qui devait épargner à la Cour de s'interroger sur la question de savoir si ses ordonnances indiquant des mesures conservatoires étaient obligatoires si elles étaient rédigés en termes impératifs. Ils affirmaient cependant que de telles ordonnances ne peuvent jamais être obligatoires. Ils invoquaient à l'appui de cette affirmation le libellé et la genèse de l'article 41 §1 du Statut et de l'article 94 de la Charte, la pratique de la Cour et des États ainsi que l'autorité de la doctrine des publicistes. Les États-Unis avançaient un dernier argument en défense. Selon eux, le dépôt de la requête au dernier moment ne leur avait laissé aucun temps pour réagir, empêchant ainsi le respect des principes fondamentaux du règlement judiciaire. Il aurait donc été anormal, quelle que soit la réponse de principe à la question de la force juridique des ordonnances en indication de mesures conservatoires, que celle du 3 mars 1999 ait eu un tel effet en l'espèce.

Pour la première fois, donc, de l'histoire des deux Cours internationales permanentes à compétence générale⁸¹, la C.I.J. se prononça sur la force juridique des ordonnances en indication de mesures conservatoires. Ainsi qu'elle l'observa, le différend existant à ce sujet entre les parties concernait essentiellement l'interprétation de l'article 41. Elle déclara donc devoir interpréter cette disposition conformément au droit coutumier qui a trouvé son expression dans l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Après avoir rapidement interprété conformément au paragraphe 1 de cet article, c'est-à-dire de bonne foi et suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but, les versions française et anglaise de l'article qui font également foi, elle déclara être en présence de deux textes qui ne sont pas en totale harmonie. Elle déclara donc devoir recourir au paragraphe 4 de l'article 33 de la convention de 1969 qui reflète le droit coutumier et, pour cela, devoir recourir à l'objet et au but du Statut ainsi que, bien que l'article 33 n'y fasse pas référence, au contexte de l'article 41.

C'est à partir de cet examen qu'elle parvint à la conclusion du caractère obligatoire de ses ordonnances indiquant des mesures conservatoires :

« L'objet et le but du Statut sont de permettre à la Cour de remplir les fonctions qui lui sont dévolues par cet instrument, et en particulier de s'acquitter de sa mission fondamentale, qui est le règlement judiciaire des différends internationaux au moyen de décisions obligatoires conformément à l'article 59 du Statut. L'article 41, analysé dans le contexte du Statut, a pour but d'éviter que la Cour soit empêchée d'exercer ses fonctions du fait de l'atteinte portée aux droits respec-

81. V., cependant, *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*, Ordonnance du 5.7.1951 : C.I.J. *Rec.* 1951, p. 89, §5 du dispositif : « Afin d'assurer la pleine efficacité des dispositions précédentes, dispositions qui, de toute façon, conservent leur autorité propre, qu'il soit institué par accord du Gouvernement de l'Iran et du gouvernement du Royaume-Uni, une Commission, dite Commission de surveillance, (...). La Commission aura pour mission de veiller à ce que l'exploitation de la Société se poursuive conformément aux dispositions ci-dessus indiquées » ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt 27.06.1986, *Rec.* 1986, p. 14, §289 : « lorsque la Cour conclut que la situation exige l'adoption de mesures de ce genre, il incombe à chaque partie de prendre sérieusement en considération les indications ainsi données », repris in *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mesures conservatoires, ordonnance du 13.9.1993, *Rec.* 1993, p. 325, §58 où la Cour précise « qu'il en va particulièrement ainsi dans une situation [...] où aucune réparation ne pourrait effacer les conséquences d'un comportement que la Cour pourrait juger avoir été contraire au droit international ».

tifs des parties à un différend soumis à la Cour. Il ressort de l'objet et du but du Statut, ainsi que des termes de l'article 41 lus dans leur contexte, que le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires emporte le caractère obligatoire desdites mesures, dans la mesure où ce pouvoir en question est fondé sur la nécessité, lorsque les circonstances l'exigent, de sauvegarder les droits des parties, tels que déterminés par la Cour dans son arrêt définitif, et d'éviter qu'il y soit porté préjudice. Prétendre que des mesures conservatoires indiquées en vertu de l'article 41 ne seraient pas obligatoires serait contraire à l'objet et au but de cette disposition »⁸².

Elle déclara ensuite qu'un motif connexe allait dans ce sens : l'existence d'un principe reconnu par la C.P.J.I. que l'Allemagne présentait comme une obligation autonome que les États-Unis avaient violée en plus de l'ordonnance :

« le principe universellement admis devant les juridictions internationales et consacré d'ailleurs dans maintes conventions ... d'après lequel les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend »⁸³.

Les positions de l'Allemagne et de la Cour se distinguent donc de celle adoptée par la C.P.J.I. dans l'affaire *Compagnie d'électricité de Sofia* qui voyait, à juste titre semble-t-il, dans la disposition de son Statut régissant son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires une application de ce principe universellement admis. L'article 41, selon la C.I.J., ne serait pas une manifestation de ce principe, mais une règle autonome. Il est difficile de voir en quoi ce découplage apporte quelque chose d'autre que d'éventuelles difficultés.

La suite de sa motivation consista à déclarer inutile, eu égard au fait qu'elle était arrivée à une conclusion en interprétant l'article 41 à la lumière de son objet et de son but, le recours aux travaux préparatoires tout en soulignant, sans être vraiment convaincante, que l'examen de ceux-ci ne s'oppose pas à sa conclusion. De même, l'article 94 de la Charte ne fait pas obstacle au caractère obligatoire des ordonnances rendues au titre de l'article 41. Ainsi :

« En définitive, aucune des sources d'interprétation mentionnées dans les articles pertinents de la convention de Vienne sur le droit des traités, y compris les travaux préparatoires, ne contredisent les conclusions tirées des termes de l'article 41 lus dans son contexte à la lumière de l'objet et du but du Statut. Ainsi, la Cour parvient à la conclusion que les ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'article 41 ont un effet obligatoire »⁸⁴.

En somme, parce que rien d'opératoire ne s'opposait à ses yeux au caractère obligatoire qu'elle pouvait raisonnablement sinon très rigoureusement inférer d'une lecture de l'article 41, ses ordonnances sont obligatoires⁸⁵. Très rapidement, elle affirma ensuite que l'ordonnance du 3 mars 1999 ne constituait pas

82. Arrêt, §102. Pour une présentation de l'état du droit international en la matière, voir l'arrêt de la Cour européenne, *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99, 6.02.2003 dans lequel celle-ci énonce le caractère obligatoire des mesures provisoires indiquées en vertu de l'art. 39 de son règlement.

83. *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie (mesures conservatoires)*, ordonnance du 5.12.1939, C.P.J.I. série A/B n° 79, p. 194, 199.

84. Arrêt, §109.

85. Pour un examen plus attentif du raisonnement de la Cour, M. MANOUEVEL, « Métamorphose de l'article 41 du Statut de la C.I.J. », *R.G.D.I.P.* 2002, pp. 103-136, 117 ss.

une simple exhortation et avait été adoptée en vertu de l'article 41, ayant en conséquence un caractère obligatoire.

Il convenait donc d'apprécier si son ordonnance avait été respectée par les États-Unis. La mesure indiquée qui prescrivait la transmission de l'ordonnance au gouverneur de l'Arizona fut respectée. S'agissant de celle en vertu de laquelle les États-Unis devaient prendre toutes les mesures dont ils disposaient pour que Walter LaGrand ne soit pas exécuté jusqu'à l'arrêt et l'informer de toute mesure prise en application de l'ordonnance, la Cour précisa qu'elle ne créait pas une obligation de résultat. Elle reconnut que le caractère tardif du dépôt de la demande en indication de mesures conservatoires avait eu pour conséquence que les États-Unis avaient eu très peu de temps pour agir. Cependant, même dans ce délai, fut déclaré très en deçà de ce que l'on pouvait attendre des autorités américaines le fait pour celles-ci de ne pas avoir demandé au gouverneur de surseoir temporairement à l'exécution ni indiqué à ce dernier que la position des États-Unis selon laquelle les ordonnances de l'article 41 ne sont pas obligatoires ne faisait pas l'objet d'un consensus. Il en était de même de la position du *Solicitor general* devant la Cour suprême affirmant ce caractère non obligatoire. Après avoir relevé l'attitude du Gouverneur de l'Arizona, la Cour critiqua encore l'attitude de la Cour suprême qui aurait pu ordonner un sursis temporaire lui donnant le temps d'étudier les questions juridictionnelles et de droit international en jeu. Les autorités des États-Unis n'avaient donc pas pris toutes les mesures qu'elles auraient pu prendre pour donner effet à l'ordonnance. Elle déclara donc que les États-Unis n'avaient pas respecté celle-ci.

Ensuite, par un *obiter dictum* singulier et malhabile, elle rappela que l'Allemagne ne demandait qu'une déclaration de violation et que les États-Unis étaient confrontés en l'espèce à de très fortes contraintes de temps résultant des conditions d'introduction de la requête allemande (et non de sa décision d'édicter l'ordonnance comme elle l'avait reconnu plus tôt). Elle rappela également qu'avant cet arrêt, la question de la force juridique des ordonnances de l'article 41 n'avait pas été tranchée par la jurisprudence. En conséquence, si l'Allemagne avait demandé réparation, la Cour aurait pris en compte ces éléments.

L'appréciation de la force obligatoire des ordonnances indiquant des mesures conservatoires constituait incontestablement une question d'interprétation et l'on pouvait avancer des arguments aussi bien pour dénier cette force obligatoire que pour la reconnaître, ainsi qu'en témoigne une doctrine abondante.

Si l'on peut admettre sans grande difficulté la conclusion dégagée par la Cour, on peut en revanche ne pas être convaincu par sa motivation. Celle-ci invoqua plusieurs méthodes d'interprétation dont elle sembla considérer qu'elles conduisaient sans hésitation à la conclusion à laquelle elle est arrivée. On peut en douter, d'autant que certains arguments particuliers n'emportent pas la conviction et que la jurisprudence des juridictions internationales est constante qui prône une interprétation restrictive des dispositions attributives de juridiction à un tribunal ou à une Cour internationale⁸⁶. En effet, admis comme le plus conforme à la souveraineté des États, le principe selon lequel les dispositions

86. « La Cour ne conteste pas le principe [...] d'après lequel tout compromis, de même que toute clause prévoyant la juridiction de la Cour, doit être interprétée strictement », « dans le doute, une limitation de la souveraineté doit être interprétée restrictivement », *Affaire des Zones franches de la Haute Savoie et du Pays de Gex*, 7.6.1932, *Rec. C.P.J.I., Série A/B*, n° 46, p. 96, 138-139, 167 ; *Jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. sur requêtes contre l'U.N.E.S.C.O.*, Avis consultatif du 23.10.1956, *Rec. 1956*, p. 77, 97. Au sujet d'une Commission mixte, surarbitre Bruce, *Affaire des Bons Colombiens*, 18.5.1866, A. DE LAPRADELLE, N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, t.II, Paris, Pedone, 1923, p. 488.

limitant la liberté de l'État doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive en cas de doute vaut pour tout engagement par lequel un État limite sa liberté⁸⁷.

En outre, l'usage du principe d'interprétation dit de l'effet utile n'est pas sans appeler certaines précautions. On peut ainsi se demander si le souci d'assurer l'efficacité de l'éventuel arrêt à venir pourra conduire à reconnaître une force obligatoire à d'autres actes de procédure tels que l'invitation par le Président aux Parties avant que la Cour se réunisse, prévue à l'article 74 §4 du règlement, d'« agir de manière que toute ordonnance de la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires puisse avoir les effets voulus »⁸⁸.

Cependant, les questions ne naissent pas tant de l'affirmation de la Cour selon laquelle de telles ordonnances sont obligatoires que de sa portée peut-être très importante.

b) Portée de l'affirmation

On voudrait seulement présenter trois interrogations. Elles concernent la contestation des ordonnances indiquant des mesures conservatoires (i), la détermination des conséquences de leur violation (ii) et l'influence des considérations humanitaires sur le régime de ces ordonnances (iii).

i – La contestation des ordonnances

La Cour, donc, motiva le caractère obligatoire de ses ordonnances indiquant des mesures conservatoires par le lien existant entre elles et ses décisions au fond. Il convient donc de s'interroger sur le caractère légalement contestable de ces ordonnances. Plus particulièrement, on peut se demander ce qui pourrait se passer si les mesures qu'elle ordonne étaient tenues par leur destinataire comme ne poursuivant pas l'objet qui doit être assigné à de telles ordonnances. Le caractère non nécessaire d'une ordonnance pour sauvegarder les droits des parties viciera-t-il celle-ci, voire l'ensemble du contentieux, et constituera-t-il un motif de contestation de cette ordonnance par l'État visé par les mesures ? La question est

87. « Lorsque des États font des déclarations qui limitent leur liberté d'action future, une interprétation restrictive s'impose », *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt du 20.12.1974, *Rec.* 1974, p. 253, 267 ; « [I]l n'est pas nécessaire de recourir à l'interprétation restrictive qui, dans le doute, pourrait se recommander à l'égard d'une clause dont l'interprétation ne saurait en aucun cas dépasser l'expression de la volonté des États qui l'ont souscrite », *Phosphates du Maroc (exceptions préliminaires)*, 14.6.1938, *Rec. C.P.J.I., Série A/B*, n° 74, p. 10, 23-24. V. aussi *Article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne (Frontière entre la Turquie et l'Irak)*, 21.11.1925, *Rec. C.P.J.I., Série B*, n° 12, p. 6, 25 ; *The "Kronprinz Gustaf Adolf" (Suède/ U.S.A.)*, 18.7.1932, *R.S.A.*, t.II, p. 1239, 1254 ; *Statut international du Sud-Ouest africain*, C.I.J., *Rec.* 1950, p. 128, 140 ; *De Pascale Claim*, Italian-United States Conciliation Commission, 24.6.1961, 40 *I.L.R.*, 1970, p. 250, 256 ; *Air Transport Services Agreement Arbitration (U.S.A. - France)*, 1963, 38 *I.L.R.*, pp. 242-243 ; I. BROWNIE, *Principles of International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, 4th ed., 748 p., 631 ; R. JENNINGS, A. WATTS ed., *Oppenheim's International Law*, Longman, 1992, 9th ed., vol.I, p. 1278.

88. On recense certaines manifestations de cette faculté dans la pratique. Ainsi, la lettre du vice-président de la Cour adressée au Gouvernement des États-Unis dans l'affaire LaGrand selon laquelle : « Exerçant la présidence de la Cour en vertu des articles 13 et 32 du Règlement de la Cour, et agissant conformément aux dispositions du paragraphe 4 de l'article 74 dudit Règlement, j'appelle par la présente l'attention [du] Gouvernement [des États-Unis] sur la nécessité d'agir de manière que toute ordonnance de la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires puisse avoir les effets voulus ». De même *in Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, *op. cit.*, §12. Dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*, *op. cit.*, p. 89, le Président suggéra aux autorités iraniennes compétentes que le Gouvernement impérial donne l'instruction à ses services, notamment, d'éviter toutes mesures susceptibles de rendre impossible ou difficile l'exécution de l'arrêt que la Cour pourrait être amenée à rendre. Dans l'affaire *Personnel diplomatique et consulaire*, *op. cit.*, p. 10, il avait adressé aux deux gouvernements un télégramme dans lequel il appelait leur attention sur la nécessité d'agir de manière que toute ordonnance de la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires puisse avoir les effets voulus. Dans l'*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, *op. cit.*, §15, il appela l'attention des parties sur la nécessité d'agir de manière que toute ordonnance de la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires puisse avoir les effets voulus.

née du doute que nous avons au sujet du bien-fondé de l'ordonnance indiquée dans la présente affaire.

Dans sa demande en indication de mesures conservatoires, l'Allemagne invoquait comme but de cette indication la protection de la vie de Walter LaGrand et la sauvegarde du pouvoir de la Cour d'ordonner la mesure à laquelle elle avait droit s'agissant de cet individu, à savoir le rétablissement du *status quo ante*⁸⁹. Or, il n'est pas certain que ce rétablissement constitue, ainsi qu'elle le prétendait⁹⁰, un droit pour un État qui se prétend victime d'un fait illicite dommageable. Ce rétablissement n'est en effet obligatoire pour l'auteur du fait illicite qu'autant qu'il est possible de l'opérer⁹¹. L'obligation qui pèse sur cet État est seulement de réparer le préjudice, que ce soit au moyen de la *restitutio in integrum*, du paiement d'une somme correspondant à la valeur de cette restitution en nature ou de la satisfaction⁹². Il n'est donc pas certain que les mesures demandées par l'Allemagne et indiquées par la Cour aient bien eu pour objet celui traditionnellement attribué aux mesures conservatoires.

Aux termes de l'article 41 de son Statut, la Cour « a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire ». Elle insista sur ce point dans son ordonnance du 3 mars 1999 :

« [L]e pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que la Cour tient de l'article 41 de son Statut a pour objet de sauvegarder le droit de chacune des Parties en attendant qu'elle rende sa décision, et présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire ; qu'il s'ensuit que la Cour doit se préoccuper de sauvegarder par de telles mesures les droits que l'arrêt qu'elle aura ultérieurement à rendre pourrait éventuellement reconnaître, soit au demandeur, soit au défendeur ; et considérant que de telles mesures ne sont justifiées que s'il y a urgence ; Considérant que la Cour n'indi-

89. V., déjà, la demande du Paraguay dans l'affaire *Breard*, §7 : « il est urgent d'indiquer des mesures conservatoires pour protéger la vie du ressortissant paraguayen et sauvegarder le pouvoir de la Cour d'ordonner la mesure à laquelle le Paraguay a droit : le rétablissement de l'état de choses antérieur ».

90. V. notamment mémoire, §§6.19 ss. C'était la position du Paraguay dans l'affaire *Breard* : requête, §4 et conclusion, ainsi que du Mexique dans l'affaire *Avena* : requête, « La décision demandée », §2).

91. Voir Affaire relative à l'*Usine de Chorzów (Demande en indemnité) (fond)*, *op. cit.*, p. 47 : « Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ». V. aussi *ibidem*, pp. 47-48 ; Tribunal international du droit de la mer, Affaire du *Navire « Saiga » (N° 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. La Guinée)*, arrêt 1.7.1999, §§170-171. De même, art. 35 du dernier projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, A/RES/56/83, 28.1.2002 et, dans un autre contexte, p. ex., *Papamichalopoulos et autres c. Grèce (article 50)*, 31.10.1995, C.E.D.H. Série A n° 330-B, §34 ; *Cesti Hurtado Case. Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights), Judgment of May 31, 2001, Inter-Am Ct H.R., Series C No. 78, §33.

92. En ce sens, commentaire du texte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dont l'A.G.N.U. a pris note dans sa résolution 56/83 du 28.1.2002 in *Rapport de la C.D.I., 53^e sess., A.G. doc. off., 56^e sess., Supplément n° 10, A/56/10*. Le chapitre II de la 2^e partie du projet mentionne la restitution, l'indemnisation et la satisfaction. Son article 34 énonce : « La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement (...) ». V. aussi *Deuxième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles)*, par M. Willem RIPHAGEN, rapporteur spécial, doc. A/CN.4/344, 1^{er}.5.1981, A.C.D.I. 1981, vol. II (1^{re} partie), pp. 81-105, §§130,137 ; *Troisième rapport sur la responsabilité des États*, présenté par M. James CRAWFORD, Rapporteur spécial, Addendum, C.D.I. doc. A/CN.4/507/Add.1, 30.5.2000, §§134-135.

quera pas des mesures conservatoires si « un préjudice irréparable [n'est pas] causé aux droits en litige »⁹³.

Cependant, sitôt après, elle déclara, sans le motiver, que l'exécution de Walter LaGrand « porterait un préjudice irréparable aux droits revendiqués par l'Allemagne au cas particulier ». Or, on voit mal quel droit de l'Allemagne aurait été de la sorte atteint. On ne croit pas, pour la raison qu'on a dite, qu'il s'agissait d'un droit au rétablissement du *statu quo ante*. Il ne pourrait donc s'agir que du droit à ce que toute option en matière de réparation lui soit encore ouverte au moment du jugement au fond⁹⁴.

Il semble en effet qu'une telle ordonnance ne pouvait être motivée que si le droit à protéger était le « droit à une *restitutio in integrum* ou, en cas d'impossibilité, à une autre forme de réparation ». Il s'agissait donc du droit à ce que la Cour ne soit pas empêchée d'édicter toutes les formes de réparation sauf impossibilité de la *restitutio*. Cependant, cela impliquait d'admettre que la Cour puisse ordonner à un État de se comporter de telle manière que cette *restitutio* ne puisse pas devenir impossible, c'est-à-dire ordonner qu'il ne rende pas impossible une forme de réparation dont l'impossibilité justifierait une autre forme de réparation. La question exige une analyse subtile dont la Cour a fait l'économie. Car,

93. *LaGrand*, *op. cit.*, *Rec.* 1999, p. 9, §§22-23. V. également §27 : « de telles mesures préserveraient les droits respectifs de l'Allemagne et des États-Unis ». De manière identique : *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, *op. cit.*, §§35-36 et 40. V. encore *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance 5.2.2003, §§48-50. Dans ce sens déjà, p. ex. *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*, *op. cit.*, p. 93 ; *Affaire de l'Interhandel (mesures conservatoires)*, ordonnance du 24.10.1957 : *Rec.* 1957, p. 105, 111 ; *Compétence en matière de pêcheries*, ordonnances précitées du 17.8.1972, pp. 15 et 33, 16 et 34 ; *Essais nucléaires*, ordonnances précitées du 22.6.1973, pp. 103, 139, 103-104, 140, 105, 141 ; *Compétence en matière de pêcheries*, ordonnances précitées du 12.7.1973, *Rec.* 1973, pp. 302 et 313, §8 ; *Plateau continental de la mer Égée*, *op. cit.*, p. 9 ; *Personnel diplomatique et consulaire*, *op. cit.*, §§28, 33, 36 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *op. cit.*, *Rec.* 1984, §§27, 32 ; *Différend frontalier*, ordonnance précitée du 10.1.1986, §§11, 13 et dispositif, A ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mesures conservatoires, ordonnances du 8.4.1993 et 13.9.1993, *Rec.* 1993, p. 3, §34 et p. 325, §35 ; *Affaire du Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 29.7.1991, *Rec.* 1991, p. 12, §§16, 22, 23 ; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, ordonnance 15.3.1996, *Rec.* 1996 (I), p. 13, §35, dispositif, 1) ; *Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo*, *op. cit.*, §39, dispositif, 1) ; *Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 8.12.2000, *Rec.* 2000, p. 182, §69. Ainsi la Cour rejeta-t-elle la demande d'indication de la Guinée-Bissau in *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989*, mesures conservatoires, ordonnance 2.3.1990, *Rec.* 1990, p. 64 au motif que la requête la priait de se prononcer sur l'existence et la validité de la sentence et non sur les droits respectifs des Parties dans la zone maritime en cause. Ainsi, les droits allégués dont il était demandé qu'il fassent l'objet de mesures conservatoires n'étaient pas l'objet de l'instance pendant sur le fond et aucune mesure de ce genre ne saurait être incorporée dans l'arrêt de la Cour sur le fond. En outre, une décision de la Cour sur l'inexistence ou la nullité de la sentence n'aurait impliqué en aucune manière qu'elle décide que les prétentions de la demanderesse en ce qui concerne la délimitation maritime sont fondées et qu'ainsi le différend relatif à ces prétentions n'aurait pas été réglé par son arrêt.

94. C'est ce qui semble pouvoir être inféré de la précision opérée par la Cour dans l'ordonnance précitée prononcée dans l'affaire *Breard*, §37 : « une telle exécution rendrait impossible l'adoption de la solution demandée par la Paraguay et porterait ainsi un préjudice irréparable aux droits revendiqués par celui-ci ». V. aussi *Compétence en matière de pêcheries*, ordonnances précitées, p. 12, 16 et p. 30, 34 : « Considérant que la mise en application immédiate de son règlement par l'Islande, en anticipant sur l'arrêt de la Cour, porterait préjudice aux droits invoqués par le Royaume-Uni [la république fédérale] et nuirait à la possibilité de leur rétablissement intégral au cas où la Cour se prononcerait en sa faveur ». Dans ce sens, P. PESCATORE, « Les mesures conservatoires et les référés », *La juridiction permanente*, coll. S.F.D.I., Paris, Pedone, 1987, pp. 315-362, 323 : « Les mesures conservatoires ont pour fonction de tenir ouvertes les possibilités de solution, de maintenir l'égalité de chances entre parties et de permettre ainsi à la décision finale de déployer sa pleine efficacité » ; 326 : « C'est le sens même de la procédure du référé qui doit permettre de parer au plus pressé, en vue de conserver ouvertes les chances des parties ».

en effet, si tel était son raisonnement, finalement, le préjudice irréparable qu'elle voulait prévenir le 3 mars 1999 était la privation factuelle du droit, extra conventionnel, de l'Allemagne de se voir accorder la *restitutio* sauf réalisation d'un préjudice au titre de la convention rendant impossible cette *restitutio*... Il fallait donc, dans cette hypothèse, expliquer en quoi l'exécution de Walter LaGrand aurait causé un préjudice irréparable à l'Allemagne au regard de la convention, ce qui n'était pas évident.

La question pourrait également se poser de la contestation d'une ordonnance fondée sur l'absence de base de compétence à son édicition. La Cour avait en effet affirmé, à juste titre nous semble-t-il, dans son ordonnance du 8 avril 1993 :

« [L]a Cour, après avoir établi qu'il existe une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée, ne devrait pas indiquer de mesures tendant à protéger des droits contestés autres que ceux qui pourraient en définitive constituer la base d'un arrêt rendu dans l'exercice de cette compétence ; [...], par voie de conséquence, la Cour se limitera, dans son examen des mesures demandées, et des motifs mis en avant pour justifier ces demandes, à prendre en considération ceux qui entrent dans le champ d'application de la convention sur le génocide »⁹⁵.

Un État pourrait-il donc de manière licite ne pas respecter une ordonnance qui ne respecterait pas cette prescription ? L'affaire LaGrand mérite encore sur ce point l'attention dans la mesure où on peut douter que la non exécution de Walter LaGrand aurait pu être décidée au fond sur la base de la convention.

La question se pose dès lors de savoir si ces ordonnances ont, à l'instar des arrêts de la Cour, force définitive⁹⁶. L'article 76 du Règlement de la Cour ne semble pas pouvoir constituer une disposition applicable à une contestation d'une ordonnance pour illicéité. Il dispose qu'à la demande d'une partie, celle-ci peut, à tout moment avant son arrêt définitif, rapporter ou modifier toute décision concernant des mesures conservatoires si un changement dans la situation lui paraît justifier que cette décision soit rapportée ou modifiée. Non seulement, le seul motif recevable d'une demande de retrait ou modification est un changement de circonstances⁹⁷, mais encore, la Cour dispose là d'un pouvoir discrétionnaire pour donner une suite favorable ou non à une telle demande.

À supposer, pourtant, que la Cour ait à résoudre une telle question, on ne doute pas, sans pour autant l'y inviter, qu'elle emploiera à nouveau la méthode d'interprétation dite de l'effet utile en considérant que le caractère légalement incontestable de ses ordonnances est exigé par leur but qui est de lui permettre

95. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mesures conservatoires, ordonnance du 8.4.1993, *Rec.* 1993, p. 3, 19 §35. V. aussi, dans la même affaire l'ordonnance du 13.9.1993, §36. V. encore *Essais nucléaires*, ordonnances précitées du 22.6.1973, p. 99, 102-103 et p. 135, 138-139 ; *Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (Nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 10.7.2002, §58.

96. La Cour eut à connaître d'une protestation contre le maintien en vigueur de mesures conservatoires dont elle avait cependant prévu qu'elle pouvait les modifier. Elle confirma ses premières ordonnances sans traiter expressément de la question de leur contestation : *Compétence en matière de pêcheries*, ordonnances précitées du 12.7.1973, pp. 302 et 313.

97. Ainsi le §2 énonce-t-il que toute demande présentée par une partie et tendant à ce qu'une décision concernant des mesures conservatoires soit rapportée ou modifiée indique le changement dans la situation considéré comme pertinent. V. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, mesures conservatoires, ordonnance du 13.9.1993, *Rec.* 1993, p. 325, §22 : « [U]ne ordonnance par laquelle la Cour indique ou s'abstient d'indiquer des mesures conservatoires peut être rapportée ou modifiée, comme il est précisé à l'article 76 du Règlement ; considérant toutefois que, selon cet article, la Cour ne peut rapporter ou modifier une telle ordonnance que "si un changement dans la situation lui paraît justifier" qu'il en soit ainsi ».

de rendre un arrêt de dernier ressort. Elle dira également que rien ne s'oppose à une telle interprétation dans la Charte et le Statut puisque la question n'y est pas traitée expressément. Finalement, donc, on passerait d'un état du droit dans le cadre duquel ces ordonnances n'étaient pas de manière certaine obligatoires – même si l'on pouvait estimer qu'elles l'étaient vraisemblablement – à un stade où elles seraient non seulement obligatoires, mais également légalement définitives...

ii – Les conséquences de la violation des ordonnances

D'autres questions sont soulevées par l'affirmation par la Cour du caractère obligatoire de ses ordonnances indiquant des mesures conservatoires. Il s'agit notamment de savoir si ce caractère obligatoire a pour conséquence qu'un État partie à un différend pourrait prendre des mesures unilatérales, pendant le règlement de celui-ci, afin de contraindre l'autre État à respecter ses obligations découlant d'une telle ordonnance.

Pour, semble-t-il, rendre supportable le caractère rétroactif de son affirmation, la Cour déclara que si la question du respect par les États-Unis de son ordonnance s'était posée en termes d'indemnisation, elle aurait tenu compte des éléments qu'on a vus, semblant signifier ainsi que ceux-ci auraient constitué des « circonstances atténuantes » aptes à justifier une réduction de l'indemnisation due. Selon la Cour, donc, l'autre partie au différend aurait droit à une indemnisation éventuelle pour non-respect d'une ordonnance indiquant des mesures conservatoires. En somme, cette dernière créerait une obligation dont la violation engage la responsabilité internationale de son auteur. Est-elle également une obligation dont la violation pourrait justifier le recours à des contre-mesures ? Ce serait incontestablement un élément de décentralisation au sein du processus juridictionnel. Peut-être, cependant, la formule utilisée par la Cour selon laquelle elle est compétente pour toute question qui se poserait au sujet de son ordonnance pourrait signifier qu'elle s'estimerait compétente pour régler la question. Il reste dans ce cas à savoir selon quelle procédure et par quelles voies de droit. Son refus de connaître d'une telle question aurait des conséquences importantes eu égard à la façon dont est traitée habituellement la question des rapports entre l'exercice des contre-mesures et l'emploi de modes de règlement des différends. À cet égard, se pose également la question de la portée de l'affirmation du caractère obligatoire des ordonnances indiquant des mesures conservatoires sur le régime des contre-mesures. Si l'on accorde un certain crédit à la position du tribunal arbitral dans l'affaire de la rupture de charge sur l'articulation des modes juridictionnels de règlement des différends et l'exercice des contre-mesures⁹⁸ et selon l'interprétation qu'on donne de cette position, cet arrêt peut renouveler de manière substantielle l'architecture de l'ordre juridique international. En tout état de cause, la Cour sera vraisemblablement appelée à se prononcer, ce qu'elle s'est jusque là abstenue de faire, sur l'effet de ses mesures conservatoires sur le droit des États de recourir à des contre-mesures.

98. Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France, 9.12.1978, R.S.A., t. XVIII, p. 454, §96 quant au droit de prendre des contre-mesures quand un tribunal ou une Cour est en état d'intervenir : « Pour autant que le tribunal dispose des moyens d'assurer les fins qui justifient des contre-mesures, on doit admettre que le droit des Parties de prendre de telles mesures disparaît. Autrement dit, la faculté d'un tribunal de décider des mesures conservatoires, que cette faculté soit exprimée dans son statut ou impliquée par celui-ci (au moins sous la forme de recommandations portant sur cet objet), fait disparaître la faculté de prendre des contre-mesures et peut rendre caduques des contre-mesures déjà prises, pour autant que le tribunal en décide ainsi à titre de mesure conservatoire. Toutefois, comme l'objet et l'étendue de la faculté du tribunal de décider des contre-mesures peuvent se situer dans un cadre assez étroit, la faculté des Parties de prendre ou de maintenir des contre-mesures peut également ne pas disparaître dans sa totalité ».

Une autre difficulté se pose qui fut énoncée par un commentateur de l'arrêt⁹⁹. La Cour pourrait indiquer des mesures conservatoires dans une affaire dans laquelle elle décidera ultérieurement qu'elle n'a pas compétence ou que la requête est irrecevable. L'État qui ne les respecte pas devra-t-il répondre de cette violation alors même que la Cour aura décidé ne pas pouvoir juger au fond et déclarera, comme dans l'affaire *Anglo-Iranian Oil Co.* que son ordonnance « cesse de produire des effets dès le prononcé [de son arrêt déclarant son absence de compétence] et que les mesures conservatoires sont en même temps frappées de caducité »¹⁰⁰ ? Car, inférer du caractère obligatoire de l'arrêt à rendre le caractère obligatoire des mesures conservatoires ne doit pas faire oublier la possibilité que la Cour ne rende pas de décision au fond.

iii – Ordonnances et considérations humanitaires

Enfin, imaginons l'hypothèse dans laquelle la Cour déciderait d'indiquer des mesures conservatoires dans un contexte semblable à celui de l'affaire *LaGrand* et déciderait ensuite qu'elle n'a pas compétence pour régler le différend dans le cadre duquel elle a indiqué de telles mesures ou que la requête est irrecevable. Des raisons morales et humanitaires suffiront-elles seules à justifier qu'elle ne retire pas son ordonnance comme elles semblent avoir justifié, seules, leur indication dans notre affaire ou acceptera-t-elle de retirer une ordonnance pourtant édictée afin d'éviter une atteinte à des droits de l'homme ou de sauvegarder des vies humaines ? Entre le principe du fondement consensuel de sa compétence¹⁰¹ et la logique de la protection de certains droits des individus, la Cour devra choisir et il n'est pas certain qu'elle pousse la logique de l'arrêt *LaGrand* jusque dans ses dernières implications.

Cet arrêt ne concerne pas seulement l'architecture de l'ordre juridique international, mais également les rapports entre celui-ci et les ordres internes.

B. *L'extension de la fonction juridictionnelle de la Cour dans l'ordre juridique étatique*

Dans ses conclusions écrites, l'Allemagne ne demandait qu'une garantie de non-répétition des faits illicites allégués¹⁰². Dans ses conclusions orales, elle priait la Cour de dire et juger que les États-Unis devaient lui donner l'assurance qu'ils ne répéteraient pas de tels actes illicites et que, dans les cas futurs de détention de ressortissants allemands ou d'actions pénales à l'encontre de tels ressortissants, ils veilleraient à assurer l'exercice effectif des droits visés à l'article 36 de la convention de Vienne. En particulier dans les cas où un accusé est passible de la peine de mort, cela entraînerait pour les États-Unis l'obligation de prévoir le réexamen effectif des condamnations pénales entachées d'une violation des droits énoncés à cet article, ainsi que les moyens pour y porter remède. Elle semblait donc demander deux prestations distinctes. Elle demandait, d'une

99. W.J. ACEVES, « *LaGrand* (Germany v. United States), Judgment, International Court of Justice, June 27, 2001 », 96 *A.J.I.L.* 2002, pp. 210-218, 217.

100. Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* (compétence), arrêt du 22.7.1952, *Rec.* 1952, p. 93, 114.

101. Pour des affirmations de ce principe, entre autres, Affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* (Nouvelle requête : 2002), *op. cit.*, §57 ; *Licéité de l'emploi de la force* (Yougoslavie c. Belgique), (Yougoslavie c. Canada), (Yougoslavie c. France), (Yougoslavie c. Allemagne), (Yougoslavie c. Italie) (Yougoslavie c. Pays-Bas), (Yougoslavie c. Portugal), (Yougoslavie c. Espagne), (Yougoslavie c. Royaume-Uni), (Yougoslavie c. États-Unis), mesures conservatoires, ordonnances du 2.6.1999, *Rec.* 1999, p. 124, §20, p. 259, §19, p. 363, §19, p. 259, §19, p. 481, §19, p. 542, §20, p. 656, §19, p. 761, §19, p. 826, §19, p. 916, §19.

102. V. mémoire, §§6.01. Cependant, §§6.02, 6.25-6.26, elle demandait également une déclaration d'illicéité de la conduite américaine.

part, comme le Paraguay dans l'affaire *Breard*, à la Cour de dire et juger que les États-Unis devaient donner des garanties et assurances qu'ils respecteraient l'article 36, ce qui revenait à lui demander d'ordonner à cet État de formuler la règle qui lui est opposable ou de s'engager à respecter cette règle qu'il s'était déjà engagé à respecter... Elle demandait, d'autre part, une injonction par la Cour aux autorités internes des États-Unis de réviser leurs jugements futurs édictés à la suite de procédures contraires à l'article 36 §1. La Cour examina sa compétence et la recevabilité de la conclusion (1) et répondit au fond (2).

1. *Compétence de la Cour et recevabilité de la conclusion*

La question de la compétence et de la recevabilité concernait tant la demande de garanties et assurances de non-répétition (a) que celle concernant l'obligation de révision (b).

a) *La demande de garanties et assurances de non-répétition*

Les États-Unis contestaient la compétence de la Cour pour connaître de la conclusion de l'Allemagne ayant pour objet de faire décider qu'ils devaient donner des garanties et assurances de non-répétition de leur fait illicite. Ils déclaraient en effet que la compétence de la Cour pour ordonner la cessation d'un fait illicite ou une réparation n'englobe pas la question de l'assurance et des garanties qui sont conceptuellement différentes de la réparation. La conclusion de l'Allemagne allait ainsi bien au-delà de toute mesure de réparation que la Cour peut ordonner. La compétence de cette dernière pour trancher des affaires n'engloberait pas celle d'ordonner des garanties ayant pour objet de conférer des droits additionnels à l'État requérant ; il n'appartenait pas à la Cour d'imposer des obligations qui s'ajoutent à celles qu'ils ont acceptées quand ils ont ratifié la Convention ou qui en diffèrent¹⁰³. Les États-Unis déclaraient en effet que le droit allégué par l'Allemagne ne découlait pas d'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la convention. Si un tel droit existait, il découlerait du seul droit international. La compétence de la Cour en vertu du protocole ne pouvait aller jusqu'à prescrire un engagement juridique supplémentaire qui « s'ajouterait » à l'obligation conventionnelle qui fonde cette compétence en vertu du protocole¹⁰⁴. Par sa nature, cette prescription est indépendante de l'application et de l'interprétation de la convention. Il serait donc contraire au principe fondamental selon lequel la compétence de la Cour est fondée sur le consentement qu'elle puisse, dans le cadre du règlement d'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la convention, imposer aux États-Unis une nouvelle obligation juridique distincte, qui procéderait prétendument du droit de la responsabilité¹⁰⁵.

L'Allemagne répondait au moyen de deux arguments. Elle affirmait d'abord qu'un différend portant sur la question de savoir si une disposition de la convention donne droit à certains remèdes est un différend relatif à l'application et à l'interprétation de la convention et entre donc dans le champ de l'article premier du protocole¹⁰⁶. Elle prétendait ensuite que sa quatrième conclusion relève des

103. Arrêt, §46 ; contre-mémoire, §170.

104. V. notamment CR 2000/29, §5.42.

105. CR 2000/29, §5.27

106. Elle citait à ce titre *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, op. cit., p. 248, §31 : « il existe un différend sur la question de savoir si la solution recherchée par le Paraguay figure parmi les mesures possibles en vertu de la convention de Vienne, en particulier au regard des dispositions des articles 5 et 36 de cette convention ; et [...] il s'agit là d'un différend relatif à l'application de la convention au

principes de la responsabilité des États, selon lesquels elle est en droit de faire valoir toute la gamme des voies de droit disponibles au titre des violations alléguées en l'espèce, ces questions de responsabilité entrant dans le champ du protocole ¹⁰⁷.

La Cour retint sa compétence en déclarant qu'un différend portant sur les voies de droit à mettre en œuvre au titre d'une violation alléguée de la convention concerne l'interprétation ou l'application de celle-ci et, de ce fait, relève de sa compétence. En effet précisa-t-elle en se référant à l'affaire *Usine de Chorzów*, si elle est compétente pour connaître d'un différend portant sur une question déterminée, elle n'a pas besoin d'une base distincte de compétence pour étudier les remèdes demandés par une partie pour cette violation ¹⁰⁸. Elle précisa dans le cadre de ses développements relatifs à la recevabilité des demandes allemandes que par cette dernière conclusion, l'Allemagne lui demandait seulement de déterminer les remèdes à apporter aux violations alléguées de la convention ¹⁰⁹. Ainsi qu'il a été noté ¹¹⁰, la Cour, si elle se réfère à l'affaire *Usine de Chorzów*, en étend singulièrement la portée en estimant avoir compétence pour connaître de tout remède à une violation et non de la *réparation stricto sensu*. Cette extension pourrait expliquer qu'elle n'ait pas estimé utile de démontrer la recevabilité de la demande de garanties de non-répétition qui ne semble pourtant pas, ainsi que l'affirmaient les États-Unis, relever de la logique de la *réparation* ¹¹¹.

b) *L'obligation de réexamen et révision des jugements internes*

Les États-Unis invoquaient également l'incompétence de la Cour pour énoncer une obligation de réexamen et de révision des jugements internes. Ils se fondaient pour cela sur les mêmes motifs que ceux qu'ils avaient avancés contre sa compétence pour décider des garanties de non-répétition. Selon eux, la Cour ne pouvait créer des obligations additionnelles à celles qui sont énoncées dans la convention. Ils soulignaient, en outre, que cette dernière ne prévoit pas d'obligation limitée aux affaires dans lesquelles l'accusé est passible de la peine de mort. L'obligation invoquée par l'Allemagne avait donc sa source ailleurs que dans la convention. Or, la compétence de la Cour se limite à cette dernière.

La Cour ne répondit pas à l'argument si ce n'est en déclarant, dans le cadre de l'examen de la recevabilité des conclusions allemandes, que, par sa quatrième conclusion, l'Allemagne lui demandait de déterminer les remèdes à apporter aux violations alléguées de la convention. Une précision n'aurait pas été inutile tant un tel remède paraît profondément nouveau en droit international. Elle retint seulement, pour les rejeter, les objections à la recevabilité de cette conclusion. Les États-Unis affirmaient l'irrecevabilité de la conclusion au motif que, par celle-ci, l'Allemagne cherchait à leur faire appliquer une norme différente de celle qu'elle mettait en œuvre dans son ordre interne. L'application à leur encontre de règles que l'Allemagne ne suivrait pas serait contraire aux principes fondamentaux de la justice et d'égalité des parties ¹¹². La Cour, malheureusement, estima qu'il

Suite de la note 106.

sens de l'article premier du protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends du 24 avril 1963 ».

107. Arrêt, §47.

108. Arrêt, §48.

109. Arrêt, §52.

110. A. ORAKHELASHVILI, « Questions of International Judicial Jurisdiction in the *LaGrand* Case », 15 *Leiden J.I.L.* 2002, pp. 105-130, 114-115.

111. Dans ce sens, *ibidem*, pp. 114-115.

112. Arrêt, §61.

n'était point besoin de décider si cet argument, à supposer qu'il fût exact, rendrait la conclusion irrecevable. Elle se borna en effet à estimer que l'obligation invoquée par l'Allemagne était suivie par celle-ci. On peut regretter non seulement, qu'elle n'ait pas nié expressément le bien-fondé du raisonnement américain, mais, aussi, qu'elle ait eu recours à un raisonnement distinguant de manière purement prétorienne les remèdes à retenir en cas de violation de la convention selon la gravité de la situation faisant l'objet de la violation ¹¹³.

2. L'exigence de garanties de non-répétition et l'obligation de réexamen et révision des jugements internes

L'Allemagne estimait que les assurances et garanties de non-répétition qu'elle demandait étaient appropriées en raison d'un véritable risque de répétition et de la gravité du préjudice subi par elle et qu'elles constituaient des formes reconnues de réparation ¹¹⁴. En outre, l'exercice effectif du droit à la notification consulaire énoncé à l'article 36 §2 exige que, dans les cas où il n'est pas exclu que le jugement prononcé soit vicié par la violation de ce droit, des procédures de recours permettent de revenir sur celui-ci et, soit de revoir le verdict de culpabilité, soit de prononcer une autre peine.

Les États-Unis répondaient que contrairement à la forme de réparation demandée dans les trois premières conclusions, leur imposer une telle obligation additionnelle serait sans précédent dans la jurisprudence internationale et outrepasserait le pouvoir et la compétence de la Cour. En outre, ils invoquaient leurs efforts pour réduire les risques de voir se reproduire une situation comme celle advenue en l'espèce. Ils ajoutaient que ce qui était demandé à la Cour était que celle-ci leur ordonne d'assurer qu'ils ne manqueront plus jamais d'informer un ressortissant allemand de son droit à la notification consulaire. Or, ils ne pouvaient offrir une telle assurance et déclaraient avoir déjà fourni des assurances appropriées à l'Allemagne. Sur le plan de l'article 36 §2, également, ils déclaraient que l'assurance que, dans tous les cas futurs de détention d'Allemands ou d'actions pénales à leur encontre, ils veilleront à assurer en droit et en pratique l'exercice effectif des droits visés à l'article 36, est une mesure à caractère absolu qui a pour objet de créer pour eux des obligations dépassant celles prévues dans la convention. D'une manière plus générale, ils affirmaient que même si la Cour devait estimer qu'en opposant la règle de la carence procédurale aux *LaGrand*, ils avaient commis un deuxième fait illicite, elle devrait limiter ce prononcé à l'application qui avait été faite de cette règle dans cette affaire. Elle devait résister à l'invitation qui lui était faite de prescrire une assurance absolue couvrant l'application future par les États-Unis de leur droit interne dans toutes les affaires de ce genre ¹¹⁵.

La Cour classa en trois catégories les demandes allemandes : une demande générale de non-répétition laissant les États-Unis libres des moyens à adopter, une demande que le droit et la pratique de ceux-ci ne feront pas obstacle à l'exercice des droits énoncés à l'article 36 et enfin une demande qui vise des mesures très spécifiques : le réexamen des condamnations pénales prononcées en violation de l'article 36 et l'institution de moyens pour y remédier. Elle les traita en distinguant la demande de caractère général et les autres demandes.

113. Arrêt, §63.

114. Pour cette dernière affirmation, mémoire, §6.47.

115. V. notamment CR 2000/29, §5.42.

a) *Les assurances et garanties de non-répétition*

La Cour observa que les États-Unis l'avaient informée de mesures importantes qu'ils prenaient pour empêcher qu'une violation de l'article 36 §1 *b*) se reproduise. Elle estima qu'ils avaient reconnu avoir manqué à leurs obligations en matière de notification consulaire dans le cas des LaGrand et qu'ils s'étaient excusés. Elle ajouta, cependant, que des excuses ne suffisaient pas en l'espèce comme dans tous les cas où un tel manquement se produit à l'égard d'étrangers faisant l'objet d'une détention prolongée ou étant condamnés à mort. Elle distingua ainsi les conséquences à attacher à un manquement à l'obligation de notification consulaire là où la convention ne distingue pas, c'est-à-dire à raison de la gravité de la situation de l'individu. Toutefois, elle estima que le fait qu'un État fasse référence de manière répétée aux activités auxquelles il se livre pour mettre en œuvre certaines obligations découlant d'un traité traduit un engagement de sa part de poursuivre les efforts entrepris à cet effet. La garantie de non-répétition découlerait donc de la convention où elle ne figure pourtant pas expressément. Dans le dispositif de l'arrêt, elle déclara prendre acte de l'engagement pris par les États-Unis d'assurer la mise en œuvre des mesures spécifiques adoptées en exécution de leurs obligations au titre de l'article 36, §1, alinéa *b*) de la convention et affirma que cet engagement devait être considéré comme satisfaisant à la demande de l'Allemagne visant à obtenir une assurance générale de non-répétition.

On peut se demander ce qu'elle aurait fait si elle n'avait pas estimé l'engagement des États-Unis suffisant. Il semble découler de l'arrêt qu'elle aurait estimé disposer du pouvoir de leur ordonner d'accorder d'autres garanties et assurances. Il est cependant difficile de voir en quoi ce « remède » relève de la logique de la responsabilité et de mesurer la portée d'un engagement d'un État à faire ce qu'il s'est déjà engagé à faire en ratifiant une convention.

C'est la première fois, semble-t-il, que la Cour exige de telles garanties de non-répétition dont nous avouons ne pas voir clairement l'objet ni la base juridique. Il est difficile de trouver des précédents jurisprudentiels incluant de telles garanties dans les conséquences attachées à un fait internationalement illicite et, plus encore, dans les formes de la réparation entendue *stricto sensu*¹¹⁶. Peut-être n'est-il pas indifférent d'observer que, dans son mémoire, l'Allemagne invoquait à l'appui de sa demande une « pratique » des États et non une règle coutumière¹¹⁷. La pratique citée, en outre, ne convainc guère de l'existence d'une obligation juridique d'accorder des garanties de non-répétition comme forme de réparation du dommage subi du fait de la commission d'un fait internationalement illicite.

116. L'Allemagne citait comme exemple dans son mémoire trois constatations du Comité des droits de l'homme. La pratique de cette institution abonde en effet de formules selon lesquelles, en vertu de l'article 2 du Pacte, l'État auteur du fait illicite doit faire en sorte qu'aucune violation similaire à celle constatée ne se reproduise. Cependant, le Comité ne demande pas ni n'ordonne d'assurances ou garanties de non-répétition ; il déclare seulement qu'en vertu du Pacte, cet État doit prendre les mesures nécessaires pour ne plus violer à l'avenir les normes particulières qui y sont énoncées. Il semble en être de même de la Cour interaméricaine de droits de l'homme. L'Allemagne citait dans ses plaidoiries orales deux arrêts qui, pourtant, ne demandaient pas ni n'ordonnaient des assurances ou garanties. Ces arrêts se bornaient à déclarer que l'État auteur du fait illicite est obligé d'adopter des mesures internes propres à prévenir toute violation analogue à celles constatées. V. cependant Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment 12, Right to adequate food (Art. 11)*, U.N. Doc.E/C.12/1999/5 (1999), §32 : « Any person or group who is victim of a violation of the right to adequate food should have access to effective judicial or other appropriate remedies at both national and international levels. All victims of such violations are entitled to adequate reparation, which may take the form of restitution, compensation, satisfaction or guarantee of non-repetition ».

117. V., cependant, mémoire, §6.77.

Finalement, l'Allemagne fondait ses prétentions essentiellement sur les travaux de la C.D.I. Ces garanties et assurances figurent en effet dans le dernier projet d'articles sur la responsabilité des États dont l'article 30, intitulé « Cessation et non-répétition », dispose :

« L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation : a) d'y mettre fin si ce fait continue ; b) d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent ».

Elles semblent être apparues récemment dans les travaux de la C.D.I.¹¹⁸. Elles seraient une conséquence de l'illicite que l'Allemagne semblait distinguer de la satisfaction bien qu'en termes peu clairs¹¹⁹. Toutefois leur caractère novateur et l'indétermination du concept dans les travaux de la C.D.I., notamment par rapport aux conséquences traditionnelles du fait internationalement illicite, empêchent d'y voir une disposition reflétant l'état du droit coutumier, ainsi que l'affirma l'Allemagne dans un document daté du 25 mars 1998¹²⁰.

En outre, il est difficile de dire en quoi ces garanties et assurances de non-répétition relèvent du monde de la responsabilité¹²¹, même si l'on adopte une définition extensive de celle-ci qui ne consisterait pas dans la seule obligation de réparation mais dans toute relation juridique née de la commission du fait illicite. Il est difficile en effet de croire qu'elles participeraient à la réparation d'un dommage, y compris comme mode de restauration¹²². À cet égard, l'Allemagne affirmait elle-même que, contrairement à la satisfaction et à la réparation en général, les assurances et garanties ne sont pas tournées vers le passé, mais vers

118. On les trouve dans le deuxième rapport Riphagen précité, pp. 81-105, §85 et à l'art. 4 du projet où elles semblent constituer une obligation supplémentaire comme forme de satisfaction à l'obligation d'indemnisation et non comme une obligation autonome (ce qu'elles semblent pourtant être au §99 toujours à titre de satisfaction) ; dans le *Troisième rapport sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles)*, par M. Willem RIPHAGEN, rapporteur spécial, Doc. A/CN.4/354 et Add. 1 et 2, A.C.D.I. 1982, vol. II (1^{re} partie), pp. 25-59, §83 où l'exécution par équivalent aboutit à la garantie de non répétition et note 65 et §86 où la garantie constitue un degré d'exécution par équivalent. Dans le dernier état des travaux de la Commission, elles sont traitées dans le troisième rapport Crawford précité, doc. A/CN.4/507, §9, où elles font partie de la réparation au sens large et non au sens strict en ce qu'elles constitueraient des conséquences d'un fait internationalement illicite qui se rapportent à la question du maintien de l'obligation en question au même titre que la cessation et §16, où elles doivent être abordées dans le même contexte que la question de la cessation de tout acte illicite continu. Cependant, elles sont mentionnées dans l'art. 42 du projet d'articles de la deuxième partie adopté en 1^{re} lecture avec la satisfaction comme forme de réparation.

119. V. Mémoire, §§6.78 ss.

120. *Responsabilité internationale des États. Commentaires et observations reçues des gouvernements*, C.D.I., doc. A/CN.4/488, 25.3.1998, 162 p, 110 : « Il existe toutefois un doute quant à la question de savoir si l'État lésé a, en vertu du droit international coutumier, droit à des « garanties de non-répétition ». [...] Imposer l'obligation de garantir la non-répétition dans tous les cas serait certainement aller au-delà de ce qui est jugé approprié dans la pratique des États ».

121. En ce sens, États-Unis, CR 2000/29, §5.28. *Contra* P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 6^e éd., 2002, 787 p. 484.

122. Dans le commentaire du dernier projet d'article, le rapporteur y voit un aspect du rétablissement et de la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte tout en reconnaissant qu'une garantie de non-répétition a une fonction préventive et peut être considérée comme un « renforcement positif de l'exécution future » (*sic.*). Plus loin, cependant, il reconnaît que ces assurances et garanties « visent à rétablir la confiance dans une relation continue » et « ont l'avantage d'être tournées vers l'avenir et visent à empêcher d'autres violations potentielles. Elles sont axées sur la prévention plutôt que sur la réparation ». « Lorsqu'un État lésé cherche à obtenir des assurances et garanties de non-répétition, c'est essentiellement pour renforcer une relation juridique continue et l'accent est mis sur le respect futur d'une obligation et non pas sur une violation passée ». *In op. cit.*, doc. A/CN.4/507, §53, il semblait plus approprié de traiter cette question dans le contexte de la continuation et de la

le futur, et sont reconnues comme des remèdes séparés en droit international coutumier¹²³.

Dire que de telles garanties ne peuvent être pertinentes qu'après la commission d'un fait illicite est une chose qui n'est pas étrangère aux lois de l'évidence. En inférer que la commission d'un fait illicite a pour conséquence en droit l'obligation pour son auteur d'accorder de telles garanties en est une autre. Surtout, il est difficile de déterminer la portée d'un engagement par un État d'accorder des garanties et assurances de non-répétition. Il semble en effet qu'il ne s'agisse là que d'un engagement de respecter un engagement antérieur toujours valide ; l'État s'engagerait à ne plus violer une règle qu'il s'était déjà, par définition, engagé à ne pas violer... Si telle est la signification de ce « remède » – et nous croyons que ça l'est pour la Cour et la C.D.I. –, on ne voit pas l'apport de telles garanties et assurances ni celui d'une décision les exigeant ou déclarant que l'auteur du fait illicite a pris un tel engagement¹²⁴. Plus précisément, nous ne croyons pas qu'une de ces trois situations modifie l'ordonnement juridique. En d'autres termes, on ne voit pas à quoi remédie ce remède.

Car, normalement, la responsabilité ne clôt pas la chaîne normative née de la commission du fait illicite, mais en établit une nouvelle. En effet, la violation d'une norme n'exonère pas son auteur de l'obligation de la respecter, l'obligation de réparer n'étant qu'une obligation additionnelle et non substitutive par rapport à l'obligation violée¹²⁵. Supposons dans ces conditions qu'un État offre de telles

Suite de la note 122.

restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte et non comme un aspect de l'obligation secondaire de réparer. La terminologie ou l'idée est ambiguë : comment un mécanisme qui a une fonction plus de prévention que de réparation et qui est tourné vers l'avenir peut-il constituer un mode de restauration ? M. Crawford en conclut *in A/CN.4/507* préc., §54 que « Prises dans ce sens, les assurances et garanties se rapportent à l'exécution future de l'obligation en partant du principe qu'elle a survécu à la violation. On pourrait dire qu'elles sont l'aspect positif de l'exécution future, alors que la cessation d'un acte illicite ayant un caractère de continuité en est l'aspect négatif ».

123. Mémoire, §6.61.

124. M. Crawford s'est posé la question, mais sans aller au bout des interrogations que soulève l'énoncé d'une telle obligation dans son troisième rapport, doc. *A/CN.4/507*, §58 : « [Cela pose une [...]] question, celle de savoir s'il convient même de formuler l'article 46 comme une obligation. On pourrait en effet se demander quelles pourraient être les conséquences d'une violation de cette obligation. Par exemple, un État qui a offert de réparer pleinement les conséquences d'une violation pourrait-il être passible de contre-mesures s'il n'a pas donné des assurances et des garanties de non-répétition qui satisfassent l'État lésé ? Cela semble peu probable. Si, malgré des assurances antérieures, il y a répétition de la violation, cela peut être considéré comme une circonstance aggravante, mais cela pourrait être vrai de toute façon. Peut-être serait-il donc justifié de formuler l'article 46 en des termes plus souples ». Autrement dit le formuler sans portée normative ; il n'aurait dans ce cas pas place dans un projet de codification mais révélerait le fait qu'il ne reflète pas le droit coutumier s'il était formulé en termes d'obligation. Après avoir estimé qu'il fallait insérer une version modeste de cet article en tant que principe général relatif à la continuation de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte, le rapporteur propose finalement d'énoncer l'obligation d'offrir des assurances et garanties appropriées de non-répétition. Au §121 du premier addendum à son 3^e rapport, les assurances et garanties de non-répétition constituent une des quatre formes de réparation à côté de la restitution, de l'indemnisation et de la satisfaction, étant seulement précisé qu'elles sont cependant considérées comme étant *sui generis*, puis énoncé, conformément aux développements antérieurs, qu'il est préférable de les traiter comme un aspect de la cessation du fait illicite et de l'exécution future de l'obligation puisqu'elles partent du postulat que la relation juridique qui a fait l'objet d'une violation se poursuit.

125. Les formulations selon lesquelles il y a *substitution* des deux obligations ou *transformation* de la première en la deuxième ne sont en effet pas heureuses en ce qu'elles ne s'intéressent plus au sort de la première obligation considérée, semble-t-il, comme ne s'imposant plus. Or, celle-ci continue à s'imposer à l'État, son existence légale n'étant pas liée à sa violation non généralisée. Ainsi s'explique l'inclusion de la cessation de l'illicite, obligation mise à la charge de l'auteur de l'illicéité, si la violation "post-existe" à l'acte lui-même. Il n'y a donc pas *substitution* ou *transformation* mais *addition* en tant que l'obligation violée continue à s'imposer à l'État. V. dans ce sens art. 29 du dernier projet d'articles sur la responsabilité intitulé *Maintien du devoir d'exécuter l'obligation* : « Les conséquences juridiques d'un fait

garanties ou qu'une injonction lui soit faite de les offrir, il est difficile d'accorder à la violation ultérieure de la règle internationale un statut distinct de celui attaché à la violation initiale. Imaginons, en effet, une violation par les États-Unis ultérieure au 27 juin 2001 des prescriptions de l'article 36 §1 b) de la convention de 1963. Devrait-on ne plus y voir une violation de la Convention de Vienne, mais seulement de son engagement unilatéral ultérieur de ne pas répéter ce fait illicite, voire de l'arrêt de la Cour ? En l'état des travaux de la C.D.I., il s'agirait en réalité d'une double violation dont on a du mal à voir en quoi elle présente un quelconque intérêt. Il semble, en tout cas, qu'il ne puisse logiquement pas y avoir substitution de l'engagement unilatéral à l'engagement conventionnel. En effet, si tel était le cas, le nouveau fait illicite ne serait pas une répétition du premier puisqu'il ne constituerait pas, formellement, une violation de la même obligation...

b) *L'obligation de réexamen et révision*

La Cour affirma avoir observé une violation de l'article 36, mais n'avoir pas trouvé de loi américaine qui soit incompatible par nature avec les obligations imposées par la convention aux États-Unis. La violation de l'article 36 §2 découlait des circonstances dans lesquelles la règle de la carence procédurale avait été appliquée et non de l'existence même de la loi. Ensuite, et sans montrer le lien entre ces considérations et sa réponse à la quatrième conclusion allemande, elle déclara que si les États-Unis manquaient à leur obligation de notification consulaire au détriment de ressortissants allemands malgré leur engagement de non-répétition, des excuses ne suffiraient pas dans les cas où ces ressortissants auraient fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères. Dans ces cas, ils devraient permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits énoncés par la Convention. Étant arrivée à cette conclusion, elle estima qu'il lui était inutile de se prononcer sur la question de savoir si le droit d'être informé sans retard constitue un droit de l'homme.

Finalement donc, elle déclara se borner à prendre acte de l'engagement pris par les États-Unis d'assurer la mise en œuvre des mesures spécifiques adoptées par ceux-ci en exécution de l'art. 36 §1 b) ainsi que de leur obligation de prendre les mesures qui s'imposent en cas de violation de la convention si de telles violations se produisaient malgré leurs efforts. Dans le dispositif de l'arrêt, elle décida que si des ressortissants allemands devaient être condamnés, malgré l'engagement de non-répétition, à une peine sévère sans que les droits qu'ils tiennent de l'article 36 §1 b) aient été respectés, les États-Unis devront permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention.

Ainsi donc était formée une nouvelle interprétation de la convention dont le caractère normateur est révélé par le fait qu'elle semblait de prime abord strictement limitée à l'affaire¹²⁶. En effet, à la lecture du dispositif, l'obligation de réexamen et révision dans les conditions dites par la Cour ne semblait être opposable qu'aux États-Unis, à l'égard des seuls ressortissants allemands, dans la seule hypothèse de peine grave et seulement en cas de manquement à la notification consulaire « en dépit de l'engagement de non-répétition ». Voilà autant de

Suite de la note 125.

internationalement illicite [...] n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée », A/RES/56/83.

126. Et qui est conforté par la lecture de la déclaration du président Guillaume.

précisions qu'on ne trouvera pas dans le texte de la convention de Vienne et qui invitent à se demander quelles sont les conséquences que le droit international attache aux violations des autres obligations énoncées dans ce traité. En outre, se pose la question de savoir en quoi consiste cet énoncé. Faute de précision dans l'arrêt, plusieurs hypothèses semblent envisageables.

Selon une première hypothèse, il s'agissait pour la Cour de préciser les moyens par lesquels les États-Unis devaient exécuter l'arrêt. Dans ce cas, il faut considérer qu'elle décida de percer le voile corporatif de l'État pour prescrire aux autorités internes les mesures à édicter dans l'ordre juridique étatique. Cependant, à supposer qu'elle puisse percer ce voile, on a du mal à déterminer la portée de l'obligation ainsi mise à la charge des États-Unis. Que se passerait-il, en effet, si des ressortissants étrangers, allemands par exemple, étaient condamnés à une « peine sévère » après une procédure judiciaire caractérisée par l'absence de réexamen et de révision tenant compte d'une violation des dispositions de l'article 36 de la convention¹²⁷ ? Pourrait-il, par exemple, se former un différend relatif au respect de cette obligation ? On voit mal quel serait le fondement de l'engagement de la responsabilité des États-Unis. Il ne semble pas que ce puisse être la convention de Vienne. Celle-ci ne contient pas de règle énonçant que les États doivent réexaminer et réviser les procès ayant abouti à des peines sévères pour des ressortissants allemands et conduits en violation de ses dispositions. Ce ne peut pas être non plus l'arrêt dont le champ d'efficacité légale est doublement limité aux parties et au différend¹²⁸. Cette double relativité, *ratione materiae* et *ratione personae*, de l'autorité de la chose jugée par la Cour limite l'efficacité légale d'une telle décision. D'ailleurs la Cour pensa peut-être parer la critique de statuer *in abstracto* en précisant que l'obligation de réexamen et révision ne vaut que pour les ressortissants allemands. Cette règle n'est donc pas attribuée à la convention de Vienne. Or elle ne peut pas non plus être rattachée à l'arrêt puisque celui-ci ne pourra être applicable en dehors de l'affaire LaGrand. Il semble donc qu'il faille conclure que nous avons là une obligation sans fondement juridique et dont la violation, en conséquence, ne peut entraîner aucune conséquence juridique.

Selon une deuxième et une troisième hypothèses, il s'agissait pour la Cour d'énoncer la règle générale qui précise les conséquences d'une violation de l'article 36 §1 *b*) par un État malgré une « condamnation » de celui-ci et le fait qu'il ait donné des assurances et garanties de non répétition ou d'énoncer la règle générale qui détermine les conséquences de toute violation de cette disposition.

Les États-Unis du Mexique et les États-Unis d'Amérique semblent n'avoir pas hésité à opter pour la troisième hypothèse en attribuant une portée générale à cette conclusion de la Cour dans l'affaire *Avena*¹²⁹, les premiers pour fonder

127. On supposera que ce sont là les obligations visées par la Cour bien que la généralité des termes permette de supposer que celle-ci entendait peut-être étendre l'obligation à d'autres cas de violation de la convention.

128. Selon l'article 59 du Statut de la C.I.J., « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ». La décision de la Cour n'est donc opposable qu'aux parties au seul différend *sub judice* à l'exclusion des autres États sauf intervention au titre de l'art. 63. Voir dans ce sens *Affaire du Cameroun septentrional*, *op. cit.*, p. 34 ; *Affaire de l'Or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire)*, *Rec.* 1954, p. 19, 33 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *compétence et recevabilité*, arrêt, *Rec.* 1984, p. 392, §88 ; *Différend frontalier*, arrêt, *Rec.* 1986, p. 554, §49 ; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires*, ordonnance du 13.9.1993, *Rec.* 1993, p. 325, §40 ; *Affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria* précité, *Rec.* 1998, §28.

129. V. notamment CR 2003/1, §§95 ss. Dans ce sens également, semble-t-il, C. DRINAN, *op. cit.*, pp. 1312 ss.

leur demande de mesures conservatoires, les seconds pour la faire rejeter. En effet, l'essentiel des plaidoiries orales dans la procédure d'indication en mesures conservatoires portait sur le respect ou non par les États-Unis de cette obligation de réexamen et révision. Plus précisément, la Cour n'ayant pas déterminé ce qu'elle entendait par réexamen et révision puisqu'elle renvoyait pour cela à la liberté des États-Unis, les plaidoiries orales dans l'affaire *Avena* étaient essentiellement articulées autour de la détermination de l'obligation de réexamen et de révision et de ce qu'il était exigé des États-Unis d'Amérique à la lumière du présent arrêt. Particulièrement, le débat était centré sur la question de savoir si le recours en grâce constitue un mécanisme idoine de révision et réexamen eu égard à sa procédure et à sa portée.

La décision de la Cour et la portée générale qui lui a été accordée par les deux États ne sauraient étonner au regard de la conclusion dégagée par la première au sujet de l'application de la règle de la carence procédurale. Il n'est pas facile, cependant, de deviner pourquoi, ici, la Cour limite l'obligation de réexamen pour les seules procédures conduisant à une peine sévère. En effet, la règle dégagée au sujet de la quatrième conclusion allemande semble se distinguer de celle dégagée à l'occasion de la deuxième conclusion en ce qu'elle s'énonce différemment. Deux réponses sont envisageables. Selon une première interprétation, cette réponse de la Cour à la quatrième conclusion s'inscrit dans la logique de sa réponse à la deuxième conclusion. Cependant, la différence de formulation des deux règles risque de poser des problèmes d'articulation. Ces derniers seront plus évidents si l'on retient une deuxième interprétation selon laquelle les deux obligations ne sont pas liées. Autrement dit, il n'est pas facile de savoir si cette dernière obligation constitue une manifestation de la formulation d'une nouvelle règle secondaire distincte de celle, déjà nouvelle, énoncée à l'occasion du traitement de la deuxième conclusion allemande. Ces deux normes ont en tout état de cause en commun de ne pas être énoncées dans la convention ni posées en droit international général.

On notera encore que l'énoncé de la décision de la Cour repose, de manière étonnante, sur la situation hypothétique que constituerait la violation par les États-Unis de l'article 36 §1 *b*) en dépit de leur engagement de non-répétition¹³⁰. Ainsi, donc, la Cour pourrait, dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, décider, en supposant qu'un État ne respectera pas son arrêt, comment il devrait organiser son ordre juridictionnel interne de manière à respecter ses obligations internationales... Il nous semble, décidément, que l'on nous change certains éléments de notre ordre juridique international.

130. Cela contraste avec l'affirmation de la C.P.J.I. dans l'Affaire relative à l'*Usine de Chorzów (Demande en indemnité) (fond)*, *op. cit.*, p. 63 selon laquelle : « La Cour doit aussi rappeler [...] ce qu'elle a déjà dit dans son arrêt n° I, savoir qu'elle ne peut ni ne doit envisager l'éventualité que l'arrêt resterait inexécuté après l'expiration du délai fixé pour son exécution ». V. aussi *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, arrêt, *Rec.* 1974, p. 175, §70 : « Il est évident qu'en ce qui concerne le fond comme la compétence la Cour ne statue que sur l'affaire portée devant elle et non sur une situation hypothétique qui pourrait se produire dans l'avenir » ; *Plateau continental de la mer Égée, mesures conservatoires*, ordonnance du 11.9.1976, *Rec.* 1976, p. 3, 13 : « [O]n ne saurait présumer que l'un ou l'autre État manquera aux obligations que lui impose la Charte des Nations Unies ou ne tiendra pas compte des recommandations du Conseil de sécurité qui lui sont adressées au sujet du présent différend ».