

CR 2003/28 (traduction)

CR 2003/28 (translation)

Jeudi 18 décembre 2003 à 10 heures

Thursday 18 December 2003 at 10 a.m.

Le PRESIDENT : Veuillez vous asseoir. L'audience est ouverte.

La Cour siège aujourd'hui pour entendre le second tour de plaidoiries des Etats-Unis du Mexique, qui prendront la parole pendant deux heures ce matin. J'appelle maintenant à la barre l'ambassadeur Gómez-Robledo, agent des Etats-Unis du Mexique.

Mr. GÓMEZ-ROBLEDO: Thank you very much, Mr. President.

I. PRESENTATION OF THE CASE

1. Mr. President, Members of the Court, it is again an honour to appear before the Court in this second round of Mexico's oral argument in this case.

2. The day before yesterday Mexico paid the closest attention to the oral argument by the United States, during which a shrill *leitmotiv* served as the constant reminder of a single argument: *all Mexico's contentions are wrong as to both the facts and the rights relied upon*. I shall not linger on this point; we shall have occasion to come back to it and the Court has before it the evidence submitted by Mexico in support of the facts in this case.

3. However, the arguments by the United States were addressed exclusively to you, Members of the Court, as it sought to cloud your reasoning and back you into inappropriate positions. To the eternal question "Who am I?", the Court will undoubtedly prefer the maxim "Know thyself!"; it has long known that and can do without lessons on the subject.

4. I strongly doubt that this rhetoric in any way shook your understanding of the *ius gentium*; rather, it brings to my mind Talleyrand's statement: "everything exaggerated is insignificant".

5. One thing is certain. The two Parties are in agreement on a point which is not a minor one. The *LaGrand* Judgment is the standard par excellence for resolving the questions of international law on which we disagree. But I will point out that it is not altogether the same, on the one hand, to proclaim the excellence of the Court's jurisprudence and, on the other, to assert, in the words of Mr. William Taft, that "this Court went far in *LaGrand*" and "went even further"¹, directing "a sovereign State to include a new procedural step within its domestic legal system — namely, a targeted review and reconsideration of a criminal conviction and sentence in certain

¹Statement of Mr. William H. Taft IV, CR 2003/26, para. 1.23.

cases”². What is more, “the United States did not agree with the Court’s judgment in *LaGrand*, [even though] it has conformed its conduct to that judgment”³. And to conclude, “The role of the Court in this case is to interpret the Convention. It has no authority to create, revise, or implement a State’s domestic law.”⁴

6. Finally, in his conclusions, Mr. Taft, the Agent, referred to the great care taken by the Court in the *LaGrand* Judgment to “limit its intrusion into the operation of domestic criminal justice systems”⁵.

7. How can the United States claim to respect the *LaGrand* decision when it describes it in these terms? What does this mean? “Yes” to *LaGrand* or “no” to *LaGrand*? Or rather, which part of *LaGrand* suits the United States and which is still disputed?

8. Thus, once again, this is about the Court, Mr. President, because these arguments aim straight at denying the jurisdiction of the Court to deal with the present case.

9. The United States builds its arguments on that basis and concludes that the Court can go no further. The United States leads us to believe that it would not be willing to conform to anything other than the *LaGrand* Judgment *construed as explained to us by its Agent and its counsel*.

10. Need we recall that Mexico brought proceedings before the Court precisely because the United States has not conformed to the *LaGrand* decision, which is confirmed by all its arguments based on the position that the choice of means left open by the Court gave the United States unrestricted latitude? In fact, it would appear that the United States has adapted the *LaGrand* decision to its conduct rather than adapting its conduct to *LaGrand*.

11. A few words concerning the preliminary objections raised by the United States for the first time in its Counter-Memorial. As Mexico has already explained, these objections must be dismissed, because the United States failed to raise them within the time-limits laid down in

²*Id.*, para. 1.4.

³*Id.*, para. 1.16.

⁴*Id.*, para. 1.11.

⁵Statement of Mr. William H. Taft IV, CR 2003/27, para. 12.2.

Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court, pursuant to which preliminary objections must be raised “as soon as possible, and not later than three months after the delivery of the Memorial”. Any exception to this clear rule requires the express, unambiguous consent of the parties.

12. Thus, the United States is mistaken in suggesting that the Parties’ agreement to a single round of written pleadings also carried with it an agreement that the preliminary objections would be heard and determined within the framework of the merits. Mexico and the United States agreed only to limit the written proceedings *on the merits* to a single set of written pleadings, that is all. They certainly did not consent to having the objections heard and determined within the framework of the merits, pursuant to Article 79, paragraph 10. In fact, to put it even more clearly, the question of the preliminary objections was not even raised by the United States during the Parties’ meeting with the President of the Court on the subject of the procedure in this case. Ultimately, if the Parties had come to such an agreement, the Court, in accordance with its practice, would have taken note of such an agreement in the second Order of 5 February 2003, fixing the time-limits for the written pleadings⁶.

13. I will add that the fact that the United States, during the proceedings on provisional measures, reserved the right to submit preliminary objections does not relieve it of the obligation strictly to comply with the procedural requirements of Article 79 of the Rules of Court. Mexico therefore respectfully requests the Court, in the interest of the sound administration of justice, to apply its Rules to the letter and thus to reject the United States objections.

14. Mr. President, as it argued in the *Breard* and *LaGrand* cases, the United States persists in seeking to have the Court declare Mexico’s claims inadmissible. According to Professor Zoller, Mexico is inviting the Court “to become the supreme court of a global State in complete violation

⁶See, for example, the case concerning the *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Order of 13 December 2000:

“Whereas, at a meeting between the President of the Court and the Agents of the Parties held on 8 December 2000, the Parties agreed that the written pleadings in this case would comprise, in that order, a Memorial of the Democratic Republic of the Congo and a Counter-Memorial of the Kingdom of Belgium, and that those pleadings would address both issues of jurisdiction and admissibility and the merits.”

of what the Court has said about the Organization of the United Nations . . .” and “a super supreme court of the United States”⁷. This is diametrically opposed to what Mexico is seeking in these proceedings. We are not unfamiliar with the basic principles of international law.

15. To quote, with your indulgence, the very words of counsel for the United States: it is Professor Zoller’s arguments which “[depart] from the realm of legal argument and [engage] in legal fantasy”⁸.

16. There can be no doubt that there is a legal dispute in the present case between Mexico and the United States concerning the interpretation and application of the Vienna Convention and the consequences of Convention violations. In order to resolve that dispute, the straightforward application of positive international law is called for. Nothing more, but nothing less either.

17. The Court rejected similar arguments in previous cases, in particular the *Breard* and *LaGrand* cases. In the latter, the Court stated that it had been requested

“to do no more than apply the relevant rules of international law to the issues in dispute between the Parties to this case. The exercise of this function, expressly mandated by Article 38 of its Statute, does not convert this Court into a court of appeal of national criminal proceedings.”⁹

18. The fact that Mexico is seeking reparation, in full compliance with international law, for Vienna Convention violations changes neither the nature of the dispute nor the function of this Court. We therefore ask the Court to reject this argument by the United States.

19. That is also the case in respect of the United States objections to the admissibility of our other claims. I shall concern myself specifically with the question of the exhaustion of local remedies, because it has been referred to repeatedly by the United States. But before continuing, I must point out that this case does not concern solely Mexico’s claims in respect of violations of its nationals’ rights, but also breaches of the United States obligations to Mexico under the Vienna Convention. In the latter case, the exhaustion of local remedies rule has no bearing.

⁷Statement of Professor Elisabeth Zoller, CR 2003/26, para. 2.9.

⁸Statement of Mr. S. Mathias, CR 2003/27, para. 11.11.

⁹*LaGrand*, para. 52.

20. The United States argues that the requirement that local remedies be exhausted has not been satisfied because some domestic courts are still dealing with a number of cases which are the subject of the present proceedings. It is common knowledge that this rule does not refer to the mere formal existence of such remedies, as the International Law Commission has moreover said and said so well. (“The mere existence on paper of remedies under the internal law of a State does not impose a requirement to make use of those remedies in every case.”¹⁰)

21. In the present proceedings, Mexico has submitted proof that the domestic courts of the United States apply rules of law preventing them “from attaching any legal significance to the fact” that there has been a violation of Article 36 (1), and preventing “full effect [from being] given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended”.

22. Those same courts disallow the assertion of Article 36 violations where the defendant only learned after judgment had been handed down that he had those rights, that is to say the situation in a majority of the cases concerned in the present proceedings. In this context, it is clear that local remedies are not effective. (And, as Judge Schwebel noted, “local remedies need not be exhausted where there are no effective remedies to exhaust”¹¹.)

23. Mr. President, I am certain that it has not escaped the Court’s notice that the United States in its argument has carefully avoided any reference to the extreme severity of the 52 cases in these proceedings. Mr. Philbin, when he described the criminal justice system in the United States, did not utter the terms “death penalty” or “capital punishment”. We are hardly surprised by that because the nature of the punishments does in fact significantly increase the seriousness of this case. Once again, challenging the death penalty is not the point here, as I noted again last Monday. But, just like Paraguay and then Germany, we have been moved to bring proceedings before the Court by the uppermost obligation of all sovereign States to come to the aid of their nationals, in the classic example of the exercise of their personal jurisdiction. Contrary to what the Agent of the

¹⁰ILC, Articles on the Responsibility of States, commentary to Article 44.

¹¹*Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, I.C.J. Reports 1989, dissenting opinion of Judge Schwebel, p. 94.

United States suggests on the subject of Mexico's claim for reparation, this is not a case dealing with "certain types of situations, such as the return of property"¹². The fate of 52 individuals hinges on it.

24. The United States would have you believe that a patent breach of the obligations under the Convention — to which the United States has voluntarily adhered — and the determination of the appropriate reparation following therefrom are in truth matters which can only be judged by reference to the criminal system in the United States, as its counsel contended¹³.

25. The United States misrepresents the case brought before this Court and attempts to push the Court to conclusions based on specious arguments. Among those arguments, we note:

- First, the United States uses the principle of bona fides and its sovereignty to justify the limits it sets on the reparation owing to us¹⁴. Is it not obvious that violations of international law give rise to reparation which must be effective, which must therefore have effects?
- Second, a quick review of the judicial system in the United States shows us the extent to which the United States fails to take its international obligations seriously and reinforces that feeling of inevitability referred to by Ms Birmingham, who said that the United States "would have you believe that its failure to remedy Vienna Convention violations is the inevitable consequence of its municipal laws and its federal structure"¹⁵ — this same inevitability.
- Third, the learned comparative criminal procedure analysis by Professor Weigend, incidentally, bears no relevance to the present proceedings¹⁶.

26. Mr. President, that concludes the first part of Mexico's oral argument and I would ask you to call Ms Sandra Babcock to the Bar.

Thank you, Mr. President.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Gómez-Robledo. Je donne maintenant la parole à Mme Babcock.

¹²Statement by Mr. William H. Taft IV, CR 2003/26, para. 1.21.

¹³Statement by Mr. Thomas Weigend, CR 2003/27, para. 9.21.

¹⁴Statement by Mr. William H. Taft, IV, CR 2003/26, para. 1.111.

¹⁵Statement by Ms Katherine Birmingham Wilmore, CR 2003/24, para. 256.

¹⁶Statement by Mr. Thomas Weigend, CR 2003/27, para. 9.21.

Mme BABCOCK : Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, bonjour.

II. FAITS, LIEN DE CAUSALITÉ ET GRÂCE

A. Introduction

27. J'examinerai ce matin dans mon exposé trois questions. Premièrement, j'établirai que le Mexique s'est acquitté de la charge de la preuve qui lui incombe en ce qui concerne les violations du paragraphe 1 de l'article 36. Deuxièmement, je répondrai à la thèse des Etats-Unis d'Amérique selon laquelle il n'existe, dans les affaires relatives aux cinquante-deux ressortissants, aucun lien de causalité entre la violation de l'article 36 et l'issue des procédures pénales les concernant, en raison des protections que leur garantit déjà la procédure prévue par le système de justice pénale des Etats-Unis. Enfin, j'expliquerai pourquoi, si l'on s'appuie sur la définition du réexamen et de la revision proposée par Mme Zoller au nom des Etats-Unis mardi, l'examen des recours en grâce ne peut constituer une application satisfaisante de l'arrêt prononcé par la Cour dans l'affaire *LaGrand*.

B. Violations de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36

28. Monsieur le président, le Mexique doit s'acquitter de la charge de la preuve sur deux questions : celle de la nationalité, et celle de l'existence de violations dans chacun des cinquante-deux cas. Lundi, j'ai expliqué en détail la manière dont le Mexique avait prouvé la nationalité mexicaine de chacune des cinquante-deux personnes en cause. Les Etats-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve pour réfuter cette démonstration.

29. Le Mexique a en outre établi qu'aucun des cinquante-deux ressortissants n'a été informé sans retard de ses droits de faire notifier son consulat et de communiquer avec lui. Mardi, M. Sandage a tenté de faire valoir que dans un certain nombre de cas, le Mexique n'était pas parvenu à prouver l'existence d'une violation. Mais le seul cas qu'il a pu citer est celui de M. Arturo Juárez Suárez. Or, vous vous en souviendrez, dans ce cas, un tribunal de la juridiction compétente des Etats-Unis a déterminé qu'il y avait eu effectivement violation des droits de l'accusé à la notification consulaire. Bref, nous n'avons entendu hier, de la part des Etats-Unis, rien de nouveau sur ce point. Le Mexique s'est acquitté de la charge de la preuve qui lui incombait

sur ces deux éléments et nous prions la Cour de conclure que les autorités compétentes ont violé l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 dans les cinquante-deux cas, en n'informant pas chacun des accusés sans retard, de son droit en matière de notification et de communication consulaires.

30. Les Etats-Unis soutiennent que le Mexique doit également être tenu de prouver toute une série d'autres faits, y compris l'état d'esprit des autorités compétentes qui ont arrêté les cinquante-deux ressortissants, l'état d'esprit du détenu au moment de son arrestation, l'état d'esprit des gardiens de prison, des responsables de la prison, des procureurs et des autres autorités compétentes et, enfin, le fait que chacun de ces ressortissants et de leurs parents n'avait pas la nationalité américaine. Les Etats-Unis prétendent encore que le Mexique doit respecter, en l'espèce, un critère de preuve particulièrement strict.

31. Nous nous inscrivons en faux contre ces deux prétentions. Tout d'abord, l'affaire du *Détroit de Corfou* n'étaye pas les arguments américains en ce qui concerne la charge de la preuve¹⁷. Comme la Cour le sait très bien, seul les litiges concernant des faits exceptionnellement graves, comme l'emploi de la force armée, les mauvais traitements infligés à des prisonniers de guerre et la violation intentionnelle de la souveraineté territoriale d'un autre Etat, appellent des preuves concluantes. Dans l'affaire qui nous occupe, par contre, la Cour doit déterminer s'il y a eu violation du droit international en se fondant sur les principes ordinaires de la responsabilité des Etats. Le fait que ces violations puissent toucher des procédures pénales particulières ne modifie pas les règles de droit international à appliquer ni ne transforme la charge de la preuve¹⁸.

32. Quant à savoir si les ressortissants mexicains eux-mêmes auraient demandé l'assistance consulaire s'ils avaient été avertis, c'est une question dénuée de pertinence. La Cour a d'ailleurs déjà tranché cette question au paragraphe 74 de l'arrêt *LaGrand*, auquel je reviendrai de façon plus détaillée dans un instant. Néanmoins, le Mexique a produit des déclarations de quarante-deux de ses ressortissants, dans lesquelles ils affirment qu'ils auraient effectivement exercé leurs droits de demander l'assistance de leur consulat s'ils en avaient été informés.

¹⁷ *Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 18.

¹⁸ Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie : *Sentences partielles sur les prisonniers de guerre entre l'Etat d'Érythrée et la République fédérale démocratique d'Éthiopie : réclamation de l'Éthiopie n° 4; réclamation de l'Érythrée n° 17* (1^{er} juillet 2003), par. 38 (où il est question des faits éventuels sur la responsabilité pénale d'individus).

33. En ce qui concerne la double nationalité et les autres questions, ce sont là des moyens de défense nouveaux invoqués pour excuser les violations de l'article 36. Les Etats-Unis reconnaissent maintenant qu'il leur incombe de prouver la double nationalité, mais ils soutiennent que le Mexique doit produire des éléments de preuve avant qu'ils ne puissent eux-mêmes s'acquitter de la charge de la preuve. Permettez-moi de le dire, cet argument est complètement absurde. La double nationalité n'est en cause dans aucune des demandes présentées à la Cour. Même si c'était le Mexique, et non les Etats-Unis, qui avait le contrôle exclusif des documents établissant la nationalité américaine, le Mexique n'aurait pas à fournir des éléments de preuve en vue de fonder un nouveau moyen de défense que les Etats-Unis auraient choisi eux-mêmes d'avancer.

34. En réalité, ce sont bien les Etats-Unis, et non le Mexique, qui ont accès aux documents et aux témoins nécessaires pour corroborer leurs nouveaux moyens de défense. Voyons, à titre d'exemple, les éléments présentés par les Etats-Unis dans l'affaire *LaGrand*. Dans cette affaire, les Etats-Unis avaient interrogé des agents de police, des responsables de prison et d'autres personnes, et présenté à la Cour un rapport circonstancié résumant ces entretiens. Les Etats-Unis ont produit de nouveau en l'espèce ce rapport, comme pièce 79 de l'annexe 23 de leur contre-mémoire. Mais dans la présente affaire, les Etats-Unis n'ont produit aucun élément de preuve pour étayer leurs prétentions.

35. Au cours des dix mois qui se sont écoulés depuis le début de la présente affaire, la partie américaine a non seulement eu à sa disposition les vastes ressources du Gouvernement fédéral, mais elle a également fait appel aux procureurs fédéraux et d'Etat de tout le pays pour l'aider à enquêter sur les cas visés. Et pourtant, les Etats-Unis se plaignent qu'ils n'ont pas eu le temps d'interroger les agents de police et d'autres témoins pour réfuter la démonstration du Mexique. La Cour ne doit pas prêter l'oreille à ces excuses, qui sont inacceptables. Si les fonctionnaires du Gouvernement américain s'étaient donnés la peine de téléphoner à l'un ou l'autre des services de police qui sont intervenus dans ces affaires, il ne fait pas de doute que ces services auraient coopéré pleinement. Si aucune déclaration de tels témoins ne figure dans les écritures des Etats-Unis, c'est soit parce que ces témoins ne pouvaient fournir aucune information utile, soit parce que les Etats-Unis n'ont pas fait l'effort nécessaire pour les contacter.

C. Violations de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 36

36. En ce qui concerne les faits relatifs aux violations de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 36, les Etats-Unis n'ont pas contesté la preuve produite par le Mexique au sujet du moment où ses fonctionnaires consulaires ont été informés de la mise en détention de chacun des ressortissants. M. Donovan parlera des conséquences juridiques de ces faits non contestés.

37. Pour résumer, Monsieur le président, le Mexique a amplement prouvé tant la nationalité mexicaine des cinquante-deux ressortissants que l'existence des violations.

D. Persistance des violations du paragraphe 1 de l'article 36

38. J'aborderai maintenant les éléments prouvant que l'article 36 continue d'être fréquemment violé aux Etats-Unis, même après l'arrêt *LaGrand*. Selon les Etats-Unis, les cent deux nouvelles violations prouvées par le Mexique sont peu significatives du point de vue statistique si l'on considère «les milliers de cas de ressortissants mexicains accusés d'infractions graves qui sont traités par les systèmes de justice pénale des Etats-Unis tous les jours».

39. Dans son mémoire, le Mexique a pourtant indiqué clairement que son enquête n'avait porté que sur les infractions graves susceptibles d'entraîner une condamnation à mort ou une réclusion prolongée. Si le Mexique avait englobé dans son enquête toutes les affaires pénales dans lesquelles ses ressortissants avaient été privés de leurs droits découlant de l'article 36, il aurait fait état de milliers de violations.

40. Les Etats-Unis n'ont pas contesté sérieusement la preuve de ces violations produite par le Mexique, en particulier dans les quarante-six cas que j'ai mentionnés lundi. Ce groupe de cas à lui seul prouve à suffisance que les autorités continuent de violer l'article 36 même lorsque la peine capitale risque d'être imposée.

E. Lien de causalité

41. Monsieur le président, j'examinerai maintenant l'argument des Etats-Unis selon lequel il n'existe aucun lien de causalité entre les violations de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 et les remèdes que demande le Mexique.

42. Dans leurs plaidoiries de mardi, les Etats-Unis ont tenté de vous persuader que le droit de demander l'assistance consulaire constitue une formalité de procédure sans conséquence qui n'a aucun effet réel sur les poursuites pouvant entraîner la peine de mort aux Etats-Unis. A cette fin, M. Philbin a décliné devant vous une liste de droits procéduraux garantis aux accusés dans le système de justice pénale des Etats-Unis. Nos contradicteurs n'ont absolument rien compris. Le Mexique ne prétend pas que les ressortissants étrangers ne peuvent jamais avoir un procès équitable aux Etats-Unis, pas plus qu'il ne s'érige en juge du système de justice pénale américain. Ce que le Mexique soutient plutôt depuis le début, c'est que ses ressortissants souffrent de handicaps culturels et linguistiques qui les empêchent de bien comprendre et de bien exercer leurs droits et que la protection consulaire peut remédier à cette inégalité inhérente à leur situation. Le Mexique a également souligné, à propos des cas mentionnés dans la présente instance, l'importance particulière que revêt la protection consulaire dans les affaires où la peine capitale est en jeu, aspect sur lequel les Etats-Unis se sont constamment gardés d'insister.

43. Avant d'en venir au fond des arguments relatifs à la causalité, qu'il me soit permis de faire une observation préliminaire sur la charge de la preuve en ce qui concerne la causalité. Le Mexique a démontré que les autorités des Etats-Unis avaient violé leurs obligations juridiques internationales dans les cinquante-deux cas. Il ne doit pas incomber au Mexique, qui est la Partie lésée en l'affaire, de prouver que l'issue des procédures aurait été différente si chaque ressortissant avait été informé à temps de ses droits en matière d'assistance consulaire. La justice exige que ce soient les Etats-Unis, en tant qu'auteurs des violations, qui soient tenus de prouver l'absence de préjudice.

44. Il n'en demeure pas moins que la Cour trouvera dans le dossier abondance de preuves de préjudice. Dans chacun des cinquante-deux cas dont est saisie la Cour et où la peine capitale a été prononcée, les Etats-Unis ont manqué d'informer à temps les accusés de leurs droits de faire avertir leur consulat et de communiquer avec lui. Etant donné le caractère irréversible de la peine capitale et la nécessité de garantir avec rigueur une juste procédure dans les affaires où elle est en jeu, le Mexique estime que toutes les violations de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 étaient

intrinsèquement porteuses de préjudice et nécessitent réparation. Mais pour examiner ce point plus en profondeur, je décrirai les cinquante-deux cas par rapport à l'arrêt *LaGrand* et par rapport au moment où le Mexique a appris la mise en détention de ses ressortissants.

F. Vingt-neuf cas sont identiques à ceux de l'affaire *LaGrand*

45. Dans vingt-neuf des cinquante-deux cas dont est saisie la Cour, le Mexique n'a été informé de la mise en détention de ses ressortissants qu'après que le jury eut rendu un verdict condamnant l'accusé à la peine capitale¹⁹. Les Etats-Unis ne contestent pas ce fait. Vous trouverez pour votre commodité la liste de ces vingt-neuf cas dans votre dossier. Le préjudice subi par ces vingt-neuf personnes est cumulatif et, au regard de la décision rendue par la Cour en *LaGrand*, indéniable.

46. Comme vous vous en souviendrez, chacune des Parties dans l'affaire *LaGrand* avait plaidé la causalité. L'Allemagne a soutenu que si elle avait eu connaissance de la mise en détention des *LaGrand*, elle aurait été en mesure de présenter des éléments de preuve persuasifs tendant à établir l'existence de circonstances atténuantes, qui auraient fort bien pu sauver la vie des deux frères. A cela, les Etats-Unis ont opposé que l'assistance de l'Allemagne n'aurait eu aucun effet sur l'issue des affaires. Pour étayer leurs arguments, les Etats-Unis ont tenté de démontrer que dans d'autres procédures pénales, l'Allemagne n'avait pas fourni d'assistance consulaire importante. Plus particulièrement, ils ont accusé l'Allemagne de ne pas avoir assuré les services d'un avocat à un autre ressortissant allemand qui encourait la peine de mort en Arizona²⁰, tout à fait comme les Etats-Unis ont accusé le Mexique mardi de ne pas avoir remplacé les avocats qui représentaient certains de ses ressortissants visés en l'espèce.

¹⁹ 1) Avena Guillen, Carlos; 2) Ayala, Hector Juan; 4) Carrera Montenegro, Constantino; 5) Contreras Lopez, Jorge; 8) Gomez Perez, Ruben; 11) Lopez, Juan Manuel; 12) Lupercio Casares, Jose; 13) Maciel Hernandez, Luis Alberto; 16) Martinez Sanchez, Miguel Angel; 18) Ochoa Tamayo, Sergio; 19) Parra Duenas, Enrique; 21) Salazar, Magdaleno; 24) Tafuya Arriola, Ignacio; 25) Valdez Reyes, Alfredo; 26) Vargas, Eduardo David; 30) Alvarez, Juan Carlos; 31) Fierro Reyna, Cesar Roberto; 32) Garcia Torres, Hector; 35) Ibarra, Ramiro Rubi; 36) Leal Garcia, Humberto; 38) Medellin Rojas, Jose Ernesto; 40) Plata Estrada, Daniel Angel; 43) Regalado Soriano, Oswaldo; 45) Caballero Hernandez, Juan; 46) Flores Urban, Mario; 48) Fong Soto, Martin Raul; 51) Perez Gutierrez, Carlos Rene; 52) Loza, Jose Trinidad; 53) Torres Aguilera, Osvaldo Netzahualcōyotl.

²⁰ *LaGrand*, CR 2000/28, par. 2.53.

47. Dans son arrêt, cependant, la Cour a rejeté les arguments des Etats-Unis et jugé que l'Allemagne n'était pas tenue de démontrer de façon particulière un lien de causalité et un préjudice. Au paragraphe 74 de son arrêt, la Cour a fourni les explications suivantes :

«lorsque l'Etat d'envoi n'a pas connaissance de la détention de l'un de ses ressortissants, parce que l'Etat de résidence n'a pas effectué sans retard la notification consulaire requise ... l'Etat d'envoi se trouve dans l'impossibilité pratique d'exercer, à toutes fins utiles, les droits que lui confère le paragraphe 1 de l'article 36. Peu importe à cet égard de savoir, aux fins de la présente instance, si les LaGrand auraient sollicité l'assistance consulaire de l'Allemagne, si l'Allemagne leur aurait apporté une telle assistance et si un verdict différent aurait alors été prononcé. Il suffit de constater que la convention conférait ces droits, et que l'Allemagne et les LaGrand, eussent-ils souhaité sans prévaloir, ont en fait été empêchés de le faire en raison de la violation commise par les Etats-Unis.»²¹

48. Dans les vingt-neuf cas qui nous occupent ici, comme dans l'affaire *LaGrand*, il ne fait aucun doute que le Mexique et ses ressortissants ont été empêchés d'exercer les droits que leur confère l'article 36, parce que les Etats-Unis ont violé leurs obligations. Comme dans l'affaire *LaGrand*, les fonctionnaires consulaires ont été incapables de rassembler des éléments de preuve tendant à établir l'existence de circonstances atténuantes, qui auraient pu avoir une incidence sur le procès, ont été empêchés de participer aux négociations judiciaires, n'ont pas eu la possibilité d'informer les accusés de leurs droits avant l'interrogatoire et ont même été empêchés d'assister au procès.

49. Comme dans *LaGrand* encore, il est important d'indiquer le cadre dans lequel doit se situer l'analyse de la causalité pour ces vingt-neuf affaires. Nous avons déjà évoqué les négociations judiciaires et les interrogatoires, mais je voudrais maintenant décrire la manière dont l'assistance consulaire peut influencer sur les éléments subjectifs qui sont pris en compte par les jurys lorsqu'ils doivent décider d'imposer ou non la peine capitale.

50. Les procès pouvant aboutir à l'imposition de la peine capitale se déroulent en deux phases : au cours de la première, le jury se prononce sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, dans la seconde, il se prononce sur la peine. Aux Etats-Unis, le jury a la même latitude pour décider de la sentence appropriée que le procureur pour choisir de ne pas requérir la peine de mort. Pendant la phase de détermination de la peine lors d'un tel procès, les procureurs tentent de

²¹ *LaGrand*, p. 492, par. 74.

persuader le jury de condamner l'accusé à la mort en présentant ce qu'il est convenu d'appeler des «preuves de circonstances aggravantes». De son côté, la défense produit des preuves «de circonstances atténuantes», dont j'ai parlé plus tôt cette semaine. Bien que le jury, pour décider de la vie ou de la mort de l'accusé, soit guidé par les instructions de la cour, la décision de chaque juré dépend de tout un ensemble de facteurs, qu'il s'agisse des éléments de preuve produits par l'accusation ou par la défense, ou d'appréciations très subjectives fondées sur l'apparence de l'accusé. Il va sans dire que les jurés ont plus de mal à éprouver de l'empathie pour un accusé qui ne leur ressemble pas et ne parle pas leur langue.

51. Il m'est difficile de vous dépeindre l'atmosphère qui règne lors d'un procès pour homicide passible de la peine capitale, ou pour trouver les mots pour décrire la myriade de facteurs qui peuvent influencer sur le choix de la sentence par le jury. Si je puis avoir votre indulgence pour un instant, je vous demanderai de prétendre, dans un nouvel exercice hypothétique, que vous êtes tous des jurés, dans une salle de tribunal américaine, appelés à juger un ressortissant mexicain qui vient d'être reconnu coupable d'un terrible meurtre. S'il le permet, nous prétendrons que l'ambassadeur Gómez-Robledo est ce ressortissant, que je suis son avocat et que M. Mathias est le procureur. Vous venez d'entendre M. Mathias, dans un plaidoyer de clôture fracassant et éloquent, décrire le crime dans les plus horribles détails et rappeler les souffrances des victimes. Il vous a exhortés à imposer la peine capitale, la mort. Quant à moi, j'ai soutenu que vous deviez épargner la vie de mon client. On vous a présenté des éléments de preuve selon lesquels l'accusé avait commis d'autres crimes par le passé, mais on vous a également dit qu'il était marié et avait deux enfants, qui deviendraient orphelins si leur père était exécuté. Quelle sera votre décision ? Comment allez-vous déterminer si cet accusé est un monstre dont la race humaine doit être débarrassée, ou un être humain profondément imparfait qui a commis un crime terrible, mais qui est capable de rédemption ?

52. Vous avez reçu du juge l'instruction de prendre en considération tous les éléments de preuve indiquant l'existence de circonstances atténuantes. Mais vous n'avez entendu que les frères et sœurs de l'accusé. Après tout, la victime avait une famille, elle aussi. De quels autres éléments disposez-vous pour fonder votre jugement ? Sur le fait qu'il y a ou non dans la salle des personnes qui aiment et respectent l'accusé ? Sur le fait qu'il semble entretenir avec son avocat des relations

humaines normales ? Votre point de vue serait-il différent si vous entendiez le témoignage de la mère de l'accusé, qui vit au Mexique et qui dit que lorsque l'accusé était enfant, son père le battait jusqu'à ce qu'il perde connaissance ? Mais supposons que la mère de l'accusé vit dans la campagne mexicaine et que je n'ai pas été en mesure de la joindre. Sans témoins, je ne puis introduire les mauvais traitements infligés par le père. L'absence de la mère fera-t-elle la différence entre la vie et la mort ? Comment déterminer le prix d'une vie humaine ?

53. Si on voit les choses sous cet angle, on comprend facilement combien il est difficile de dire comment, précisément, l'intervention des fonctionnaires consulaires mexicains aurait modifié l'issue de l'une ou l'autre de ces vingt-neuf affaires. Mais il est absolument ridicule de dire que parce qu'un accusé a bénéficié de tous ses droits à une procédure régulière, l'intervention de fonctionnaires consulaires n'aurait eu aucun effet sur la phase de détermination de la sentence d'un procès pour homicide passible de la peine capitale. Nous savons que les fonctionnaires consulaires mexicains permettent régulièrement à des membres de la famille de leurs ressortissants provenant de régions rurales du Mexique de venir témoigner à décharge, en leur procurant des visas, en organisant leurs déplacements et en les faisant accompagner. Et il n'est certainement pas exagéré de dire que le témoignage d'une seule personne peut suffire à apporter l'information cruciale dont le jury a besoin pour imposer la réclusion à perpétuité. Dans la grande majorité des Etats américains appliquant la peine capitale, le vote d'un seul juré est suffisant pour empêcher l'imposition de la peine de mort²². Même si onze des douze jurés veulent condamner l'accusé à la mort, l'opinion contraire d'un seul juré l'emporte sur toutes les autres.

G. Les vingt-trois autres cas

54. Permettez-moi maintenant d'examiner les vingt-trois autres cas, dans lesquels le Mexique a été informé de la mise en détention de ses ressortissants avant l'imposition de la peine de mort, par des moyens autres que la notification de la part des autorités compétentes des

²² Voir *Jones v. United States*, 527 U.S. 373, 419 (1999) (opinion dissidente du juge Ginsburg) (citant Acker et Lanier, «Law, Discretion and the Capital Jury : Death Penalty Statutes and Proposals for Reform», *Criminal Law Bulletin*, vol. 32, p. 169 (1996); voir aussi *Sattazahn v. Pennsylvania*, 537 U.S. 101 (2003); *State v. Hochstein*, 632 N.W.2d 273 (2001).

Etats-Unis²³. Je les examinerai selon l'ordre de gravité de la privation de droit. Dans cinq de ces cas, le Mexique a eu connaissance de la détention de ses ressortissants la veille du procès de première instance, ou après le début de la phase de détermination de la peine capitale. Dans quinze cas, le Mexique a été informé après que la police eut obtenu une déclaration dans laquelle l'accusé témoignait contre lui-même, ou après le court moment où le Mexique aurait pu influencer sur la décision du procureur de requérir la peine capitale, au début de la procédure. Il n'y a que trois cas dans lesquels les fonctionnaires consulaires ont appris la mise en détention des ressortissants peu après leur arrestation et dans lesquels les accusés n'ont pas fait de déposition lors de l'interrogatoire qui a lieu pendant la détention préventive. La liste de ces cas figure également dans vos dossiers.

55. Dans ces vingt-trois cas, comme dans les vingt-neuf dont j'ai déjà parlé, l'assistance consulaire aurait fort bien pu modifier l'issue de la procédure. Comme on l'a déjà dit, l'assistance consulaire peut avoir une incidence majeure au tout début d'une affaire mettant en jeu la peine capitale, tant avant l'interrogatoire qu'avant le moment où le procureur prend la décision irrévocable de requérir la peine de mort. Passé ces étapes, le ressortissant qui a été privé de ses droits découlant de l'article 36 a déjà subi un préjudice incalculable.

H. Dans cinq cas, le Mexique a appris la détention de ses ressortissants pendant le procès ou à la veille de celui-ci²⁴

56. Il vous a également été expliqué comment les fonctionnaires consulaires peuvent améliorer la qualité de la représentation en justice des accusés encourant la peine de mort. Outre qu'ils engagent des négociations judiciaires, les fonctionnaires consulaires mexicains aident fréquemment à recueillir des éléments de preuve de nature à établir des circonstances atténuantes qui peuvent être produits pendant la phase de détermination de la peine. Il faut, cependant, du temps pour rassembler les dossiers et trouver les témoins au Mexique. De façon analogue, les fonctionnaires consulaires ne sauraient espérer influencer sur la qualité de la représentation en justice

²³ Benavides Figueroa, Vincente; Covarrubias Sanchez; Hoyos; Juarez Suarez; Fuentes Martinez; Mendoza Garcia; Ramirez Villa; Salcido Bojorquez; Sanchez Ramirez; Verano Cruz; Zamudio Jiminez; Gomez; Hernández Llanas; Ramiro; Maldonado; Moreno Ramos; Ramirez Cardenas; Rochas Diaz; Tamayo; Solache Romero; Camargo Ojeda; Reyes Camarena; Rocha Diaz, Esquivel Barrera; Manriquez Jaquez, Abelino.

²⁴ Martinez Fuentes, Omar; Maldonado, Virgilio; Moreno Ramos, Roberto; Camargo Ojeda, Rafael; et Tamayo, Edgar Arias.

s'ils n'apprennent la mise en détention des ressortissants que la veille de leur procès. Pourtant, dans cinq cas, le Mexique n'a eu connaissance de la mise en détention de ses ressortissants qu'à la veille du procès en première instance ou pendant celui-ci, beaucoup trop tard pour pouvoir fournir une assistance qui puisse améliorer la qualité de la défense.

57. Le cas de M. Virgilio Maldonado montre bien qu'une notification tardive, même si elle a lieu avant l'imposition de la peine de mort, empêche le Mexique de fournir l'assistance consulaire et porte atteinte aux droits de ses ressortissants. M. Maldonado, dont l'âge mental est de sept ans, a été arrêté en avril 1997. Il s'avoua coupable pendant l'interrogatoire. Les fonctionnaires consulaires n'apprirent sa mise en détention qu'en août 1997 (?), près d'un an après son arrestation et après le début de son procès en première instance. Le consulat informa les avocats de M. Maldonado de la violation de la convention de Vienne, mais il était déjà trop tard pour que les avocats puissent demander que les aveux de M. Maldonado soient exclus de la preuve. Lorsque les avocats essayèrent de demander à l'agent qui avait procédé à l'interrogatoire, et qui témoignait devant le jury, s'il avait informé M. Maldonado de ses droits en vertu de l'article 36, l'accusation s'y opposa, disant que «la convention de Genève ... n'est pas une chose que tout le monde connaît, et la loi du Texas ne l'exige pas. En outre, elle est sans pertinence. La loi du Texas ne l'exige pas pour que les aveux soient admissibles.» Le juge accueillit cette objection.

58. Le consulat fut incapable d'aider la défense à faire établir l'arriération mentale de M. Maldonado avant le procès de première instance et en conséquence, le jury n'en fut jamais informé. Au cours de la procédure qui suivit la déclaration de culpabilité, cependant, le Mexique attira l'attention des avocats de M. Maldonado sur le handicap mental de leur client et trouva des experts et des enquêteurs bilingues compétents. Avec l'aide du consulat, la défense découvrit que M. Maldonado avait, dans son enfance, souffert de malnutrition chronique en raison de la négligence de ses parents et avait été élevé par une mère prostituée. Sa déficience mentale était telle qu'il ne termina pas même sa première année à l'école. Ces éléments de preuve ne purent être recueillis par manque de temps avant le procès de première instance.

59. Le tribunal qui examina l'affaire en appel, constatant que les avocats de M. Maldonado avaient omis de demander que les aveux de leur client soient exclus de la preuve, jugea que le recours au titre de l'article 36 était en conséquence entaché de carence procédurale — cet examen

eut lieu dans le cadre d'une procédure engagée après la déclaration de culpabilité. De l'avis du tribunal, l'article 36 n'ouvrait pas non plus de droit individuel, M. Maldonado n'avait pas subi de préjudice en raison de cette violation et de toute manière l'exclusion de preuves n'était pas un remède disponible en vertu de la convention de Vienne.

I. Dans quinze autres cas, le Mexique a appris la mise en détention de son ressortissant seulement après que celui-ci eut fait lors de l'interrogatoire une déposition qui fut utilisée au procès²⁵

60. Dans quinze cas, le Mexique n'apprit la mise en détention de son ressortissant qu'après que celui-ci eut fait pendant l'interrogatoire une déposition qui fut utilisée contre lui lors du procès de première instance. Dans ces cas également, le Mexique a été empêché de fournir son concours dans les négociations judiciaires au début de la procédure.

61. Comme je l'ai dit au début de la semaine, les ressortissants étrangers doivent surmonter des obstacles particuliers qui les empêchent de bien comprendre leurs droits juridiques lors de l'interrogatoire. M. Philbin a répondu à cet argument en dénigrant les affirmations du Mexique selon lesquelles il arrive souvent que ses ressortissants ne comprennent pas leurs droits *Miranda* lorsqu'ils en sont informés, et il a affirmé qu'«aucun juge aux Etats-Unis n'a accepté pareilles conclusions»²⁶. Cela est inexact. De l'avis de plusieurs juridictions et commentateurs, il peut être difficile pour les ressortissants étrangers de comprendre, sans l'aide d'un interprète compétent, l'énoncé des droits tirés de la jurisprudence *Miranda*²⁷. De fait, les Etats-Unis ont inclus plusieurs cas de ce genre dans les annexes à leur contre-mémoire. Le Mexique n'a jamais prétendu que la notification des droits *Miranda* en tant que telle était inappropriée; bien au contraire. L'argument du Mexique est que les ressortissants étrangers sont, dès le départ, désavantagés lorsqu'il s'agit de comprendre cette notification, argument qui est expliqué de façon exhaustive dans la déclaration de Mme Dueñas Gonzalez, figurant en annexe 4 au mémoire du Mexique.

²⁵ Hoyos, Jaime Armando; Mendoza Garcia, Martin; Ramirez Villa, Juan de Dios; Salcido Boroquez, Ramon; Sanchez Ramirez, Juan Ramon; Verano Cruz, Tomas; Hernandez Llanas, Ramiro; Ramirez Cardenas, Ruben; Rocha Diaz, Felix; Solache Romero, Gabriel; Reyes Camarena, Horacio Alberto; Juarez Suarez, Arturo; Benavides Figueroa, Vicente; Manriquez Jaquez, Avelino; Gomez, Ignacio.

²⁶ CR 2003/26, par. 3.10 (Philbin).

²⁷ Voir, par exemple, *United States v. Short*, 720 F.2d 464, 469 (6^e cir. 1986) (où le tribunal a noté que l'accusée de nationalité allemande, qui ne maîtrisait pas l'anglais, «ne connaissait apparemment pas du tout le système de justice pénale américain» et n'avait pas renoncé volontairement et en connaissance de cause à ses droits juridiques au moment de l'interrogatoire); *Reyes-Perez v. State*, 45 S.W.3d 312, 319-320 (Tex. App. 2001).

62. M. Philbin déclare également que «si aucun interprète n'est disponible, la procédure — notamment l'interrogatoire — est reportée jusqu'à ce qu'un interprète soit présent»²⁸. Cette affirmation aussi est inexacte. Deux Etats seulement — le Minnesota par la voie législative, et le Delaware, en vertu d'une ordonnance d'un tribunal — exigent la présence d'un interprète neutre et compétent pendant l'interrogatoire. Dans d'autres Etats, ce rôle est habituellement laissé aux agents de police, qui ne sont tenus de passer aucun examen de connaissances linguistiques pour être autorisés à agir comme «interprètes» non officiels. C'est exactement ce qui s'est produit dans le cas de M. Gabriel Solache, l'un des ressortissants visés en l'instance, qui ne parlait pas anglais au moment de son arrestation, mais qui a néanmoins signé des aveux qui étaient rédigés en anglais et qui lui ont été traduits par un agent de police qui n'était pas un interprète agréé.

63. Même si un accusé fait une déclaration qui l'innocente, cette déclaration peut être utilisée contre lui lors de la détermination de la peine. Mardi, M. Philbin a mentionné le cas de M. Ramiro Hernandez Llanas, qui fit des aveux pendant l'interrogatoire de la police. M. Philbin a exprimé des doutes sur le fait que ces aveux aient pu avoir une incidence sur l'issue du procès, qui avait porté surtout sur les preuves accablantes de sa culpabilité. Ce que M. Philbin a négligé de vous dire, c'est que l'accusation a introduit la déclaration de M. Hernandez Llanas lors de la détermination de la peine et que le jury a pris cette déclaration en compte lorsqu'il a pris sa décision sur l'opportunité d'imposer la peine de mort. En outre, M. Hernandez Llanas, qui souffre également d'arriération mentale, sans doute parce qu'il a grandi sur une décharge de déchets toxiques à Nuevo Laredo, aurait certainement tiré profit de l'assistance du consulat avant l'interrogatoire.

J. Dans trois cas, le Mexique a appris la détention peu après l'arrestation

64. Dans trois cas où les ressortissants mexicains n'ont pas fait de déposition dans lesquelles ils témoignaient contre eux-mêmes pendant l'interrogatoire qui a eu lieu lors de leur détention préventive, le Mexique a eu connaissance de leur mise en détention peu après l'arrestation. Mais, ainsi que je l'ai expliqué lundi, la décision de requérir la peine de mort est habituellement prise au début d'une affaire passible de la peine capitale. M. Uribe vous a également dit que le Mexique

²⁸ CR 2003/26, par. 3.17 (Philbin).

avait souvent réussi à convaincre l'accusation de renoncer à requérir la peine de mort. Cela est particulièrement vrai lorsque le détenu n'a pas de casier judiciaire, comme c'était le cas de M. Samuel Zamudio.

65. Monsieur le président, dans l'affaire *Artico c. Italie*, la Cour européenne a jugé qu'il était suffisant d'établir un lien plausible entre une violation du droit à la procédure régulière et le remède demandé pour justifier des réparations — M. Donovan a évoqué cette affaire lundi. Dans la présente espèce, il existe plus qu'un lien plausible entre la violation de l'article 36 et l'issue des cinquante-deux procédures engagées pour homicide emportant la peine capitale. Il y a de bonnes raisons de croire que la notification consulaire, si elle avait été effectuée en temps utile, aurait influé sur l'issue de toutes ces affaires. Comme M. Donovan l'a expliqué, ne serait-ce que pour cette raison, le Mexique a droit au remède qu'il demande.

K. Le recours en grâce

66. J'en viens maintenant au recours en grâce. Mardi, Mme Zoller a reconnu que «le réexamen et [la] revision» doivent comprendre le réexamen des questions de droit, et non seulement des questions de fait. Pour reprendre ses termes, le mot «review», ou «revision» en français, se rapporte généralement à des questions de droit et non de fait. A titre d'exemple, a-t-elle dit, le mot «revision» comprend normalement une analyse qui vise à déterminer si le verdict est fondé en droit et si ce droit est conforme à la Constitution de l'Etat²⁹.

67. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est précisément la raison pour laquelle le recours en grâce ne peut jamais constituer un «réexamen et [une] revision». Les membres des commissions des grâces et les gouverneurs ne sont pas tenus d'avoir une quelconque formation juridique. Ils ne sont pas juges, ils ne suivent aucune règle relative à la preuve, ils n'appliquent pas la jurisprudence et ils ne déterminent généralement pas si un verdict de culpabilité et une sentence ont été établis conformément aux lois fédérales et de l'Etat. Les gouverneurs de la Californie et du Texas, par exemple, ont maintes fois déclaré qu'ils ne procédaient pas à l'examen d'erreurs judiciaires. La commission des grâces et des libérations conditionnelles du Texas n'examine en général que la question de savoir si l'accusé est innocent lorsqu'elle décide s'il y a

²⁹ CR 2003/27, par. 10.28.

lieu de commuer une peine de mort en réclusion à perpétuité. Je l'ai dit lundi, et je le répète aujourd'hui, une commission des grâces pourrait en toute légalité adopter une politique en vertu de laquelle elle se refuserait à examiner les erreurs judiciaires, y compris les violations de l'article 36. Une telle politique échapperait à tout examen judiciaire.

68. Les Etats-Unis qualifient avec insistance la procédure de recours en grâce de procédure judiciaire, mais cela n'est pas conforme à la vérité. Dans une opinion rendue en 1998 sur la procédure de recours en grâce, le juge en chef de la Cour suprême des Etats-Unis a fait observer que «l'essence même de la grâce accordée par l'exécutif ... est qu'elle est un geste de clémence purement gratuit»³⁰. Le juge Rehnquist ajoutait : «Le recours en grâce formé par un condamné qui se trouve dans le couloir de la mort est ... un espoir unilatéral. Le condamné accepte en réalité sa condamnation à mort comme définitive, du point de vue judiciaire et demande la grâce à titre de geste de clémence.»³¹. Dans cette affaire, le requérant avait demandé à la Cour suprême de dire que la grâce faisait partie intégrante du système par lequel l'Etat d'Ohio décidait de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et le requérant soutenait qu'il avait donc droit à la protection des garanties judiciaires dans le cadre de la procédure de recours en grâce. La Cour suprême a rejeté ces arguments. Et le juge Rehnquist a conclu : «La procédure de recours en grâce ne fait pas partie du procès, ni même du processus judiciaire.»³²

69. Je répondrai maintenant à la thèse des Etats-Unis selon laquelle des sentences capitales ont été commuées dans six de sept affaires où il y avait eu violation de l'article 36, après *LaGrand*. Encore une fois, il s'agit d'une affirmation erronée. Cinq commutations seulement ont été accordées, et chacune d'entre elles l'a été par le gouverneur de l'Illinois lorsqu'il a décidé de commuer les condamnations à mort de toutes les personnes se trouvant dans le couloir de la mort dans cet Etat, et a ainsi commué cent soixante-sept peines capitales. Le gouverneur Ryan a accordé la grâce même aux prisonniers qui ne l'avaient pas demandée. Chacun des cinq ressortissants étrangers concernés aurait obtenu la grâce, que l'article 36 ait été violé ou pas, ou même s'il n'avait rien demandé.

³⁰ *Ohio Adult Parole Authority v. Woodard*, 523 U.S. 272, 280 (1998).

³¹ *Ibid.*, p. 282; les italiques sont dans l'original.

³² *Ibid.*, p. 284.

70. En revanche, dans le cas de M. Valdez, la décision finale d'accorder la grâce a été prise par le gouverneur de l'Oklahoma, qui est un ardent partisan de la peine capitale. Le gouverneur Keating, imitant ainsi les monarques qui détenaient jadis le pouvoir de pardonner leurs sujets, a accordé au Mexique une audience. Nous l'avons supplié de suivre la recommandation de la commission des grâces de l'Oklahoma, mais, ainsi qu'il en avait le droit absolu, il a refusé.

71. Il ne nous reste donc plus qu'un cas sur sept à examiner. Dans l'affaire concernant M. Javier Suarez Medina, le Mexique a trouvé de nouveaux éléments de preuve permettant d'établir des circonstances atténuantes, éléments qui n'avaient été produits devant aucune juridiction, comme dans l'affaire *Valdez*. Le Mexique a présenté ces nouveaux renseignements à la commission des grâces et des libérations conditionnelles du Texas, comme il l'avait fait pour M. Valdez en Oklahoma. Le président Fox a appelé le gouverneur du Texas, tout comme il avait appelé le gouverneur Keating, mais le résultat de ces bons offices dans les deux affaires n'aurait pu être plus différent. Au contraire de celles de l'Oklahoma, les autorités chargées d'examiner les recours en grâce au Texas n'ont même pas répondu à la demande d'audience de M. Suarez Medina. Le président de la commission a accordé une audience aux fonctionnaires consulaires mexicains et prétendu avoir transmis à chaque membre de la commission l'information concernant la violation de la convention de Vienne, mais il ne faut pas en déduire que les membres de la commission ont examiné cette information. Ils ne se sont pas réunis pour discuter de l'affaire et il est absolument impossible de savoir quel poids chaque membre de la commission des grâces du Texas a accordé aux arguments du Mexique, ni même s'ils ont été pris en considération. Bien que M. Taft ait encouragé la commission à fournir les motifs de sa décision de refuser la grâce, elle ne l'a pas fait. En d'autres termes, il n'y a pas moyen de déterminer quel «effet juridique», s'il en est, a été attribué à la violation de l'article 36. Les membres de la commission ont refusé la grâce à dix-sept voix contre aucune et ont refusé d'accorder un sursis à dix-sept voix contre une. Dans leur contre-mémoire, les Etats-Unis appellent cela «un vote partagé».

72. A cet égard, il est utile de se rappeler les observations d'un juge de première instance fédérale du Texas, qui a eu l'occasion d'examiner les procédures de la commission du Texas et d'entendre le témoignage de membres de la commission dans une autre affaire concernant un ressortissant canadien qui demandait la grâce. Dans cette affaire, le tribunal avait noté ce qui suit :

«Il ne fait aucun doute que la procédure de recours en grâce du Texas est médiocre à l'extrême et réduite à sa plus simple expression. Du point de vue législatif, il n'existe pratiquement pas de procédure. Du point de vue administratif, le but est davantage de protéger le caractère secret et l'autonomie du système que d'assurer l'efficacité et la solidité juridique.»³³

73. Le tribunal a ajouté que si leur sort était décidé à pile ou face, les requérants auraient plus de chance de bénéficier de la clémence de l'exécutif que dans le système actuel, où la commission refuse invariablement de faire droit à leurs demandes³⁴.

74. Permettez-moi enfin de répondre à l'allégation des Etats-Unis selon laquelle l'accent qu'ils mettent sur le recours en grâce constitue une nouvelle étape procédurale dans leur système de droit interne et selon laquelle ils ont consciencieusement adapté ou conformé leur conduite à l'arrêt de la Cour en l'affaire *LaGrand*. En réalité, les interventions des Etats-Unis auprès des autorités chargées d'examiner les recours en grâce ont commencé bien avant l'arrêt *LaGrand*. Et dans au moins une affaire antérieure à *LaGrand*, les Etats-Unis ont consacré sensiblement plus de temps et d'énergie à essayer de convaincre une commission des grâces de commuer une peine de mort.

75. En novembre 1998, Stanley Faulder, un ressortissant canadien, faisait face à une exécution imminente au Texas. Pressée par le Canada, la secrétaire d'Etat, Mme Madeleine Albright, écrivit personnellement au gouverneur du Texas et au président de la commission des grâces de cet Etat. Mme Albright décrivit minutieusement l'importance de l'article 36 pour la protection des citoyens américains à l'étranger, expliqua que le Texas avait incontestablement violé les droits consulaires de M. Faulder et souligna l'effet que pourrait avoir cette violation sur le caractère équitable de la procédure pénale dans cette affaire. Elle joint à sa lettre onze pages d'analyse juridique de l'affaire Faulder du point de vue de la violation de la convention de Vienne. Sa lettre figure en annexe au mémoire du Mexique. Mme Albright offrit de dépêcher un expert du département d'Etat auprès de la commission pour l'informer. Elle souligna enfin que la violation de l'article 36 dans l'affaire Faulder était si préoccupante qu'elle pouvait justifier la grâce. Malgré son intervention, la commission refusa la grâce et M. Faulder fut exécuté.

³³ *Faulder v. Texas Board of Pardons and Paroles, et al.*, n° A-98-CA-801, slip op., p. 15 (W.D. Tex. 28 décembre 1998), CMEU, annexe 23, pièce 144, p. A.2068 de l'original.

³⁴ *Ibid.*, p. 16.

76. Faisons maintenant un saut en avant de quatre ans, jusqu'en août 2002. Javier Suarez Medina, un ressortissant américain, attendait son exécution imminente au Texas. Sur les instances du Mexique, le conseiller juridique du département d'Etat adressa une lettre aux autorités chargées de l'examen des recours en grâce au Texas. A la différence de la lettre de Mme Madeleine Albright dans l'affaire Faulder, la lettre du département d'Etat ne contenait pas d'analyse juridique détaillée des répercussions éventuelles de la violation dans cette affaire. Le département d'Etat n'offrait pas non plus de dépêcher des fonctionnaires au Texas pour informer la commission de la question, et ne laissait pas non plus entendre que la grâce serait le remède approprié. Tous ces faits sont de notoriété publique et corroborés par les annexes des deux Parties.

77. Si nous ne contestons pas que le département d'Etat a bien écrit ces lettres, nous estimons qu'en prétendant que l'examen des recours en grâce constitue «réexamen et revision», ce que font les Etats-Unis, comme l'ambassadeur Gómez-Robledo l'a fait observer, n'est pas «conformer leur conduite à l'arrêt *LaGrand*», mais plutôt conformer l'arrêt *LaGrand* à leur conduite.

78. Monsieur le président, j'ai terminé mon exposé. Je vous prie de bien vouloir appeler à la barre M. Donovan.

Le PRESIDENT : Merci Madame Babcock. Je donne la parole à M. Donovan.

M. DONOVAN : Merci, Monsieur le président.

III. INTERPRÉTATION DES PARAGRAPHES 1 ET 2 DE L'ARTICLE 36

79. J'examinerai, si vous me le permettez, les prescriptions des paragraphes 1 et 2 de l'article 36, avant de présenter deux observations au sujet des remèdes, dont parlera ensuite M. Dupuy.

A. Les cinquante-deux cas

80. Selon Mme Brown, la définition de l'expression «sans retard» constitue la «nouvelle question» dans la présente espèce³⁵. Comme elle l'a dit, la Cour n'a pas eu à trancher cette question dans l'affaire *LaGrand*. Ce que dit Mme Brown vient étayer ce que j'ai dit lundi, à savoir

³⁵ CR 2003/26, par. 5.1 (Brown).

que la Cour peut accorder réparation au Mexique dans la totalité ou presque des cinquante-deux cas sur la base de l'arrêt *LaGrand* et de l'interprétation que font les Etats-Unis eux-mêmes de l'article 36³⁶.

81. Mme Babcock vient juste d'expliquer pourquoi. Si la Cour applique sa propre décision au sujet de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 et son autre décision en ce qui concerne les conséquences de la violation de cet alinéa à l'égard de l'alinéa *c*) de ce même paragraphe, et si elle examine ensuite les conséquences du fait d'avoir été privé de la possibilité de recevoir l'assistance consulaire pour ce qui est, d'abord, de l'ensemble des vingt-neuf cas identifiés par Mme Babcock, puis pour ce qui concerne les vingt-trois autres cas qu'elle a subdivisés en quelque sous-catégories selon les circonstances qui les caractérisent, la Cour constatera que simplement en appliquant sa propre décision dans l'affaire *LaGrand* et les principes que l'on peut en déduire, particulièrement en ce qui concerne la possibilité ouverte par l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 qui ne peut être réalisée, la thèse que j'ai soutenue lundi quant à la nature de la présente espèce et à son identité complète avec l'affaire *LaGrand* demeure inébranlée par les arguments relativement mineurs et tout à fait dénués de maturité que les Etats-Unis ont essayé de soulever mardi.

82. Etant donné la manière exhaustive dont Mme Babcock a expliqué la nature de l'affaire qui nous occupe et le contexte de la décision de la Cour dans *LaGrand* en ce qui concerne les alinéas *a*), *b*) et *c*) du paragraphe 1 de l'article 36, nous nous en tiendrons là. Mais le point crucial, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est qu'en ce qui concerne les cinquante-deux cas, la présente affaire est en tous points conforme à *LaGrand*, sans égard au désaccord des Parties sur le sens de l'expression «sans retard» et en particulier lorsque cette obligation, c'est-à-dire les obligations que recouvrent cette expression «sans retard», entrent en jeu.

B. Le paragraphe 1 de l'article 36

83. S'agissant de ce désaccord à propos de l'expression «sans retard», je ne crois pas qu'il puisse subsister aucun doute sur le fait que «sans retard» et «immédiatement» sont synonymes ou, à tout le moins, peuvent être compris comme synonymes, dans un contexte particulier.

³⁶ CR 2003/24, par. 160 (Donovan).

84. Il n'a pas été dit, mardi, que l'objet du paragraphe 1 de l'article 36 était d'éviter la détention au secret. Ce qui a été dit, par contre, c'est que le titre de ce paragraphe exclut l'interprétation du Mexique³⁷. Mais le titre de cet article est simplement «Communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi». Nous devons donc déterminer quel est l'objet de cette communication. A quelles fins ce droit de communication est-il accordé ?

85. Les Etats-Unis répètent à satiété que l'article 36 n'a rien à voir avec les enquêtes et les poursuites pénales.

86. Voyons ce que dit *LaGrand*. Comme Mme Brown l'a mentionné, le chapeau de cet article dit expressément que son objet est de faire en sorte que l'exercice des fonctions consulaires soit facilité. Mme Brown n'a pas mentionné que dans *LaGrand*, il est expressément expliqué que l'article 36 «est conçu pour faciliter la mise en œuvre du système de protection consulaire»³⁸. L'arrêt *LaGrand* nous dit également que l'article 36 confère des droits individuels, dont la pleine réalisation doit être assurée dans le système de droit interne. L'arrêt nous dit de surcroît que l'assistance qui peut être fournie peut consister notamment, et encore une fois j'utilise les termes mêmes de la Cour, à «assurer ... le concours d'avocats privés et [à] assister de manière générale [les ressortissants étrangers] dans leur défense»³⁹. La manière dont les Etats-Unis décrivent l'objet de l'article 36 est donc carrément incompatible avec l'enseignement de l'arrêt *LaGrand*.

87. Les Etats-Unis ne font pas mieux en ce qui concerne le contexte. Le paragraphe 1 de l'article 36 stipule expressément que les obligations qu'il prévoit prennent effet lors de l'arrestation. Ces renvois intertextuels sont la poutre que les Etats-Unis demandent à la Cour de ne pas voir, car ils mettent à nu le lien qui existe entre les droits garantis par l'article 36 et la menace que l'arrestation et l'éventualité de poursuites font peser sur les droits de l'intéressé. De fait, la Cour se rappellera à ce sujet que la Cour suprême des Etats-Unis a fait le même choix en ce qui concerne le moment où les droits prennent effet lorsqu'elle a rendu sa décision dans l'affaire *Miranda*, car les droits reconnus dans cette affaire, comme ceux qui sont garantis par l'article 36, commencent à s'appliquer lorsque le suspect est placé en détention préventive.

³⁷ CR 2003/26, par. 5.11 (Brown).

³⁸ *LaGrand*, par. 74.

³⁹ *LaGrand*, par. 91.

88. Je passerai donc à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36, et là encore je me reporte à l'arrêt *LaGrand*.

89. Mme Brown a relevé, comme l'avaient fait les Etats-Unis dans leur contre-mémoire, le fait que leurs obligations énoncées à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 doivent être remplies «sans retard» alors que cette expression ne figure pas à l'alinéa *c*) de ce même paragraphe. Certes, l'expression «sans retard» n'apparaît pas à l'alinéa *c*) mais cet alinéa ne contient non plus aucune autre référence de temps. Il nous faut donc déterminer la portée de l'obligation de l'Etat de résidence de faciliter à l'Etat d'envoi la prestation d'assistance. Et pour répondre à cette question, nous devons examiner le paragraphe 1 de l'article 36 dans son ensemble.

90. Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour nous enseigne que les droits d'information, de notification, de communication et d'accès consulaires sont interdépendants et forment ensemble un régime de protection consulaire⁴⁰. Comme je l'ai dit lundi, il ne serait pas logique d'exiger que l'information, la notification et la communication aient lieu sans retard, et de ne pas exiger que l'Etat de résidence facilite la communication entre le consulat et le ressortissant de façon que l'exercice de ces droits soit effectif⁴¹.

91. Mme Brown a également dit que l'Etat d'envoi n'avait aucune obligation de prêter assistance à ses ressortissants⁴². C'est vrai. Mais cela ne nous apprend rien sur l'obligation de l'Etat de résidence de faciliter la communication entre le consulat et le ressortissant lorsque, ainsi qu'on ne saurait en douter dans le cas du Mexique, l'Etat d'envoi veut prêter cette assistance.

92. Enfin, Mme Brown laisse entendre qu'il ne serait pas possible, dans la pratique, d'appliquer une règle qui déterminerait le délai raisonnable dans lequel le consul doit réagir en fonction de la gravité de l'infraction pour laquelle le suspect a été mis en détention et de la disponibilité du consul⁴³. Pourtant, les juridictions américaines appliquent le critère du caractère

⁴⁰ *LaGrand*, par. 74.

⁴¹ CR 2003/24, par. 193 (Donovan).

⁴² CR 2003/26, par. 5.22 (Brown).

⁴³ *Ibid.*

raisonnable dans une grande variété de circonstances, tout comme les juridictions internationales. Rien n'empêche d'appliquer ce critère en l'espèce⁴⁴ et il n'y a pas de raison pour qu'un consul lent à réagir puisse tenir en otage une enquête légitime.

93. Monsieur le président, mardi, les Etats-Unis ont présenté à la Cour différents graphiques illustrant l'étude qu'ils ont réalisée sur la pratique des Etats et se sont largement appuyés sur cette étude dans leur interprétation du paragraphe 1 de l'article 36. Il va sans dire que la nature de la procédure orale ne nous permet que de répondre très brièvement à cette étude. Cela n'est pas un problème, cependant, parce que la Cour a tout loisir d'écarter cette étude du point de vue du droit.

94. En premier lieu, j'ai rappelé lundi le critère appliqué par Sinclair⁴⁵ en ce qui concerne l'utilisation de la pratique des Etats en matière d'interprétation des traités et les Etats-Unis ne se sont pas inscrits en faux contre ce critère⁴⁶. C'est sans doute qu'ils en conviennent.

95. En deuxième lieu, j'ai dit que, à en juger par les propos mêmes de l'ambassadeur Harty, il n'y a pas suffisamment de concordance dans la pratique des Etats pour y avoir recours⁴⁷ et encore une fois, l'exposé de Mme Brown sur les différences qui existent entre les pratiques des Etats confirme cette déclaration.

96. Enfin, j'ai dit que l'échantillon était trop réduit. Mme Brown me reproche de dire que l'étude ne couvrait qu'un tiers des Etats parties à la convention de Vienne, alors qu'elle en couvrait en réalité quatre-vingts pour cent.

97. Etablissons donc la carte de ces Etats à partir des diagrammes, chose que je me suis abstenu de faire lundi, ayant pensé à tort que cela serait inutile.

98. Si l'on soustrait, des cent soixante-cinq Etats parties à la convention, les cinquante-sept Etats parties pour lesquels l'étude a porté sur des traités bilatéraux et non sur la convention, si l'on soustrait ensuite les vingt-huit Etats qui ne sont pas inclus dans l'étude, et si l'on exclut enfin les

⁴⁴ Olivier Corten, *L'utilisation du «raisonnable» par le juge international* (1997).

⁴⁵ I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, (1984, 2^e édition) 137-138. A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 195 (2000) («s'il existe une divergence d'opinion claire entre les parties, la pratique peut ne pas être invoquée en tant que moyen complémentaire d'interprétation»).

⁴⁶ CR 2003/26, par. 5.18 (Brown).

⁴⁷ Déclaration sur la pratique des Etats, contre-mémoire, annexe 4, par. 11 («Il est difficile de résumer la pratique des Etats concernant l'article 36, paragraphe 1. Les Etats parties à la CVRC appliquent en effet les obligations imposées par cette disposition de manière *extrêmement variée*.» (Les italiques sont de nous.))

trente-quatre Etats qui, selon l'ambassadeur Harty, ne respectent pas la convention, on obtient quarante-six exemples de pratiques d'Etats, soit exactement ce que j'ai dit : moins d'un tiers des Etats parties à la convention.

99. On ne saurait fonder là-dessus l'interprétation d'un traité.

C. Le paragraphe 2 de l'article 36

100. J'en viens maintenant au paragraphe 2 de l'article 36. Indépendamment de l'annulation demandée par le Mexique, la Cour doit se prononcer sur deux questions concernant l'obligation de réexamen et de revision au titre du paragraphe 2 de l'article 36.

101. Il s'agit d'abord du recours en grâce et ensuite d'un réexamen et d'une revision véritables et effectifs. Ce sont, Monsieur le président, des questions distinctes.

102. Mme Babcock ayant traité du recours en grâce, j'examinerai la seconde question relative au réexamen et à la revision, qui consiste à savoir si les Etats-Unis peuvent satisfaire à leur obligation «d'attacher des conséquences juridiques» aux violations du paragraphe 2 de l'article 36 s'ils ne les considèrent pas en elles-mêmes. Dans leurs écritures et plaidoiries, les Parties ont défini cette question de façon très étroite et très précise à l'intention de la Cour.

103. Mme Birmingham a dit lundi qu'il n'y avait pas de désaccord entre les Parties sur l'application ou le sens des lois américaines en ce qui concerne cette question⁴⁸. Elle a expliqué que les tribunaux américains continuaient d'appliquer la doctrine de la carence procédurale dans des circonstances exactement semblables à celles pour lesquelles la Cour, dans l'arrêt *LaGrand*⁴⁹, a jugé que les Etats-Unis avaient violé le paragraphe 2 de l'article 36, qu'ils continuent de refuser de reconnaître de façon indépendante les droits garantis par le paragraphe 2 de l'article 36, au motif que ce ne sont pas des droits constitutionnels⁵⁰. De plus, les tribunaux continuent de dire même que l'article 36 ne crée pas de droits individuels⁵¹.

104. Les membres de la Cour trouveront dans leur dossier, s'ils veulent bien s'y reporter, des exemples de chacune de ces décisions.

⁴⁸ CR 2003/24, par. 231 (Birmingham).

⁴⁹ CR 2003/24, par. 241 (Birmingham).

⁵⁰ CR 2003/24, par. 250 (Birmingham).

⁵¹ CR 2003/24, par. 246 (Birmingham).

105. Mardi, les Etats-Unis n'ont contesté aucun de ces faits. Ils ont reconnu que la doctrine de la carence procédurale avait été appliquée dans huit de ces cas exactement de la même manière que dans l'affaire *LaGrand*⁵² et ils reconnaissent également que le système juridique des Etats-Unis ne permet pas d'examiner les demandes présentées au titre de l'article 36 en tant que telles⁵³, mais le permet sous un autre chef, ou une appellation différente.

106. Ainsi, bien que les Etats-Unis n'opposent aucun démenti à la description que fait le Mexique de leur droit interne, ils s'inscrivent en réalité en faux contre l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire *LaGrand*. Au paragraphe 91 de cet arrêt, la Cour a jugé que l'application de la règle de la carence procédurale avait entraîné dans cette affaire une violation du paragraphe 2 de l'article 36 précisément parce qu'elle avait empêché les *LaGrand* — et je cite les propres termes de la Cour — «de remettre en cause de façon efficace si ce n'est sur la base du droit constitutionnel des Etats-Unis, leurs condamnations et leurs peines». La phrase qui suit précise encore davantage cette idée, car la Cour y reconnaît expressément que même si les tribunaux américains avaient examiné le grief relatif à l'incompétence des avocats au regard des normes constitutionnelles des Etats-Unis, la règle de la carence procédurale les avait — et je cite encore une fois les termes utilisés par la Cour — «empêch[és] d'attacher des conséquences juridiques» aux violations de l'article 36.

107. Par conséquent, lorsque les Etats-Unis disent ici qu'ils donnent plein effet à l'article 36 parce que, même si l'on ne peut soulever le moyen de l'article 36 considéré en lui-même, on peut le faire si on appose à ce moyen une «étiquette différente», ils reconnaissent qu'ils vont à l'encontre de ce que la Cour a expressément dit dans la jurisprudence *LaGrand*⁵⁴.

108. Je ferai encore une brève observation sur le paragraphe 2 de l'article 36. Les Etats-Unis ont exposé méticuleusement mardi la manière dont ils envisagent le rapport entre ce qu'ils appellent la «règle générale» du paragraphe 2 de l'article 36 et la «limitation» qu'y apporte la

⁵² CR 2003/27, par. 8.10 (Thessin/Taft).

⁵³ CR 2003/27, par. 8.10, p. 37 (Thessin/Taft).

⁵⁴ Voir par exemple CR 2003/27, par. 8.13 (Thessin/Taft).

réserve, qui ne prendrait effet que dans des «cas exceptionnels»⁵⁵. Une fois de plus, bien qu'ils ne se résolvent pas à le reconnaître, les Etats-Unis demandent à la Cour de désavouer la jurisprudence *LaGrand*.

109. Dans l'affaire *LaGrand*, comme on peut le constater en lisant le paragraphe 86 de l'arrêt, les Etats-Unis ont fait valoir un argument absolument identique au sujet de la prétendue primauté de la règle générale, mais la Cour a dit de façon claire que la réserve exigeait que l'on accorde la priorité au droit international. Il n'est pas exagéré de dire que pas une phrase de l'arrêt *LaGrand* dans laquelle la Cour traite du paragraphe 2 de l'article 36 n'aurait aucun sens si l'interprétation qu'ont donnée les Etats-Unis mardi de la réserve apportée à la règle générale constituait effectivement le droit.

D. La pratique des Etats

110. Monsieur le président, permettez-moi d'aborder maintenant la pratique des Etats qui a été traitée par M. Weigend. M. Weigend a laissé entendre que le Mexique proposait des remèdes «extravagants» et des théories révolutionnaires sur la réparation.

111. En fait, M. Weigend a confirmé que les résultats qui, selon le Mexique, découlent, dans les circonstances particulières de l'espèce au plan international, de l'obligation de réparation — résultats qui sont l'ouverture de nouveaux procès et l'exclusion des éléments de preuves viciés — sont des résultats auxquels aboutit fréquemment l'application de principes de droit interne dans un grand nombre de systèmes juridiques⁵⁶.

112. Plus précisément, M. Weigend a une fois de plus montré qu'il existe un grand nombre d'Etats et de tribunaux internationaux qui permettent d'exclure les éléments de preuve obtenus d'une manière qui viole les obligations relatives à la régularité de la procédure, des procédures ultérieures⁵⁷.

113. M. Weigend s'est légèrement inquiété d'avoir été invoqué à mauvais escient, ce qui, j'en conviens, peut être ennuyeux. Mais puisque l'invocation d'une source est une autre forme de citation, nous avons tous intérêt à être cités de façon exacte. Je relèverai donc que nous n'avons

⁵⁵ CR 2003/27, par. 6.3-6.12 (Mathias).

⁵⁶ Voir CR 2003/27, par. 9.3 (Weigend).

⁵⁷ CR 2003/27, par. 9.18 et 9.19 (Weigend).

pas cité M. Weigend pour étayer l'argument selon lequel la règle d'inadmissibilité constituait un principe général de droit au sens où l'entend l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38, bien que ses travaux puissent constituer une assise solide pour qui voudrait soutenir un tel argument. Ce que nous avons dit, en fait, est que cette question est dénuée de pertinence. Les travaux de M. Weigend sont pertinents en l'espèce parce qu'ils montrent que cette règle constitue un instrument fort répandu dans les systèmes de droit interne.

114. Rien de ce qu'a pu dire M. Weigend mardi ne peut modifier ce fait. Le désaccord de M. Weigend porte sur la question de savoir si l'article 36 constitue un droit suffisamment substantiel pour justifier l'invocation de la règle d'inadmissibilité. Mais, nous le savons, c'est la question même que la Cour doit trancher.

115. Il en va de même pour l'ouverture de nouveaux procès. Mardi, M. Weigend a reconnu que «la plupart des systèmes de droit prévoient la possibilité d'ouvrir un nouveau procès»⁵⁸ sans créer sans doute trop de perturbations dans l'administration de la justice⁵⁹. Là encore, M. Weigend estime simplement que les droits tirés de l'article 36 ne figurent pas parmi ceux qui justifieraient l'ouverture d'un nouveau procès.

116. Mais malgré tout le respect que je porte à M. Weigend, ces questions sont des questions de droit international — à savoir quelle est la nature du droit garanti par l'article 36 et quel est le remède approprié en droit international en cas de violation de ce droit.

E. Les remèdes

117. Sur ce, Monsieur le président, j'en viens maintenant aux deux observations concernant les remèdes. La question dont est saisie la Cour n'en est pas une de procédure pénale comparée mais de droit international. La question consiste à savoir si le remède de *restitutio*, sous la forme de l'annulation, est le type de réparation appropriée en cas de violation de l'article 36 dans des affaires mettant en jeu la peine capitale. Pour les raisons expliquées par Mme Babcock ce matin, le Mexique exprime respectueusement l'avis que tel est le cas, et ce pour deux raisons simples. La première, c'est que le droit garanti par l'article 36 est un droit réel et que les rédacteurs de cet article

⁵⁸ CR 2003/27, par. 9.12 (Weigend) : «M. Donovan avait évidemment raison lorsqu'il a dit hier que la plupart des systèmes de droit prévoient la possibilité de nouveau procès».

⁵⁹ CR 2003/27, par. 9.7-9.8 et 9.12 (Weigend).

l'entendaient ainsi. La seconde, c'est que la jurisprudence sur laquelle nous nous sommes appuyés et que les Etats-Unis n'ont pas expressément évoquée mardi — une jurisprudence internationale très variée — démontre que la perspective d'une possibilité, que la perte d'une possibilité d'exercer un droit important, constitue en soit une preuve de causalité, suffit en soi à démontrer la privation d'un droit précieux, privation qui appelle un remède. De fait, comme je l'ai dit, Mme Babcock a déjà fait cette démonstration. De plus, les Etats-Unis ont également omis de traiter de la vaste jurisprudence internationale sur laquelle s'appuie le Mexique et selon laquelle, dans les affaires touchant la peine de mort, les possibilités d'erreur doivent être rigoureusement limitées, si tant est qu'elles puissent être tolérées. Là encore Mme Babcock a expliqué pourquoi. Donc, les Etats-Unis n'ont rien dit à propos de la vaste jurisprudence internationale qui démontre que l'annulation est la forme de remède reconnue en cas de privation d'un droit important en matière de procédure, en particulier dans le cadre d'affaires mettant en cause la peine capitale⁶⁰.

118. En réalité, les Etats-Unis n'ont cité qu'une autorité en droit international pour répondre à cette démonstration, M. Crawford⁶¹. Mais M. Crawford envisageait la question du lien de causalité avant que la Cour ne prononce son arrêt en l'affaire *LaGrand* et, en toute déférence envers M. Crawford, nous pensons que l'analyse de la Cour, énoncée au paragraphe 74 de son arrêt, oppose un démenti catégorique à ses suppositions sur la manière dont la question de la causalité doit être traitée.

119. Finalement, je m'arrêterai un instant sur le facteur clé en la présente espèce, qui n'a pas été évoqué par M. Weigend. De fait, M. Weigend n'a mentionné la peine de mort que lorsque, sur le point de conclure son argumentation, il a exposé son point de vue personnel. Et pourtant, nous savons grâce à la Cour européenne que les procédures mettant en jeu la peine de mort exigent le respect des normes d'équité les plus rigoureuses⁶².

⁶⁰ Exposé de M. Donovan, CR 2003/25, par. 347-367 (dans lequel il évoque l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, l'affaire *Martini* et la jurisprudence de la Cour interaméricaine, de la Commission des droits de l'homme et de la pratique des Etats européens en matière de mise en œuvre des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme) et par. 377 (où il renvoie la Cour à la jurisprudence des tribunaux internationaux, notamment au critère de «plausibilité» ou de «probabilité» du préjudice causé par les violations de la procédure appliqué par la Cour européenne dans les affaires *Artico* et *John Murray*).

⁶¹ Exposé de M. Mathias, CR 2003/27, par. 11.13 (où il cite le paragraphe 51 du troisième rapport).

⁶² Exposé de M. Donovan, CR 2003/25, par. 381-382.

120. En fait, Monsieur le président, la jurisprudence de la Cour internationale de justice elle-même étaye cette proposition, car son président a dit, dans son opinion individuelle en l'affaire *LaGrand* portant sur l'alinéa 7 du paragraphe 128, que l'assurance qui y est fournie «est particulièrement importante dans les cas où la peine de mort ... est prononcée...». Le président Shi ajoutait que dans de tels cas, «il faut ... absolument s'employer au maximum à prévenir l'injustice ou l'erreur dans la déclaration de culpabilité ou la condamnation». Voilà les enseignements de la pratique et de la jurisprudence internationale sur lesquels s'appuie le Mexique.

F. Le réexamen et la revision en vertu de l'arrêt *LaGrand*

121. Ma seconde observation concernant les remèdes a trait à l'arrêt *LaGrand*. Monsieur le président, les Etats-Unis dénaturent l'arrêt *LaGrand* à un autre égard encore, et celui-ci est très important. Lundi, j'ai répondu brièvement à la position américaine selon laquelle dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a jugé que le réexamen et la revision constituaient la seule indemnisation possible pour une violation de l'article 36, même s'il n'aurait pas été possible d'accorder la restitution dans cette affaire et si l'Allemagne n'avait pas demandé la restitution.

122. Les Etats-Unis répondent à cela que le Mexique fait une interprétation erronée de l'arrêt *LaGrand*, parce que lorsque la Cour, après avoir examiné les assurances demandées par l'Allemagne, a jugé que le réexamen et la revision seraient nécessaires pour assurer le respect du paragraphe 2 de l'article 36 à l'avenir, elle pensait à la conduite future des Parties. Ce raisonnement est tout à fait juste, mais il mène exactement à la conclusion opposée de celle que les Etats-Unis en tirent.

123. Pour expliquer cette affirmation, je reviendrai à la genèse de la prescription de réexamen et de revision contenue dans *LaGrand*. Et comme je tiens à suivre de très près ce que la Cour a fait et dit dans *LaGrand*, j'invite les membres de la Cour, s'ils le jugent utile, à se reporter au dossier que nous leur avons fourni, où ils trouveront effectivement les passages pertinents dans l'ordre dans lequel je m'y reporterai.

124. Comme la Cour s'en souviendra, l'Allemagne avait demandé, dans sa deuxième conclusion, que la Cour déclare que les Etats-Unis avaient violé le paragraphe 2 de l'article 36 en appliquant la doctrine de la carence procédurale dans les circonstances de l'affaire.

125. La Cour a fait droit à cette conclusion. A l'alinéa 4) du paragraphe 128 du dispositif de l'arrêt, la Cour a dit que «en ne permettant pas le réexamen et la revision» des verdicts de culpabilité des frères LaGrand et de leurs peines, les Etats-Unis avaient violé le paragraphe 2 de l'article 36.

126. La Cour a également fait référence au réexamen et à la revision lorsqu'elle a fait droit à la demande de l'Allemagne visant à obtenir des assurances de non-répétition de la violation du paragraphe 2 de l'article 36.

127. Il ressort clairement du paragraphe 119 de l'arrêt que tant la Cour que les Etats-Unis étaient d'avis que l'assurance générale qui était demandée concernait le devoir d'information et de notification sans retard énoncé au paragraphe 1 de l'article 36 et que ce que la Cour a appelé les autres assurances concernait l'obligation d'assurer la pleine réalisation spécifiée au paragraphe 2 de l'article 36. On peut notamment tirer cette conclusion du fait qu'au paragraphe 119, la Cour cite la déclaration des Etats-Unis selon laquelle — je cite maintenant la Cour citant les Etats-Unis — «en ce qui concerne la violation alléguée du paragraphe 2 de l'article 36 ... l'Allemagne cherche», puis les Etats-Unis, et ensuite la Cour, rappellent ce que la Cour appelle les autres assurances, c'est-à-dire les assurances mentionnées à partir du milieu de la première phrase de la quatrième conclusion.

128. Cependant, la Cour n'a pas exigé que les Etats-Unis donnent l'assurance générale concernant le paragraphe 1 de l'article 36. Si l'on se reporte à l'alinéa 6 du dispositif, au paragraphe 128, la Cour a considéré les informations et le plaidoyer des Etats-Unis à propos de leur programme d'éducation et de formation comme une assurance suffisante. Mais la Cour a exigé les autres assurances, c'est-à-dire celles qui ont trait au paragraphe 2 de l'article 36. Dans la dernière partie du paragraphe 125, et de nouveau à l'alinéa 7 du paragraphe 128 — je veux parler bien sûr du dispositif —, la Cour a indiqué, et nous en venons à l'expression à laquelle les Parties ont consacré énormément de temps au cours de la présente procédure : à l'alinéa 7) du paragraphe 128, la Cour a indiqué que dans les affaires mettant en cause l'article 36 et soit une réclusion prolongée soit une peine sévère, les Etats-Unis devraient permettre le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine.

129. Il ne saurait donc être plus clair que l'obligation de permettre le réexamen et la révision constitue une obligation primaire en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention. Et pourquoi ? Parce que la Cour a déclaré que les Etats-Unis avaient violé cette obligation primaire et qu'elle a aussi demandé que les Etats-Unis donnent des assurances qu'ils ne violeraient pas cette obligation à l'avenir.

130. Il se trouve que l'obligation en question est une obligation expresse d'accorder des remèdes effectifs dans le cadre du système de droit interne. Mais cette obligation de remède — et j'emploie ici un terme utilisé par les Etats-Unis — est une obligation primaire de l'Etat de résidence : une obligation primaire en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de permettre, dans le cadre de son propre système de droit, le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité et des peines entachés de manquements au paragraphe 1 de l'article 36. Et s'il s'agit d'une obligation primaire, elle n'empêche pas l'application des règles secondaires de la responsabilité des Etats qui entrent en jeu lorsqu'une obligation primaire est violée.

131. Je reviens donc à la position des Etats-Unis selon laquelle l'arrêt *LaGrand* doit avoir réglé la question des remèdes futurs parce qu'une assurance de non-répétition concerne le comportement futur. Bien sûr, l'assurance elle-même est un remède en droit international et, évidemment, un remède qui concerne le comportement futur. Mais lorsque la Cour exige une assurance de non-répétition, elle exige l'assurance que le manquement ne se répétera pas à l'avenir. En d'autres termes, elle donne des orientations sur la manière dont l'obligation primaire peut être respectée. La Cour ne présume pas qu'il y aura manquement pour dire ensuite à l'Etat quel type de réparation elle imposerait s'il y avait manquement. Les Etats-Unis confondent une obligation en droit international d'assurer la réalisation, dans leur système interne, de droits reconnus par le droit international, avec un remède prévu par le droit international en cas de violation de ces droits.

132. Les choses seront plus claires si nous examinons les conséquences de la position des Etats-Unis. Aux termes de l'article 92 de la Charte, les Etats-Unis se sont engagés à se conformer pleinement à la décision de la Cour en l'affaire *LaGrand*. Bien qu'à strictement parler, cette obligation ne s'applique qu'aux Parties au litige, la déclaration du président Guillaume indique clairement qu'il ne fait pas de doute que dans les affaires touchant des ressortissants étrangers d'autres pays que l'Allemagne, il ne saurait être donné une interprétation *a contrario* de

l'obligation qui incombe aux Etats-Unis de permettre le réexamen et la revision. Les Etats-Unis ont exprimé sans équivoque mardi leur adhésion à cette déclaration, ce qui est également la position du Mexique. Qu'est-ce que cela signifie ?

133. Cela signifie que la Cour aurait certainement accordé aux Etats-Unis le respect qui est dû à une partie estant devant elle en présumant que les Etats-Unis respecteraient l'arrêt *LaGrand* dans toute affaire concernant un ressortissant étranger d'un Etat partie à la convention de Vienne, et non qu'ils feraient fi de cette décision. Et cela signifie également que la Cour n'aurait certainement pas déterminé dans l'arrêt *LaGrand* les remèdes qui seraient appropriés en droit international si la Cour avait jugé, comme le Mexique l'a prouvé ici, que les Etats-Unis avaient effectivement violé le paragraphe 1 de l'article 36, dans une affaire concernant des ressortissants étrangers encore vivants.

134. Ainsi, en vous demandant, Monsieur le président, de m'excuser d'avoir prétendu rappeler à la Cour le raisonnement qu'elle a suivi dans son propre arrêt, je dirais en toute déférence qu'une fois de plus, c'est le Mexique qui fait une lecture fidèle de l'arrêt *LaGrand*, alors que les Etats-Unis disent en réalité à la Cour que dans cet arrêt, elle est allée au-delà de l'affaire dont elle était saisie pour régler quelque future affaire qui ne lui avait pas encore été soumise.

135. Mardi, pour indiquer à la Cour ce qu'elle avait voulu dire dans l'arrêt *LaGrand*, les Etats-Unis ont lu une note de bas de page longue de deux phrases accompagnant le commentaire de la CDI⁶³. Cette note ne contient pas un exposé de l'analyse qui a permis à la CDI d'interpréter le sens de l'expression «réexamen et revision», et je ne parlerai donc pas de son raisonnement.

136. Quoi qu'il en soit, le texte de la note est censé donner une interprétation d'un arrêt de la Cour internationale de Justice. Les articles de la CDI représentent un accomplissement énorme. Mais le Mexique est convaincu que la Cour est tout à fait capable d'interpréter son propre arrêt, en se reportant à sa propre analyse méticuleuse, et ne se sentira pas tenue de modifier cette analyse en raison d'une note de bas de page de quelqu'un d'autre, pas même la CDI.

137. Une dernière observation sur le réexamen et la revision. Lorsque les Etats-Unis disent que le réexamen et la revision constituent le seul remède que puisse obtenir le Mexique, ce qu'ils disent en réalité, encore une fois, c'est que bien que la convention de Vienne énonce des

⁶³ CR 2003/27, par. 11.8 (Mathias).

obligations internationales, un manquement à ces obligations n'ouvre la voie à aucun remède international. En effet, comme nous l'avons vu, le réexamen et la révision sont une exigence, une obligation primaire d'accorder réparation au plan du droit interne. La Cour a entendu cet argument depuis les audiences sur les mesures conservatoires en l'affaire *Breard*, dans laquelle les Etats-Unis avaient soutenu que bien que la convention de Vienne énonce des obligations internationales, elle ne prévoyait pas expressément de remède en droit international, et que par conséquent, aucun ne pouvait être prescrit. La Cour a rejeté cet argument dans l'affaire *Breard* et chaque fois qu'il lui a été présenté depuis lors.

138. Sur ce, Monsieur le président, je vous prie de bien vouloir appeler à la barre M. Dupuy.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Donovan. Je donne maintenant la parole à M. Dupuy.

Mr. DUPUY:

IV. REPARATION

139. Mr. President, Members of the Court, I will now endeavour to clarify for the Court, as precisely as possible, the various issues of the debate between the two Parties as regards reparation. On Tuesday afternoon, counsel for the United States categorically dismissed all of Mexico's submissions on this subject. The United States thus took the position that there was no reason for reparation since it had not violated its obligations in this case. In particular, Professor Elisabeth Zoller, on Tuesday afternoon, claimed with great conviction that the three elements of the reparation claim in Mexico's Application were unreasonable and devoid of any legal foundation, in the same manner as she had, that morning, dismissed the Court's jurisdiction to entertain the case. Being on the receiving end of those virulent arguments from a colleague for whom I have the greatest respect, I could not help recalling, as I listened to her, the old saying "May God protect me from my friends . . .!".

140. However, putting any personal feelings aside, my statement will follow a tripartite structure, reflecting the three elements of the claim for reparation submitted by Mexico to the Court: satisfaction; restitution; cessation and guarantee of non-repetition.

A. Satisfaction

141. According to the United States counsel I just cited, Mexico is seeking a “declaratory judgment”, which would present “great difficulties” because of the fact that the Vienna Convention in question is a multilateral treaty.

142. I shall respond to that quite simply. Mexico is certainly not seeking a “declaratory judgment”, strictly speaking, in the sense contemplated by the Court in its Northern Cameroons Judgment, when such a possibility was left open in theory although ruled out in that case⁶⁴.

143. Now I shall quite simply invite you, as in any proceedings concerning international responsibility, to begin at the beginning.

144. In order to establish the responsibility of a State, the Court must first find that that State has failed to fulfil its obligations. And we are asking you that, having made such a finding, you include it in the *dispositif*, in order to establish therein the basis of that responsibility. By doing so, the Court can, as it were, “kill two birds with one stone”. It will be confirming the violation of the respondent State’s primary obligation; and in doing so it will already be making initial reparation to the injured State, applying a secondary rule of “adjudication”, in the sense given to that term by Herbert Hart or Roberto Ago, namely that it follows from the finding of a violation. The Court has long adopted such an approach, for example in its very first judgment in the 1949 *Corfu Channel* case, when it held unanimously that “the United Kingdom [had] violated the sovereignty of the People’s Republic of Albania, and that this declaration by the Court constitute[d] in itself appropriate satisfaction”⁶⁵. One can find other such declarations throughout your own case law, including, notably, in the “*Diplomatic Staff*” case⁶⁶, in your 1997 decision in the case concerning the *Gabèikovo-Nagymaros Project*⁶⁷, and again in your recent Judgment in the *Arrest Warrant* case, where the Court, acceding to the request of the Republic of the Congo for a “formal finding by the Court of the unlawfulness of the issue and international circulation of the arrest warrant”⁶⁸,

⁶⁴Case concerning *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, *I.C.J. Reports 1963*, p. 15 (37): “That the Court may, in an appropriate case, make a declaratory judgment, is indisputable”.

⁶⁵Case concerning *Corfu Channel*, *I.C.J. Reports 1949*, p. 36.

⁶⁶Case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, *I.C.J. Reports 1981*, p. 442, para. 90.

⁶⁷*Gabèikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, para. 1 of *dispositif*.

⁶⁸*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, 14 February 2002, p. 27, para. 72.

upheld that submission in its *dispositif*, finding that: “the issue . . . of the arrest warrant of 11 April 2000, and its . . . circulation, constituted violations of a legal obligation of the Kingdom of Belgium towards the Democratic Republic of the Congo . . .”⁶⁹. This is both a typical and a recent example of “judicial satisfaction” being granted by this same Court, in exactly the same sense as that intended by Mexico in the present case.

145. A finding upholding the Applicant’s submission, just as the Court did in the *LaGrand* Judgment itself, by 14 votes to one, with respect to the same Respondent as in the present case and to the same wrongful acts⁷⁰, clearly does not raise any issue in relation to the multilateral nature of the Vienna Convention on Consular Relations.

146. Professor Zoller spoke the other day of “Mexican privilege”, almost as if she had been speaking about “Spanish flu”, but there will not be any Mexican privilege in this case, any more than there was “German privilege” in the *LaGrand* case.

147. It is by virtue of the Protocol additional to the Vienna Convention on Consular Relations that the Court has jurisdiction to interpret or apply that multilateral treaty, and it is a direct consequence of that instrument that when the Court does so, it is informing the other parties to the Convention regarding the obligations undertaken by them. Moreover, President Guillaume’s declaration at the end of the *LaGrand* Judgment, which he added in order to clarify the scope of the United States obligations, substantiates our argument by emphasizing, precisely, that, notwithstanding the relative nature of *res judicata*, it does not have the effect of creating a “privilege” for the State on behalf of which the Convention is and will be so applied. I thus have no reason to dwell further on that point. I now propose to turn immediately to the second element of Mexico’s claim, which, coming after satisfaction, is restitution.

B. *Restitutio in integrum*

148. I should perhaps begin by reminding you, Members of the Court, of what I told you last Monday. Not because I have any doubts as to the accuracy of your memory, but because, as too often happens, our opponents have attempted to distort our arguments.

⁶⁹*Ibid*, p. 29, para. 78, D, 2.

⁷⁰*LaGrand* Judgment, *dispositif*, para. 128 (3).

149. Contrary to what the United States claims, Mexico is not seeking to lead you astray from the *LaGrand* Judgment, which the United States continues, for its part, to regard as having gone too far. On the contrary, Mexico is looking to the *LaGrand* Judgment to provide appropriate means of reparation — subject, albeit, to the inevitable difference that Germany was unable to request *restitutio* in a case where it was already too late for the individuals whose rights it was seeking to protect.

150. Accordingly, Mexico is requesting you to order — just as you settled the matter for the future in the *LaGrand* Judgment, but this time in respect of the past — that the *status quo ante* must be restored, by the “review and reconsideration of the convictions and sentences” of the 52 Mexican nationals tried without benefit of the rights to which they were individually entitled under Article 36 of the Vienna Convention. The fact that the obligation to review and reconsider can be construed as a primary rule — an affirmative obligation — in relation to the prevention of future violations of Article 36, paragraph 2, does not preclude it, in so far as it requires procedural intervention, from providing a remedy in the sense of a form of reparation, and thus at the same time constituting a secondary rule for the implementation of the reparation, this time in the context of restitution. Furthermore, to ensure effective reconsideration, it is necessary to conduct a thorough-going review, and hence, in principle, to start by vacating the conviction and sentence of each individual concerned. What Mexico is requesting of you, in addition to restoration of the *status quo ante* — and I will return to that point later — is quite simply a finding of violation upstream and an order, downstream, for cessation of the wrongful acts and a guarantee of non-repetition.

151. With respect to restitution, the United States position, at least as it was presented to you at this bar on Tuesday, can essentially be described as follows: whilst it no longer really disputes, in relation to reparation, the applicability of the principle of *restitutio in integrum*, the United States nevertheless asserts that it does not apply in the present context, in particular when it involves vacating a domestic court’s decision, because that would result in a direct confrontation with the substantive criminal law of the United States. That was brilliantly argued in comparative terms by Professor Weigand on Tuesday afternoon. Moreover, the United States went on to argue that its federal structure prohibits the implementation of such reparation.

152. Such arguments, in truth, should not really surprise us. For the United States, the invocation of bars deriving from its municipal legal system is a form of defence to which it remains strongly attached. The United States has sought to use it at all stages of the proceedings, including the provisional measures proceedings in the three cases that its persistent violation of Article 36 of the Vienna Convention has already triggered, namely *Breard*, *LaGrand*, and now *Avena*. In *Avena*, relying on the same arguments, the United States sought to persuade you not to indicate such measures. You did not listen to the United States then, and this time it has obeyed, thus demonstrating that, when it so wishes, it is capable of applying an international judicial decision within its domestic legal order.

153. Moreover, this persistent reliance on domestic law — setting it up as a sort of scarecrow — shows scant regard for the law that you yourselves have jurisdiction to apply. It runs directly counter to a particularly well-established principle in the international law of State responsibility. That principle is codified in Article 32 of the final draft of the International Law Commission. I do realize that that text should not necessarily be regarded as revealed religion; however, it nevertheless represents the conclusion of over 40 years of work, conducted by distinguished experts, in close consultation with all the member States of the United Nations.

154. I am sure you are familiar with Article 32. It is entitled “Irrelevance of internal law”. And it reads as follows: “The responsible State may not rely on the provision of its internal law as justification for failure to comply with its obligations under this Part” (that is to say the part concerning implementation, the content of State responsibility). In his commentary on that Article, James Crawford recalls that this provision, “is modelled on Article 27 of the 1969 Vienna Convention on the law of Treaties”⁷¹. He mentions in particular that it is a “general principle” deriving from the rules of State responsibility. Among them, one may also point to the rule which is codified in Article 3 of the same text, whereby “[t]he characterization of an act of State as internationally wrongful is governed by international law” and not by “internal law”.

⁷¹J. Crawford, Commentaries to the draft Articles on “Responsibility of States for internationally wrongful acts”, adopted by the International Law Commission at its 53rd session (2001).

155. Those two rules — in Article 32 and in Article 3 — which are admittedly distinct but complementary, illustrate a principle that is familiar to all international lawyers; the principle whereby, with respect to international law, internal law is a *simple fact*. This is a particularly well-established principle. It dates back to the well-known “*Alabama*”⁷² case, which is certainly a respectable precedent, because this year it is celebrating its 131st anniversary, no less! But the same principle is also illustrated by the first Judgment rendered by the Permanent Court, the *S.S. “Wimbledon”* case. There, the Permanent Court dismissed Germany’s argument that the administrative decision to refuse access to the Kiel Canal to the *S.S. “Wimbledon”* should have prevailed over the provisions of the Versailles Treaty. Between those two cases, an abundant arbitral jurisprudence had already illustrated the same rule, namely that international law is indifferent to the characterization applied by internal law⁷³. Consequently, whilst I certainly listened with great interest to the very learned presentation of Professor Weigand, I must say that I was rather surprised that such an authoritative principle was not taken into account, as if internal law were now suddenly to be recognized as prevailing over international law! That is an argument that Triepel or Jellinek would themselves have been the first to dismiss with contempt, not to say, indignation.

156. I am perfectly well aware that the arguments by counsel for the United States also sought to demonstrate the difficulty it would face in the present case if the Court were to order the respondent State to vacate the convictions and death sentences of the 52 Mexican nationals. That was also the thrust of other speeches by our opponents on Tuesday.

157. However, once again, the recent conclusion of the vast work of codification enables us to define the precise parameters of the question.

158. Thus, for purposes of codification of the law regarding restitution in relation to State responsibility, successive special rapporteurs have had to consider in which cases restitution in kind

⁷²In that case, the United Kingdom sought to justify itself for a failure to exercise proper vigilance in its territory in order to prevent injury to other States, by arguing that it had insufficient legal means in its internal law. The tribunal considered, however, that “the Government of Her Britannic Majesty [could] not justify itself for a failure in due diligence on the plea of insufficiency of the legal means of action which it possessed”. (Moore, *International Arbitrations*, Vol. IV, p. 4161).

⁷³See for example, among the oldest cases, the award given in the *Montijo* case, Moore, *International Arbitrations*, Vol. II, pp. 1440-1441.

is not an appropriate remedy, given, as the most recent of them has reminded us, that “restitution most closely conforms to the general principle that the responsible State is bound to wipe out the legal and material consequences of its wrongful act . . .”⁷⁴.

159. Moreover, to quote the same writer, citing the language of the Commission itself, “restitution is not impossible merely on grounds of legal or practical difficulties, even though the responsible State may have to make special efforts to overcome these”.

160. He continues: “the wrongdoing State may not invoke the provisions of its internal law as justification for the failure to provide full reparation”⁷⁵.

161. In other words, in order for *restitutio in integrum* not to be granted, the impossibility must be a material one, for example because the object in question no longer exists, as with the case of the *Forests of Central Rhodope*⁷⁶, or because the individual whose rights have been violated himself no longer exists, as was precisely the situation in the *LaGrand* case.

162. But, for the rest, the only circumstances in which *restitutio* becomes impossible are where its implementation would be out of proportion to the cost for the wrongdoing State. Mexico has already addressed that issue in its Memorial, as also did Mr. Donovan in his first-round speech. As far as such costs are concerned, a State party to an international instrument can surely not be expected to stint on the efforts required in order to adapt its domestic law so as to comply with its international obligations. If you will forgive me for citing my own country, that is precisely what France has done, and Germany too, in adapting their respective domestic law to bring it into line with the application, for example, of the European Convention on Human Rights⁷⁷. This “adaptive

⁷⁴J. Crawford, *op.cit.*, *supra*, p. 238.

⁷⁵*Ibid.*, p. 242.

⁷⁶*UNRIIAA*, Vol. III (1933), p. 1432.

⁷⁷See Article 626-1 of the French Code of Criminal Procedure “Reconsideration of a criminal ruling as a result of a decision of the European Court of Human Rights.”

“The reconsideration of a final criminal decision may be requested for the benefit of any person judged guilty of an offence, where this conviction is held, in a judgment given by the European Court of Human Rights, to have been declared in violation of the provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, or its additional Protocols, and where the declared violation, by its nature or seriousness, has led to harmful repercussions for the convicted person, which the ‘just satisfaction’ granted under article 41 of the Convention cannot bring to an end.”

See also Article 359, No. 6, of the Strafprozessordnung:

legislation”, as it is called in such cases, is precisely enacted for that purpose; and there is no reason why the United States, any more than any other country, should be entitled to plead the complexity of its federal structure in order to escape its international obligations.

163. For the rest, the Court will have observed that, in its first-round presentation, the United States did not really launch a frontal attack on the rule that juridical restitution may involve the annulment or setting aside of the internal juridical act underlying a State’s violation of its international obligation.

164. It is true that, if the Respondent had ventured down that road, I could have provided you with another armful of references confirming that rule, from Karl Strupp⁷⁸ to Bernard Graefrath⁷⁹, stopping off at Brigitte Stern⁸⁰ and Ian Brownlie⁸¹, who would have confirmed the citations from Verdross and Charles de Visscher which we gave you on Monday. All agree that annulment is indeed the normal means of restitution in a case of reparation of a juridical injury.

165. Nor should we fail to note, as the Court certainly will not have done, how our opponents prudently refrain from addressing your own jurisprudence in the *Yerodia* case, where the final result was precisely reflected in a decision by this Court to order the Respondent to annul an internal juridical act.

166. That was a landmark decision, which you could equally have justified on the basis of a long-standing tradition going back to the jurisprudence of the Permanent Court, as for example *Eastern Greenland*, in which the Permanent Court stated that “the declaration of occupation

“Die . . . Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens . . . ist zulässig, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht.”

⁷⁸K. Strupp, *Das völkerrechtliche Delikt*, in Stier/Somlo (ed.), *Hanbuch des Völkerrechts*, Vol. 3, 1920, p. 209:

“Bei einer völkerrechtswidrigen Entscheidung besteht die Pflicht, dem Deliktssubjekt als Unrechtsfolge erwächst, . . . in der Aufhebung . . . der Entscheidung der Gerichte. Auch soweit die Entscheidung formell rechtskräftig geworden ist, muss sie der Staat, sofern sie den völkerrechtlichen Verpflichtungen widerstreite, entuell durch Gesetz wieder aus der Welt schaffen.”

Or again Lais, *Die Rechtsfolgen völkerrechtlicher Delikte*, 1932, p. 33: “Es besteht die Pflicht zur Aufhebung eines inländischen Gerichtsurteils, das mit dem Völkerrecht nicht vereinbar ist. Der verantwortliche Staat muss das Urteil beseitigen wenn nicht anders möglich, durch Gesetz.”

⁷⁹B. Graefrath, *Responsibility and Damages caused*, *RCADI* 185 (1984-II), p. 74, which restricts the limitations on this form of juridical restitution to the requirements of the right of self-determination, thus effectively excluding nationalization legislation.

⁸⁰B. Boellecker-Stern, “*Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*”, p. 49.

⁸¹I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th edition, p. 464.

promulgated by the Norwegian Government on July 10, 1931, and any steps taken in this connection by that Government, constitutes a violation of the existing legal situation and are, accordingly, unlawful and invalid". In that case, it was your predecessor which itself declared the internal act invalid, whereas, like the Congo in the *Yerodia* case, Mexico is asking you today to order the Respondent to do so.

167. Hence, doubtless aware of the authority of the principle thus cited by Mexico in support of its claim for juridical restitution, the United States preferred to attempt a sort of lateral attack, based on the particular nature of juridical decisions, which, it claims, are for that very reason less susceptible of nullification than other internal legal acts.

168. However, that argument once again falls foul of the fact that municipal law cannot defeat an international obligation. I would refer you here to what I said to you previously on this point. Moreover, the examples selected by our opponents last Tuesday in an attempt to illustrate their arguments were not necessarily particularly well chosen. Thus, if we take the European Court of Human Rights, while it is true that it does not order the annulment of domestic judgments, that is simply because it is not authorized to do so by its statute. As Dean Cohen-Jonathan has recently demonstrated in the *Annuaire français de droit international*, we are certainly currently seeing a substantial increase in reparation cases before the Strasbourg Court⁸²; yet the fact remains that the European Court cannot act *ultra vires* and order a State party to do something which it has no statutory power to require of it. No, Mr. President, positive law most definitely does not disclose any consistent practice which would make the judgments of municipal courts an exception to the rule that internal law cannot be relied upon so as to defeat international obligations.

169. So where does that leave us, Mr. President? Here: (1) if the United States is not entitled to plead its own municipal law for purposes of applying *restitutio in integrum*, and if (2) annulment is the form which such restitution must normally take where the wrongful act is a juridical act, (3) the logical consequence is then inescapable: the Respondent must, in order to effect the full and complete reparation which its responsibility requires of it, annul the acts having resulted in the conviction and sentencing of the Mexican nationals in question. The fact that there

⁸²*Annuaire français de droit international*, 2002, XLVIII, CNRS, Paris, p. 675-693, in particular pp. 685 *et seq.*

are 52 of them is indeed impressive. But the injured State cannot be blamed for the number of legal violations committed against it, whether against the State itself or in the person of its nationals. Without even having to invoke the adage “*Nemo propriam turpitudinem allegans . . .*”, it is difficult to see how the United States could be entitled to rely not only on the inflexibility of its own domestic law, but, further, on the scope and number of the violations committed by it, in order to escape its obligation of reparation.

170. It is true, and Mexico has never denied it⁸³, that the Mexican individuals in question could be separately categorized according to the time when the consular authorities were finally able to attempt to assist them, and Ms Babcock correctly reminded you that it would, if need be, be possible to classify them according to whether those authorities had become aware of their unfortunate situation once they had already been sentenced to death, as was the case of the German authorities with the LaGrand brothers, or whether Mexico’s consular officers had been apprised of the position some time before conviction and sentencing.

171. However, it is clear that in both cases — in all cases — whatever the circumstances, the violations or wrongful acts committed by the United States remain exactly the same, as I explained to you last Monday. In every case there was an initial violation of Article 36, paragraph 1 (*b*), with the cumulative consequences which I analysed to you at the start of the week. In every case, there was an extension, going well beyond the “without delay” prescribed by Article 36, of the failure of notification of consular rights, consequently making it impossible for the consular services to intervene in time. In every case, each one of these individuals lost his chance to assert his rights so as to restore fairness to proceedings tainted *ab initio* — individuals, as we reminded you on Monday, who were handicapped socially and culturally. In every case, effective remedies were already exhausted. And, in every case, these individuals were legitimately entitled to the “revision” of their trials in the sense that I explained to you on Monday.

172. Hence, in every one of these cases, appropriate reparation, full and complete reparation, that is to say reparation which restores to each one of these 52 Mexican nationals the chances he

⁸³Memorial of Mexico, pp. 38 and 39.

has lost of saving his life, is the organization of a new trial, once his original conviction and sentence have been set aside. And I again respectfully draw the attention of the Court to this mutually engendered “massive accumulation of violations”, as I have already described it to you.

173. However, what could just possibly be envisaged, on a purely alternative basis, in the event that restitution by annulment of the original convictions and sentences were not to be granted, would be the alternative establishment of a genuinely judicial procedure of review and reconsideration, in every respect distinct from the current clemency proceedings. This could be envisaged so as to allow the individuals concerned at least some chance of asserting their rights.

C. Cessation and guarantees of non-repetition

174. I shall end my speech with cessation and guarantees of non-repetition and I shall, Mr. President, Members of the Court, be extremely brief, for in our view our opponents’ arguments on this point bear no relation to the reality of positive law. You will excuse me for saying this, but it was as if counsel for the United States was having “up-dating” problems. As if the decision of this Court in the *LaGrand* Judgment, precisely in regard to the same wrongful acts, had never been given. As if the International Law Commission, in its work completed just weeks, if not days, after your Judgment in that case on 27 June 2001, had not in its turn, noting your own decision, enshrined the proposals made by its last two special rapporteurs on the basis of positive law, both regarding the cessation of continuing wrongful acts and the obligation not to repeat those same violations in the future.

175. As if, indeed, the attitude of the United States had in fact changed since the *LaGrand* Judgment. Yet, as you were reminded this morning, that is truly not the case⁸⁴. It is certainly difficult, Mr. President, as the United States however does, constantly to argue on the basis of *LaGrand*, while at the same time contending that that decision went too far, and constantly to accuse its opponents of seeking to go beyond it, when the United States itself refuses to draw the necessary consequences in terms of the law of reparation.

⁸⁴Supreme Court of the United States, *Osbaldo Torres v. Mike Mullin*, 540 U.S. ____ (2003) of 17 November 2003.

176. As a result, all I can do here, Mr. President, is to reiterate Mexico's request that restitution be supplemented by cessation of the wrongful acts and by the imposition on the wrongdoing State of an obligation never to commit them again. That ends my presentation and I would now ask you, Mr. President, kindly to give the floor to Ambassador Santiago Oñate, Agent of the United Mexican States, so that he may read his Government's submissions.

Le PRESIDENT : Merci professeur Dupuy. Je donne maintenant la parole à M. l'ambassadeur Santiago Oñate.

Le PRESIDENT : Merci, Monsieur Dupuy. Je donne maintenant la parole à l'ambassadeur Santiago Oñate.

M. OÑATE : Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour :

V. CONCLUSIONS

177. Ainsi que l'ambassadeur Gomez-Robledo l'a annoncé au cours de son exposé liminaire lundi dernier, le Mexique souhaite présenter à la Cour une version simplifiée de ses conclusions, sans y apporter aucun changement de fond.

178. Ces conclusions comprennent essentiellement, comme auparavant, des demandes de satisfaction judiciaire et de *restitutio in integrum*, ainsi que de cessation des faits illicites qui persistent et de garanties par les Etats-Unis d'Amérique que ces faits ne se reproduiront plus.

179. Du point de vue de la forme, le Mexique a simplifié ses conclusions car il estime qu'à ce stade de la procédure, il n'est pas nécessaire de traiter de toutes les conséquences que comportent les réparations qu'il demande. Ces conséquences sont exposées dans notre mémoire et ont été expliquées dans nos plaidoiries de cette semaine, mémoire et plaidoiries qui doivent être interprétés conjointement.

180. En conséquence, les conclusions finales du Mexique sont libellées de la manière suivante.

181. Par ces motifs, le Gouvernement du Mexique demande respectueusement à la Cour de dire et juger que :

- 1) en arrêtant, détenant, jugeant, déclarant coupables et condamnant les cinquante-deux ressortissants mexicains se trouvant dans le couloir de la mort, dont les cas sont décrits dans les plaidoiries écrites du Mexique, les Etats-Unis d'Amérique ont violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique, en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants; et, qu'en n'informant pas, sans retard, les cinquante-deux ressortissants mexicains après leur arrestation, de leurs droits à la notification et à l'accès aux autorités consulaires, en vertu de l'alinéa *b*), paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires; ainsi qu'en privant le Mexique de la possibilité de fournir son assistance consulaire, et en empêchant les cinquante-deux ressortissants de bénéficier de leur droit de recevoir une telle protection, telle que le Mexique la leur aurait fournie conformément aux alinéas *a*) et *c*) de l'article 36 1) de la convention, les Etats-Unis ont violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique;
- 2) l'obligation énoncée au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne exige qu'une notification des droits consulaires ait lieu et qu'une possibilité raisonnable d'accès aux autorités consulaires soit donnée avant que les autorités compétentes de l'Etat de résidence ne prennent aucune mesure susceptible de porter atteinte aux droits des ressortissants étrangers;
- 3) les Etats-Unis ont violé leurs obligations en vertu de l'article 36 de la convention de Vienne en ne fournissant pas la possibilité d'un réexamen et d'une revision à la fois véritables et effectifs des déclarations de culpabilité et des peines entachées d'une méconnaissance du paragraphe 1 de l'article 36; en substituant à ce réexamen et cette revision des procédures de grâce; ainsi qu'en appliquant la doctrine de la carence procédurale (*procedural default*) ou d'autres doctrines de droit interne qui manquent d'accorder une signification juridique à la violation du paragraphe 1 de l'article 36 considéré en lui-même;
- 4) en considération des dommages subis par le Mexique dans ses propres droits et dans la personne de ses ressortissants, le Mexique a droit à la réparation intégrale de ces dommages par la voie de la *restitutio in integrum*;

- 5) cette restitution consiste dans l'obligation de restaurer le *statu quo ante* en annulant ou en privant autrement de tout effet les déclarations de culpabilité et les peines des cinquante-deux ressortissants mexicains;
- 6) cette restitution comprend également l'obligation de prendre toutes mesures visant à s'assurer qu'une violation passée n'affectera pas les procédures ultérieures;
- 7) dans la mesure où l'une quelconque de ces cinquante-deux déclarations de culpabilité ou peines ne serait pas annulée, les Etats-Unis devront fournir à leur égard, par les moyens de leur choix, un réexamen et une révision à la fois véritables et effectifs et que cette obligation ne peut être satisfaite par les procédures de grâce ou par l'invocation de toute autre règle ou doctrine de droit interne irréconciliables avec le paragraphe 3 ci-dessus; et que,
- 8) les Etats-Unis devront cesser leurs violations de l'article 36 de la convention de Vienne à l'égard du Mexique et de ses cinquante-deux ressortissants et devront fournir des garanties et assurances appropriées qu'ils prendront des mesures suffisantes pour atteindre un respect accru du paragraphe 1 de l'article 36 et pour assurer le respect du paragraphe 2 de l'article 36.

Merci Monsieur le président.

Le PRESIDENT : Je vous remercie, ambassadeur Oñate. La Cour prend note des conclusions finales que vous venez de lire au nom des Etats-Unis du Mexique. Ainsi prend fin le second tour de plaidoiries des Etats-Unis du Mexique. La Cour se réunira de nouveau demain à 15 heures pour entendre le second tour de plaidoiries des Etats-Unis d'Amérique. Merci. L'audience est levée.

L'audience est levée à 12 h 10.
