

CR 2003/25

International Court
of Justice

THE HAGUE

Cour internationale
de Justice

LA HAYE

YEAR 2003

Public sitting

held on Monday 15 December 2003, at 3 p.m., at the Peace Palace,

President Shi presiding,

*in the case concerning Avena and Other Mexican Nationals
(Mexico v. United States of America)*

VERBATIM RECORD

ANNÉE 2003

Audience publique

tenue le lundi 15 décembre 2003, à 15 heures, au Palais de la Paix,

sous la présidence de M. Shi, président,

*en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains
(Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*

COMPTE RENDU

Present: President Shi
 Vice-President Ranjeva
 Judges Guillaume
 Koroma
 Vereshchetin
 Higgins
 Parra-Aranguren
 Kooijmans
 Rezek
 Al-Khasawneh
 Buergenthal
 Elaraby
 Owada
 Tomka
 Judge *ad hoc* Sepúlveda
 Registrar Couvreur

Présents : M. Shi, président
M. Ranjeva, vice-président
MM. Guillaume
Koroma
Vereshchetin
Mme Higgins
MM. Parra-Aranguren
Kooijmans
Rezek
Al-Khasawneh
Buergenthal
Elaraby
Owada
Tomka, juges
M. Sepúlveda, juge *ad hoc*
M. Couvreur, greffier

The Government of the United Mexican States is represented by:

H.E. Mr. Juan Manuel Gómez-Robledo, Ambassador, Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs, Mexico City,

H.E. Mr. Santiago Oñate, Ambassador of Mexico to the Kingdom of the Netherlands,

as Agents;

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

Mr. Donald Francis Donovan, Esq., Attorney at Law, Debevoise & Plimpton, New York,

Ms Sandra L. Babcock, Esq., Attorney at Law, Director of the Mexican Capital Legal Assistance Programme;

Mr. Carlos Bernal, Attorney at Law, Noriega y Escobedo, and Chairman of the Commission on International Law at the Mexican Bar Association, Mexico City,

Ms Katherine Birmingham Wilmore, Esq., Attorney at Law, Debevoise & Plimpton, London,

Mr. Dietmar Prager, Esq., Attorney at Law, Debevoise & Plimpton, New York,

Ms Socorro Flores Liera, Chief of Staff, Under-Secretariat for Global Affairs and Human Rights, Ministry of Foreign Affairs, Mexico City,

Mr. Víctor Manuel Uribe Aviña, Head of the International Litigation Section, Legal Adviser's Office, Ministry of Foreign Affairs, Mexico City,

as Counsellors and Advocates;

Ms Maria del Refugio González Domínguez, Chief, Legal Co-ordination Unit, Ministry of Foreign Affairs, Mexico City,

Mr. Erasmo A. Lara Cabrera, Head of the International Law Section, Legal Adviser's Office, Ministry of Foreign Affairs, Mexico City,

Ms Natalie Klein, Attorney at Law, Debevoise & Plimpton, New York,

Ms Catherine Amirfar, Esq., Attorney at Law, Debevoise & Plimpton, New York,

Mr. Thomas Bollyky, Esq., Attorney at Law, Debevoise & Plimpton, New York,

Ms Cristina Hoss, Research Fellow at the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg,

Mr. Mark Warren, International Law Researcher, Ottawa,

as Advisers;

Mr. Michel L'Enfant, Debevoise & Plimpton, Paris,

as Assistant.

Le Gouvernement des Etats-Unis du Mexique est représenté par :

S. Exc. M. Juan Manuel Gómez-Robledo, ambassadeur, conseiller juridique du ministère des affaires étrangères, Mexico,

S. Exc. M. Santiago Oñate, ambassadeur du Mexique auprès du Royaume des Pays-Bas,

comme agents;

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

M. Donald Francis Donovan, Esq., avocat au cabinet Debevoise & Plimpton, New York,

Mme Sandra L. Babcock, Esq., avocate, directrice du programme d'assistance juridique du Mexique aux personnes encourant la peine de mort,

M. Carlos Bernal, avocat au cabinet Noriega y Escobedo, président de la Commission du droit international de l'association du barreau mexicain, Mexico,

Mme Katherine Birmingham Wilmore, Esq., avocate au cabinet Debevoise & Plimpton, Londres,

M. Dietmar W. Prager, Esq., avocat au cabinet Debevoise & Plimpton, New York,

Mme Socorro Flores Liera, chef de cabinet, sous-secrétariat des affaires internationales et des droits de l'homme du ministère des affaires étrangères, Mexico,

M. Víctor Manuel Uribe Aviña, chef du service du contentieux international au bureau du conseiller juridique du ministère des affaires étrangères, Mexico,

comme conseils et avocats;

Mme Maria del Refugio González Domínguez, chef du service de coordination juridique du ministère des affaires étrangères, Mexico,

M. Erasmo A. Lara Cabrera, chef du service du droit international au bureau du conseiller juridique du ministère des affaires étrangères, Mexico,

Mme Natalie Klein, Esq., avocate au cabinet Debevoise & Plimpton, New York,

Mme Catherine Amirfar, Esq., avocate au cabinet Debevoise & Plimpton, New York,

M. Thomas Bollyky, Esq., avocat au cabinet Debevoise & Plimpton, New York,

Mme Cristina Hoss, assistante de recherche à l'Institut Max Plank pour le droit public comparé et le droit international, Heidelberg,

M. Mark Warren, chercheur en droit international, Ottawa,

comme conseillers;

M. Michel L'Enfant, membre du cabinet Debevoise & Plimpton, Paris,

comme assistant.

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

The Honourable Mr. William H. Taft, IV, Legal Adviser, United States Department of State,

as Agent;

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

as Co-Agent;

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

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

Mr. Patrick F. Philbin, Associate Deputy Attorney General, United States Department of Justice,

Mr. John Byron Sandage, Attorney-Adviser for United Nations Affairs, United States Department of State,

Mr. Thomas Weigend, Professor of Law and Director of the Institute of Foreign and International Criminal Law, University of Cologne,

Ms Elisabeth Zoller, Professor of Public Law, University of Paris II (Panthéon-Assas),

as Counsel and Advocates;

Mr. Jacob Katz Cogan, Attorney-Adviser for United Nations Affairs, United States Department of State,

Ms Sara Criscitelli, Member of the Bar of the State of New York,

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

Mr. Noel J. Francisco, Deputy Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, United States Department of Justice,

Mr. Steven Hill, Attorney-Adviser for Economic and Business Affairs, United States Department of State,

Mr. Clifton M. Johnson, Legal Counsellor, United States Embassy, The Hague,

Mr. David A. Kaye, Deputy Legal Counsellor, United States Embassy, The Hague,

Mr. Peter W. Mason, Attorney-Adviser for Consular Affairs, United States Department of State,

as Counsel;

Ms Barbara Barrett-Spencer, United States Department of State,

Ms Marianne Hata, United States Department of State,

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

L'honorable William H. Taft IV, conseiller juridique du département d'Etat des Etats-Unis,

comme agent;

M. James H. Thessin, conseiller juridique adjoint principal du département d'Etat des Etats-Unis,

comme coagent;

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

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

M. Patrick F. Philbin, vice-*Attorney-General* adjoint du département de la justice des Etats-Unis,

M. John Byron Sandage, avocat-conseiller chargé des questions concernant les Nations Unies du département d'Etat des Etats-Unis,

M. Thomas Weigend, professeur de droit et directeur de l'Institut de droit pénal étranger et international à l'Université de Cologne,

Mme Elisabeth Zoller, professeur de droit public à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas),

comme conseils et avocats;

M. Jacob Katz Cogan, avocat-conseiller chargé des questions concernant les Nations Unies du département d'Etat des Etats-Unis,

Mme Sara Criscitelli, membre du barreau de l'Etat de New York,

M. Robert J. Erickson, chef principal adjoint à la section des recours en matière pénale du département de la justice des Etats-Unis,

M. Noel J. Francisco, conseiller juridique adjoint auprès de l'*Attorney-General*, bureau du conseiller juridique du département de la justice des Etats-Unis,

M. Steven Hill, avocat-conseiller chargé des affaires économiques et commerciales du département d'Etat des Etats-Unis,

M. Clifton M. Johnson, conseiller juridique à l'ambassade des Etats-Unis à La Haye,

M. David A. Kaye, conseiller juridique adjoint à l'ambassade des Etats-Unis à La Haye,

M. Peter W. Mason, avocat-conseiller chargé des affaires consulaires du département d'Etat des Etats-Unis,

comme conseils;

Mme Barbara Barrett-Spencer, département d'Etat des Etats-Unis,

Mme Marianne Hata, département d'Etat des Etats-Unis,

Ms Cecile Jouglet, United States Embassy, Paris,

Ms Joanne Nelligan, United States Department of State,

Ms Laura Romain, United States Embassy, The Hague,

as Administrative Staff.

Mme Cecile Jouglet, ambassade des Etats-Unis à Paris,

Mme Joanne Nelligan, département d'Etat des Etats-Unis,

Mme Laura Romains, ambassade des Etats-Unis à La Haye,

comme personnel administratif.

The PRESIDENT: Please be seated. For this afternoon's session, I will call first on Ms Babcock.

Ms BABCOCK: Mr. President, distinguished Members of the Court, good afternoon.

VII. CLEMENCY DOES NOT PROVIDE “REVIEW AND RECONSIDERATION”

261. It is my task to address the United States contention that, by providing Mexican nationals with the opportunity to beg for mercy in clemency proceedings, it is providing the “review and reconsideration” mandated by this Court in *LaGrand*. As an initial matter, let us be clear that this Court need not evaluate the value or integrity of clemency proceedings in the various states of the United States, in order to reject the United States position. Even assuming, for the sake of argument, that clemency authorities were immune from political influences — although they are not — and that clemency proceedings provided for extensive due process safeguards — which they do not — the United States arguments are untenable. In other words, this Court need not conclude, as the United States would have you believe, that “the clemency system does not operate as it is supposed to”¹. Because it is precisely *because* of the way the clemency system does operate that it can never provide a remedy at law for an established violation of Article 36.

A. The United States reliance on clemency is inconsistent with this Court's Judgment in *LaGrand*

262. When you sweep aside all of the rhetoric, the United States defines review and reconsideration in the following terms:

“Review and reconsideration means that each prisoner will be permitted to file a piece of paper with a clemency authority, in which he pleads for his life. In the course of pleading for his life, he may ask the clemency board, or governor as the case may be, to consider commuting his death sentence as a remedy for the violation of his Article 36 (1) rights.”²

263. There are at least three reasons why this process cannot constitute “review and reconsideration”. First, as Ms Birmingham just reminded us, the *LaGrand* Court clearly contemplated that “review and reconsideration” would be carried out by judicial procedures. But, at the risk of stating the obvious, clemency boards are not courts. Clemency is granted as a matter

¹Counter-Memorial, para. 1.17.

²See Counter-Memorial at para. 6.69.

of executive grace, just as it has been since the days when all-powerful monarchs exercised the power to pardon wrongdoers as a component of the royal prerogative. The United States Supreme Court has aptly characterized the filing of a clemency petition as “simply a unilateral hope”³. The United States does not, and cannot, claim that it is more than that.

264. In this regard, it is helpful to review the jurisprudence of the Judicial Committee of the Privy Council, which has studied the function of executive clemency at length. In the case of *Patrick Reyes v. The Queen*, a case decided just last year, the court held that the mere opportunity to seek mercy cannot substitute for “judicial review of errors that affected legal proceedings”⁴. The Human Rights Committee came to a similar conclusion in the case of *Thompson v. Saint Vincent and the Grenadines*⁵.

265. Second, the *LaGrand* Court specified that the United States must allow the review and reconsideration of the national’s *conviction*, as well as his sentence⁶. In the overwhelming majority of capital cases, however, the only question to be resolved by the clemency authorities is whether the prisoner’s death sentence should be commuted to a sentence other than death, usually life imprisonment. A commutation in no way absolves the offender of the legal consequences of an offence.

266. In theory, clemency authorities may “pardon” any prisoner for any reason, thereby releasing him from any punishment for a particular offence. But in the modern era, neither California, nor Oklahoma, nor Texas has pardoned a single death row inmate out of the 392 individuals executed in those states. And needless to say, no state has ever pardoned a death row inmate based on an established Article 36 violation. Thus, clemency does not provide reconsideration of a condemned prisoner’s *conviction* in light of an Article 36 violation, and does not satisfy the Court’s mandate in *LaGrand*.

³*Ohio Adult Parole Authority v. Woodard*, 523 US 272, 280 (1998) (citing *Dumschat*, 452 U.S. at 465).

⁴*Patrick Reyes v. the Queen*, Judicial Committee of the Privy Council (judgment of 11 March 2002), para. 44 (citations omitted). See also *The Queen v. Peter Hughes*, Judicial Committee of the Privy Council (judgment of 11 March 2002), para. 13.

⁵Human Rights Committee, *Thompson v. Saint Vincent and the Grenadines* (2000) UNDOC/CCPR/C/70/D/906/1998, para. 8.2.

⁶*LaGrand*, Judgment of 27 June 2001, para. 7 (emphasis added).

267. Third and last, a review of the facts presented in *LaGrand* tells us that if this Court had believed that clemency was an adequate surrogate for judicial review and reconsideration, it never would have found that the United States had violated Article 36 (2) in that case. As the Members of this Court will remember, both Karl and Walter LaGrand received clemency hearings at which the Article 36 violation was raised. Thus, under the definition of “review and reconsideration” advanced by the United States, the LaGrand brothers received all of the “consideration” to which they were entitled because, after all, they had the “legal right” to petition for clemency, and they exercised it.

268. Now, the United States has two responses to this observation. First, the United States claims that the *LaGrand* Court did not truly consider whether the clemency process satisfied its obligations to provide “review and reconsideration”⁷. But this Court was presented with ample evidence of the clemency proceedings in that case by both parties to the *LaGrand* proceedings. Germany provided the Court with videotapes of the hearings in that case, and during the oral pleadings in November 2000, counsel for the United States twice encouraged the Court to view them⁸.

269. Second, the United States argues, at the time of the LaGrand brothers’ clemency hearings, the United States had not itself requested that the Arizona Board consider the Article 36 violation — as if this would have made a difference in the outcome⁹. But based on letters sent by the United States to clemency authorities in the post-*LaGrand* cases of Gerardo Valdez and Javier Suárez Medina, we know that the United States would not have asked the Board to commute the LaGrands’ death sentences. Rather, the United States would have sent a carefully worded letter, requesting that the Board “consider” the violations of Article 36. And if past experience is any guide, the clemency board would have thanked the State Department for its trouble, and denied clemency.

⁷Counter-Memorial, para. 6.74.

⁸*LaGrand*, verbatim record 14 November 2000, paras. 2.16, 2.45 (Napolitano).

⁹Counter-Memorial, para. 6.72 and fn. 262.

B. The timing of clemency proceedings

270. Let me now turn to one of the more practical problems raised by the United States proposal. Clemency, as the United States agrees, is often described as a “fail-safe mechanism, one that is employed after the judicial process has been exhausted”¹⁰. In the vast majority of cases, a petitioner will not seek clemency until he has exhausted all of his appeals. Some clemency authorities will not even consider a request for commutation until all judicial avenues have been exhausted. President George Bush, for example, during his term as Governor of Texas, refused to announce his decision to deny clemency until all courts had denied relief — sometimes within minutes of when the prisoner was put to death¹¹.

271. The timing of clemency proceedings then, standing alone, is sufficient reason to reject it as a panacea for Article 36 violations. Apparently, the United States would have each national wait in a cell on death row, year after year after year, hoping that one day, he will be able to file a clemency petition, all the while recognizing that he has only the most ephemeral possibility of “review” at the hands of the executive. In California, where inmates wait an average of five years after their conviction to receive a state-appointed lawyer to handle their appeal, it is no exaggeration to say that their cases will first be reviewed by the clemency authorities *decades* after their conviction and sentence is imposed¹². Thus, as a practical matter, the United States proposed solution is unworkable, and would in fact result in a further breach of Article 36 (2) by denying nationals access to the courts to seek a meaningful remedy for the violation of their consular rights.

C. The clemency process is standardized, secretive and unreviewable

272. Before I conclude, allow me to spend just a few moments addressing the United States claim that the clemency power provides an “ultimate haven, unbounded by legal or procedural technicalities”¹³, and is therefore ideally suited to review Article 36 violations. While the practical operation of clemency proceedings in capital cases is not a factual issue that this Court must

¹⁰Counter-Memorial at para. 6.68. See also *Herrera v. Collins*, 506 US 390, 412 (1993).

¹¹See Alan Berlow, *The Texas Clemency Memos*, *The Atlantic Monthly*, July/August 2003 (available at <http://www.theatlantic.com/issues/2003/07/media-preview/berlow.htm>) (last visited 3 December 2003).

¹²California District Attorneys Association and Criminal Justice Legal Foundation, *Prosecutors’ Perspective on California Death Penalty*, pp. 17-18 (March 2003) (available at <http://www.cdaa.org/WhitePapers/DPPaper.pdf>) (last visited 14 December 2003).

¹³Counter-Memorial, at para. 2.26.

resolve, we cannot allow the United States fanciful depiction of the clemency process, which has no grounding in the practical realities of death penalty litigation, to go uncorrected.

273. Although each state in the United States has its own particular system for reviewing clemency applications, all have three features in common: they operate without adherence to fixed standards, their decisions are entirely discretionary, and the results are largely unreviewable. Clemency authorities may not base their decision on the flip of a coin, nor may they arbitrarily deny a prisoner all access to the clemency process¹⁴. But aside from such ludicrous behaviour, clemency authorities may by and large follow their own whims and predilections in assessing the merits of a particular clemency application.

274. By way of illustration, under the United States Constitution, a clemency authority in a given state could lawfully adopt a policy that it would never commute a death sentence based on an undisputed, acknowledged violation of Article 36—no matter how dramatic the consequences for the national whose rights were violated. That policy, even if it were based on objectively unreasonable judgments about the importance of international law and the significance of the violation, would be both constitutional and immune from judicial review under precedents established by the Supreme Court and the lower federal courts of the United States¹⁵. A state could even elect to abolish clemency entirely, without running afoul of the United States Constitution.

275. The United States touts the flexibility and openness of the clemency process, but that is the very problem with clemency! The clemency process has limited procedural safeguards, which means, in practice, that not everyone will have equal access to the clemency process. Just take, for example, the fact that some states do not provide lawyers for prisoners who wish to file a clemency application. Many of the Mexican nationals who are on death row are mentally impaired, they do not speak English, and have little formal education. How will they prepare and file a clemency application without the assistance of a lawyer? In light of these practical realities, the United States claim that each of the 52 Mexican nationals has a “legal right” to petition for clemency is really empty rhetoric, since the United States cannot guarantee each of them the means by which to do so.

¹⁴*Woodard, supra*, at 289 (O’Connor, J., concurring).

¹⁵*Id.* at 276.

276. The quality of clemency review also varies widely from state to state. In Arizona, as we saw in *LaGrand*, the clemency board convenes hearings to review the clemency applications of each death row inmate. In Texas, however, the clemency board refuses to hold hearings on clemency applications, does not receive the testimony of live witnesses, and does not meet — even by conference call — to discuss the merits of individual petitions for commutation¹⁶. The Texas board members invariably make their life or death decisions by sending a fax to the board’s central office.

277. Finally, clemency review in death penalty cases is strongly influenced by political considerations. This is not a controversial statement. The political nature of the process is recognized by its staunchest defenders, including academics and former governors¹⁷ who have considered clemency applications. In the State of Texas, where the death penalty is enormously popular, five Mexican nationals are likely to face execution in the coming year. In that state, only one prisoner’s death sentence has been commuted to life imprisonment out of the last 157 put to death — and he was innocent of the crime for which he was convicted! Like the lost city of Atlantis, clemency exists in Texas only as an idealized myth. But the influence of politics in clemency decisions was perhaps best put by one former governmental official who said, “if I told you that politics were irrelevant [to the clemency decision], that would be like the fish telling you the water doesn’t matter”¹⁸.

278. The United States has apparently found one article, written by a scholar who teaches employment law and has never before published in this area, finding no “statistically significant” correlation between politics and clemency decisions. While it would be easy to attack this young scholar’s methodology and analysis, there is no need. For even Professor Heise — in a page the United States neglected to include in its Annexes — concludes that his findings “provide additional support for the contention that the death penalty is both arbitrary and inconsistent”¹⁹.

279. The personal and *ad hoc* nature of the clemency process is perhaps best illustrated by Governor George Ryan’s decision, earlier this year, to commute the death sentences of three

¹⁶See *Faulder v. Texas Board of Pardons and Paroles*, No. A 98 CA 803 SS, slip op. at 9-12 (Dec. 28, 1998).

¹⁷E. Brown and D. Adler, *Public Justice, Private Mercy* 78-79, 84 (1989) (describing the political considerations weighed by former California Governor Edmund Brown in his decision to deny clemency to a death row inmate).

¹⁸Beau Breslin and John J.P. Howley, *Defending the Politics of Clemency*, 81 *Or. L. Rev.* 231, 232 (2002).

¹⁹Michael Heise, *Mercy by the Numbers: An Empirical Analysis of Clemency and its Structure*, *Virginia Law Review*, Vol. 89, No. 2 (2003), at 244.

Mexican nationals, Gabriel Solache, Mario Flores, and Juan Caballero. The United States has frequently referred to the Illinois Governor's commutations as potent evidence that the clemency authorities can take Article 36 violations into account, and that they do commute death sentences on this basis²⁰. In pointing to the Governor's action, however, the United States neglected to mention that Governor Ryan commuted the sentences of everyone on death row, for a total of 167 commutations! His issuance of a blanket commutation was one of his last official acts as Governor, and was prompted by his deep, personal conviction that the administration of the death penalty in Illinois was fundamentally flawed. No commentator has seriously suggested that the commutations of Mr. Solache, Mr. Flores and Mr. Caballero were based primarily on the violation of Article 36.

280. What distinguishes Walter LaGrand, Angel Breard, Javier Suárez Medina, Miguel Angel Flores and the hundreds of other prisoners executed in Texas and Oklahoma from the 167 in Illinois? The personal convictions of Governor Ryan. Inconsistent results such as these are simply inevitable in a system where decisions are based on personal beliefs, rather than standardized norms.

Mr. President, that concludes my presentation.

The PRESIDENT: Thank you, Ms Babcock. I now give the floor to Ambassador Santiago Oñate.

Mr. OÑATE: Mr. President, Members of the Court.

VIII. ADMISSIBILITY OF MEXICO'S CLAIMS

A. Introduction

281. It is a distinction to appear once again before this honourable Court on behalf of the Government of Mexico. My task today is to address and refute the United States first and fifth objections to the admissibility of Mexico's claims.

282. Before presenting my arguments to those objections, allow me to repeat what Ambassador Gómez-Robledo said earlier today, namely that the United States five objections to the

²⁰Counter-Memorial at para. 6.69, 7.22.

admissibility of Mexico's claims should be rejected in their entirety as untimely raised. However, as a courtesy to the Court, Mexico will address briefly each of these objections.

283. Ms Babcock has already, this morning, addressed the third objection to admissibility, namely that Mexico had failed to prove the nationality of the 52 individuals named in these proceedings. My colleague Ms Flores will address the second objection, namely that Mexico cannot claim rights of diplomatic protection as its nationals have failed to exhaust local remedies, as well as the fourth objection, that Mexico failed to bring the alleged breaches of the Vienna Convention to the attention of the United States authorities in a timely fashion. It falls on me to address the first objection, that Mexico seeks to have this Court function as a court of criminal appeal, as well as the fifth objection, that Mexico should not be allowed to invoke standards that Mexico allegedly does not follow.

B. First objection to admissibility

284. Mr. President, the United States first objection to the admissibility of Mexico's claims, namely that Mexico would prompt this Court to function as a court of criminal appeal is, as you well know, not new. As the Court is certainly aware, the United States raised the same objection in *LaGrand*. The Court there stated clearly that it did "not agree with these arguments of the United States". It observed that Germany required "the Court to do no more than apply the relevant rules of international law to the issues in dispute between the Parties to [that] case". The Court further observed that "[t]he 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"²¹.

285. Mr. President, the United States first objection to the admissibility should be rejected for exactly the same reasons as it was rejected in *LaGrand*. All that Mexico seeks this Court to do is to have it apply the relevant rules of international law to the issues in dispute. The fact that this Court, in its examination of the matter, needs to refer to a certain extent to the practice of the United States courts as it bears on the application of Article 36 of the Vienna Convention, does not render it into a court of criminal appeal. Nor does it, the fact that Mexico asks this Court to render remedies under international law, which would understandably produce certain effects in the

²¹*LaGrand*, paras. 50-52.

United States, as to its legislation or judicial practice to the requirements of Article 36 of the Vienna Convention — to which the United States, let us not forget it, voluntarily adhered. As the Permanent Court observed many years ago, in the *Exchange of Greek and Turkish Populations* case, a State must “make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken”²². The United States first objection on admissibility is not only untimely, it also lacks any ground on its merits, and should therefore be rejected.

*

* *

C. Fifth objection to admissibility

286. Mr. President, now I wish to turn to the United States fifth objection to the admissibility of Mexico’s claims, namely that Mexico should not be allowed to invoke standards that Mexico allegedly does not follow. Like the first objection, this one was also raised in *LaGrand*. In support of its arguments there, the United States adduced two cases in which German courts imposed relatively minor criminal penalties to foreign offenders in procedures conducted in the absence of consular notification. In both cases the United States contended that Germany had not provided a remedy similar to the one demanded in *LaGrand*. The Court then rejected the admissibility objection raised by the United States. In doing so, the Court made two important observations. *First*, it held that the United States had not met its burden in showing that Germany’s practice fell short of the standards it demanded from the United States²³. The Court pointed out that German domestic cases dealing with relatively light criminal penalties were not instructive in a case dealing with the death penalty, because the remedies for a violation of Article 36 need not be identical in all situations. *Secondly*, the Court observed that, since the United States had failed to meet its burden of proof, it did not need to decide whether the United States objection, even if proven to be true, could be a valid ground for the admissibility of the claim.

²²*Exchange of Greek and Turkish Populations, 1925, P.C.I.J., Series B, No. 10, p. 20.*

²³*LaGrand*, para. 63.

287. If I may, Mr. President, I wish to stress that the case at hand arose out of the United States authorities' failure to meet their obligations under the Convention and not for an alleged violation of those obligations by the Mexican Government. It would therefore seem not only inappropriate, but also irrelevant to the present case to address in any meaningful way the contentions here made by the United States as to the admissibility. In any case, however, as in *LaGrand*, the United States has failed to meet its burden of proving a violation by Mexico. In fact, the United States objection in *Avena* is even weaker than in *LaGrand*. The United States has not presented a single judicial decision in which Mexico has refused to offer the remedies it seeks to a foreign national.

288. I should point out that, unlike the United States, Mexico does not employ the death penalty in its criminal justice system. The remedies Mexico is seeking in this case reflect the unparalleled seriousness of the death penalty and the concomitant need to ensure that the legal process leading to the imposition of such penalty is consistent with the United States international obligations assumed under the Vienna Convention. Yet, even with regard to criminal cases involving serious penalties, the United States could not cite a single instance in which Mexican authorities, whether executive or judicial, did not comply with the obligations of Article 36 of the Vienna Convention, which Mexico urges the United States to apply. Again, that would be irrelevant to the present case. Furthermore, as will be argued, the United States has not proven and will not prove that Mexico's judicial system prevents the redress of violations to the rights granted to individuals by the Vienna Convention.

289. I can assure this Court that Mexico's legal system adheres to the standards of Article 36 of the Vienna Convention. Indeed, as pointed out by the United States in an annex to its Counter-Memorial²⁴, Mexican law provides for immediate consular notification in the event that a foreign national is detained²⁵. Article 128 of the Federal Code of Criminal Procedure establishes basic procedural rights. Among these rights, Section IV specifically provides "*If [a] detainee is a foreign national, the detention shall be immediately communicated to the appropriate diplomatic*

²⁴Declaration of Doctor Jesus Zamora Pierce Regarding Certain Aspects of Mexican Criminal Procedure, United States Counter-Memorial, Vol. Two, Ann. 5.

²⁵United States Counter-Memorial, para. 6.36.

or consular representation.”²⁶ The legislation of 19 Mexican states equally contains such an obligation of “immediate” notification²⁷. In those states where criminal codes do not expressly provide for “immediate” notification, the obligations of Article 36 (1) of the Vienna Convention are directly applicable, because, as other international treaties concluded by Mexico, the Vienna Convention is strictly: “supreme law of the land”, and prevails over state or federal laws²⁸. Thus, even if enacted legislation did not fully implement the obligations set out in the Vienna Convention, whether on notification or on access, Mexico would still comply with the requirements of Article 36 by virtue of its Constitution.

290. In accordance with Mexican law, the failure to communicate the detention of a foreign national “immediately to the appropriate diplomatic or consular representation” constitutes a violation to the legality of the criminal process. In order to redress such a violation the law allows the initiation of legal actions that may produce different legal consequences as to the validity of certain procedural acts and even of the whole process.

291. Non-compliance with the requirements set by the Federal Code of Criminal Procedure allows the defendant to seek the review of the case. The accused has the right to appeal (“recurso de apelación”)²⁹ judicial decisions in which due process has not been duly observed.

292. In addition to this remedy, non-compliance with procedural requirements would allow the affected party to initiate legal actions on the federal level. In Mexico the constitutional remedy for such violations of the due process of law clause is the Amparo suit (“*Juicio de Amparo*”). Judicial review of decisions adopted in violation of the so-called “guarantee of legality” is a remedy available to those foreign nationals sentenced or convicted in proceedings where the duty of consular notification was infringed.

²⁶Free translation (emphasis added).

²⁷Codes of Criminal Procedure of: Aguascalientes (Art. 143 (III)), Coahuila (Art. 53), Colima (Art. 119), Chiapas (Art. 97 *bis* (IV)), Distrito Federal (Art. 269 (IV)), Durango (Art. 164 (IV)), Guanajuato (Art. 119 *bis* (IV)), Jalisco (Art. 93 (III) (f)), Nayarit (Art. 117 (IV)), Nuevo Leon (Art. 135 (6)), Oaxaca (Art. 22 (IV)), Puebla (Art. 70 (IV)), Quintana Roo (Art. 22 (II)), San Luis Potosi (Art. 161 (IV)), Sinaloa (Art. 122 (IV)), Sonora (Art. 129 *bis* (IV)), Tamaulipas (Art. 110 (IV)), Veracruz (Art. 130 (III)), Yucatan (Art. 241 (IV)).

²⁸Article 133, Mexican Constitution; Ninth Period, Supreme Court of Justice, *Federal Judicial Gazette*, Vol. X, November 1999, Thesis P. LXXVII/99, p. 46, “International treaties. Hierarchically are situated above federal laws and in a second level in respect of the Federal Constitution.” (Selected thesis).

²⁹Federal Code of Criminal Procedure, Arts. 363-391.

293. Articles 14, 103 and 107 of the Mexican Constitution set the basis for such procedural review. Article 14 of the Constitution, states: “No person shall be deprived of life, liberty, property, possessions or rights without a trial by a duly created court *in which the essential procedural requirements are observed* and in accordance with laws issued prior to the act.”³⁰

294. In this regard, it is surprising — to say the least — that the declaration presented by the United States as Annex 5 of its Counter-Memorial, overlooks the relevance of such remedies. No reference is made to Article 14 of the Constitution, basis for the judicial control of legality and a general remedy for the redress of a wide array of violations, such as the of lack of consular notification.

*

* *

295. Mr. President, Members of this Court. Even if the United States had met its burden of proof, which it certainly did not, the United States fifth objection must fail as a matter of law. The reason for this is that a respondent cannot escape its international legal responsibility by claiming that the applicant did not follow the same standards it demands from the respondent. It is revealing that the United States of America has not cited a single decision by this Court, or by another international judicial body, or the opinion of any learned scholar, in support of its argument that Mexico must prove that it conforms to certain standards before its claim against the United States can be admissible.

296. The only exception is the case concerning the *Diversion of Water from the Meuse*³¹, on which the United States relied for the proposition that the administration of justice and the equality of States require that both litigants be held accountable to the same rules under international law. Mexico wholeheartedly agrees with that proposition. Mexico has never argued that the Vienna Convention imposes different obligations on the United States and on Mexico. Mexico fully

³⁰Free translation (emphasis added).

³¹*Diversion of Water from the Meuse, Judgment, 1937, P.C.I.J., Series A/B, No. 70, p. 20.*

accepts that, as a party to the Vienna Convention, it is under the same obligations as the United States in complying with the provisions of the Vienna Convention.

297. But it does not follow from the obvious proposition that all States parties are subject to the same obligations under the Vienna Convention that one State party must demonstrate that it conforms with these obligations before it may bring an admissible claim against another State party for violating its obligations. This is an entirely different proposition.

298. The implications of such a proposition are dangerous: two internationally wrongful acts could cancel each other out. The United States proposition would impede the Court from performing its function to interpret international law, and to resolve international disputes.

299. Instead, as you will know, the Court's Rules provide the necessary mechanism to deal with an instance in which the respondent believes that the applicant fails to comply with the same legal obligations it seeks to have enforced. Specifically, Article 80 of the Rules of the Court allows the respondent to file a counter-claim against the applicant, which would then allow the Court to deal both with the alleged breaches of the respondent, and with those of the applicant. The Rules thus provide a mechanism under which both States would be held accountable under international law if the alleged breaches were found to have occurred, rather than neither State being held accountable. They allow the Court to resolve and to restore the rule of law in the mutual relations between both parties. The United States hence could have filed a counter-claim against Mexico if it believed that Mexico violated Article 36 of the Vienna Convention with respect to United States citizens. The fact is, as you well know, that it did not do so, nor could it have, because the United States cannot point out to any violation of Article 36 of the Vienna Convention by Mexico with regard to a United States citizen in circumstances equal to the ones present in this case.

D. Conclusion

300. Mr. President, before I conclude, let me give you the following assurances: Mexico respects this Court as the highest principal international judicial organ empowered by the United Nations Charter to decide disputes and to interpret and apply international law in order to safeguard and foster the rule of law. Mexico, Mr. President, will fully embrace the Court's findings in this

judgment, and give the judgment full effect in its own legal order, in the same way it expects the United States to do.

301. Mr. President, I now ask you to call upon Ms Flores to discuss the second and fourth admissibility objections formulated by the United States.

Thank you.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Ambassador. Now I give the floor to Ms Flores.

Ms FLORES:

**IX. MEXICO'S RESPONSE TO THE SECOND AND FOURTH ADMISSIBILITY ARGUMENTS
RAISED BY THE UNITED STATES**

302. Thank you very much, Mr. President. I am privileged to address this Court today on behalf of the Government of Mexico. My task is to address the second and fourth admissibility arguments raised by the United States in its Counter-Memorial. The second relates to the rule of exhaustion of effective local remedies in the context of diplomatic protection. The fourth relates to the United States allegation that Mexico failed to raise every violation of Article 36 in a timely manner.

303. As explained earlier, the preliminary objections raised by the United States are not timely, have no merit and should be rejected by this Court. However, for the sake of completeness I will address the two objections I mentioned.

**A. The exhaustion of effective legal remedies in
the framework of diplomatic protection**

304. It is clear, Mr. President, that Mexico has a right to exercise diplomatic protection over its nationals in these proceedings and the exhaustion of local remedies rule is no bar to admissibility.

305. As an initial matter, the United States fails to acknowledge that the majority of the nationals have sought judicial remedies in the United States, without success. As you have heard, most of the nationals had their claims barred by the procedural default doctrine as they failed to raise the claim at trial precisely because the United States had violated its obligations under Article 36 (1) to inform them of their rights. The United States again attempts to avoid the impact

of the procedural default rule in this regard in arguing that “knowledge of the requirements may well exist in fact . . . regardless of whether the receiving State itself provided consular information or notification”³². But the Court has heard this argument before. In *LaGrand*, it clearly stated that “the United States may not now rely before this Court on this fact in order to preclude admissibility . . . as it was the United States itself which had failed to carry out its obligation under the Convention to inform the LaGrand brothers”³³. As to the rest of the nationals, the United States has mischaracterized the requirement to exhaust local remedies by implying that it is absolute. This is incorrect. As indicated in the *Barcelona Traction* case, the exhaustion rule “does not require from those concerned a clearly futile and pointless activity, or a repetition of what has been done in vain”³⁴.

306. Subsequent jurisprudence of this Court has confirmed the limited nature of the exhaustion rule. For example, in the *Elettronica Sicula* case, the United States benefited from that limited interpretation. The Court held that “for an international claim to be admissible, it is sufficient if the essence of the claim has been brought before the competent tribunals and pursued as far as permitted by local law and procedures, and without success”³⁵.

307. As indicated by Ms Birmingham, the courts of the United States have never granted a judicial remedy to any foreign national for a violation of Article 36. The United States courts hold either that Article 36 does not create an individual right, or that a foreign national who has been denied his Article 36 rights but given his constitutional and statutory rights, cannot establish prejudice and therefore cannot get relief. In 11 of the 52 cases where the defendants, through their lawyers, were allegedly aware of the Vienna Convention violation and did not raise it, any failure to do so is clearly excused under the futility doctrine in the *Barcelona Traction* case.

308. It is clear that in the United States, a foreign national has no chance of obtaining any judicial remedy for a violation of Article 36. The words of the International Law Commission apply: “there is no requirement to use a remedy which offers no possibility of redressing the

³²US Counter-Memorial, para. 4.8.

³³*LaGrand*, para. 60.

³⁴Case concerning the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, pp. 144-145.

³⁵See *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989*, p. 46.

situation, for instance, where it is clear from the outset that the law which the local court would have to apply can lead only to the rejection of any appeal”³⁶.

309. Mr. President, Members of the Court, the United States also asserts that Mexican nationals must exhaust executive clemency procedures as a precondition to admissibility³⁷. This argument ignores that the rule of exhaustion of local remedies is limited to judicial remedies. The local remedies which must be exhausted include remedies of a legal nature “but not extra-legal remedies or remedies as of grace”³⁸ or those whose “purpose is to obtain a favour and not to vindicate a right”³⁹. Remedies which are not judicial in character and are of a discretionary nature fall outside the application of the local remedies rule⁴⁰.

310. The United States treats the executive clemency process as part of the judicial process when in fact it is an extrajudicial means of obtaining redress. As stated by Ms Babcock, clemency procedures are aimed at considering the possibility of granting mercy to a sentenced person. No legal rights are evaluated and the decision to grant or deny clemency is wholly discretionary.

311. I must point out, as also mentioned by Ms Babcock, that the period between a decision denying clemency and the actual execution is usually very short, sometimes a week, sometimes less than an hour. If Mexico were to wait until clemency was denied before resorting to diplomatic protection, such protection would be rendered meaningless. The United States cannot be expecting Mexico to file last minute claims before the Court every time a clemency application is denied. This Court is already aware of the challenges and constraints of this approach for the sound administration of justice⁴¹.

³⁶ILC Articles on State Responsibility, Commentary to Article 44, para. 5.

³⁷See US Counter-Memorial, paras. 50-51.

³⁸J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6th ed. (ed. H. Waldock), p. 281; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998), p. 499 (hereinafter *Principles*); C. F. Amerasinghe, “The Local Remedies Rule in Appropriate Perspective” (1976), 36 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 747; A. M. Aronovitz, “Notes on the Current Status of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in the European Convention of Human Rights” (1995), 25 *Israel Yearbook on Human Rights* 89; *Greece v. United Kingdom*, Application No. 299/57 (1958-9), 2 *Yearbook of ECHR* at 192; *Finnish Vessels Arbitration* (1934), 3 *UNRIAA* 1479.

³⁹*De Becker v. Belgium* Application No. 214/56 (1958-9), 2 *Yearbook of ECHR* 238; E. Jiménez de Aréchaga, “General Course in Public International Law” (1978-I), 159 *Recueil des Cours* 293.

⁴⁰Cançado Trindade, *Application of the Rule*, *supra*, note 28, p. 62; Amerasinghe, *Local Remedies*, *supra*, note 6, p. 161; J. E. S. Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights* (1965), p. 295; *Velásquez v. Rodríguez*, Inter-American Court of Human Rights, Preliminary Objections, Judgement of 26 June 1987, Series C, No. 1 (1994) p. 222, para. 64.

⁴¹ See *LaGrand, Order for Provisional Measures*.

312. In conclusion, the United States acknowledges in its Counter-Memorial that “the exhaustion requirement may only be dispensed with when it is ‘conclusively proven’ that municipal remedies would be refused”⁴². Not a single court in the United States has granted a remedy for a violation of Article 36 of the Vienna Convention. Mexico has “conclusively proven” that those remedies are not effective because they are continuously refused.

**B. Mexico has employed various means to obtain redress
for Article 36 violations, to no avail**

313. Mr. President, Members of the Court, I turn now to the United States fourth admissibility point.

314. The United States argues that Mexico’s claims are inadmissible because Mexico knew of certain breaches, but failed to bring them to the attention of the United States authorities or did so “after considerable delay”⁴³. It relies on the *Certain Phosphate Lands in Nauru* case, but that case precisely states that international law does not lay down any specific time limit for the presentation of claims⁴⁴.

315. Further, the United States complains that by either failure to advise or delay, Mexico created “the clear impression that the United States was meeting its obligations to Mexico under the Vienna Convention, as Mexico understood them”⁴⁵. The past history of the Parties in this case plainly shows the contrary.

316. I will briefly summarize the efforts made by Mexico to bring to the attention of the United States authorities the breaches to the Vienna Convention.

317. First, Mexico has sought relief in US courts, but those courts decided that neither Mexico nor its consular officers may access the federal judicial system to vindicate their rights under the Vienna Convention⁴⁶.

⁴²See US Counter-Memorial at 50, quoting Judge Lauterpacht in *Certain Norwegian Loans, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 39 (separate opinion of Sir Hersch Lauterpacht).

⁴³US Counter-Memorial, para. 4.13.

⁴⁴See *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 253. See also ILC Articles on State Responsibility, Art. 45, commentaries 7-11.

⁴⁵US Counter-Memorial, para. 4.13.

⁴⁶*United Mexican States v Woods*, 126 F.3d 1220 (9th Cir. 1997), *cert. denied* 523 US 1075 (1998). See also Mexico Memorial, paras. 138-139.

318. Secondly, Mexico has also filed *amicus curiae* briefs to persuade United States courts to remedy violations of the Vienna Convention. It has even invoked the *LaGrand* decision. No success has been obtained to date.

319. Thirdly, Mexico has made numerous diplomatic and political *démarches* to obtain the assistance of the Executive Branch of the United States Government to remedy violations of the Vienna Convention, but they have not rendered meaningful results. In some of the cases brought to its attention, a letter addressed to the clemency boards asking for a consideration of the violation is the only result.

320. Given this history of diplomatic, political and legal efforts, it is disingenuous for the United States to claim that it had no idea that Mexico was not satisfied with United States compliance with Article 36. In addition, based on the United States past practice, there is absolutely no reason to believe that bringing any claim to the attention of the United States would have triggered corrective action.

321. The United States fourth objection to admissibility should also be rejected by this Court. Mr. President, I ask you to call on Mr. Bernal to continue Mexico's submissions. I thank you.

The PRESIDENT: Thank you, Ms Flores Liera. I now call on Professor Bernal.

Mr. BERNAL:

X. ARTICLE 36 AS A GUARANTOR OF DUE PROCESS

322. Mr. President, Members of the Court, it is a great honour to appear before this Court on behalf of the Government of Mexico. The nature of the rights of consular notification and access is a question of substance, not nomenclature. It is *the purpose and effect* of these rights that should be the subject of this Court's attention. The substance of these rights is within the jurisdiction of this Court and is the topic of my submission.

A. Consular notification, information and assistance are necessary to ensure the administration of justice and the minimum standards of due process

323. However characterized and whatever the label, the purpose of the rights of consular notification, information and assistance is clear: to permit consular agents to "take the necessary

steps to have [arrested foreign nationals] . . . treated with humanity, defended, and tried impartially”⁴⁷. The rights of consular notification and assistance are necessary for a foreign national to receive the fair and just criminal proceedings to which every person is entitled. The involvement of a consular officer is essential to ensure the administration of justice and the minimum standards of due process that define civilized nations⁴⁸. Given its essential and fundamental role in the criminal process, the right to consular notification not surprisingly bears the hallmarks of a due process guarantee: it is a right held by individuals and its dictates are mandatory, unequivocal, and arise upon detention.

B. The Advisory Opinion of the Inter-American Court provides meaningful guidance on the interlinkage of Article 36 rights with due process and the essential character of these rights in capital proceedings

324. This Court need not address the nature of these rights in a vacuum. The legal ramifications of many of these issues discussed here and by my colleagues — the procedural disadvantages of foreign nationals, the importance of consular notification and assistance to overcoming those disadvantages, and the link between due process and Article 36 rights — have been carefully addressed by the Inter-American Court of Human Rights in its Advisory Opinion OC-16/99⁴⁹. In considering the substance of these rights under Article 36, this Court may look to the rulings of that Advisory Opinion and the near universal recognition and affirmation they have attracted throughout the Western world and, indeed, the world.

325. As this Court knows, the Inter-American Court is the principal human rights tribunal for the Organization of American States (OAS). The Court is empowered, upon the request of any member State, to issue an advisory opinion on the interpretation of treaties related to the protection of human rights in the American States⁵⁰. As the first President of the Inter-American Court stated,

⁴⁷Article 10, *Reglements Consulaires*, Bruxelles, 1857, page 70. Quoted by the United States Supreme Court in *Wildenhus's Case*, 120 US 1 (1887). The original text of the full quote reads: “... le consul, si l'autorité locale les arrête ou procède contre eux, fera les démarches nécessaires pour que les Belges ainsi arrêtés soient traités avec humanité, défendus et jugés impartialement”.

⁴⁸International Covenant on Civil and Political Rights, 19 December 1966, Art. 14, *UNTS* 171 (entered into force 23 March 1976) [hereinafter ICCPR].

⁴⁹I.A.Ct.H.R., Advisory Opinion OC-16/99 of 1 October 1999, Series A, No. 16.

⁵⁰American Convention on Human Rights, O.A.S. Treaty Series No. 36, Art. 64,1144 *UNTS* 123 entered into force 18 July 1978, reprinted in Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System, OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 at 25 (1992).

the advisory opinions of the Inter-American Court are not “academic exercises; they are judicial pronouncements”⁵¹. The fact that the Inter-American Court addressed the nature of consular rights in an advisory opinion rather than in a contentious case “does not diminish the legitimacy or authoritative character of the legal principle enunciated by it”⁵².

326. In 1997, Mexico filed a request for an advisory opinion from the Inter-American Court, asking whether observance of the provisions of Article 36 ensures the due process of law and protects individuals’ fundamental rights, particularly in the death penalty context⁵³. The United States of America and six other OAS Members participated fully in these proceedings.

327. In addressing the nature of the rights in Article 36, the Inter-American Court arrived at two fundamental holdings: first, that the right to consular information is imperative to the guarantees of due process and the principle of a fair trial, and, second, that the observance of this right is essential in capital proceedings, when human life itself hangs in the balance⁵⁴.

328. The Court reached those holdings in three steps.

329. First, the Court stated that in analysing the fairness of criminal proceedings involving Article 36 violations “the real situation of the foreign nationals . . . must be considered”⁵⁵. As Ms Babcock explained, detained foreign nationals are disadvantaged in the criminal justice systems of receiving States. They face the substantial obstacles of language and culture, unfamiliarity with the legal system, fears of deportation, as well as isolation from family and their community. In addition, Mexican nationals in the United States are frequently subject to discriminatory treatment as a consequence of their race and stereotypes regarding the illegality of their immigration status. In this respect, the Inter-American Court observed that “[t]he presence of [these] real disadvantages necessitates countervailing measures that help to reduce or eliminate the obstacles and deficiencies that impair or diminish an effective defence of one’s interests”⁵⁶.

⁵¹T. Buergenthal, *International Human Rights in a Nutshell* (2nd ed., 1995), at 220.

⁵²*Ibid.*

⁵³OC-16, para. 26.

⁵⁴*Id.*, para. 141 (7).

⁵⁵OC-16, para. 121.

⁵⁶OC-16, para. 119.

330. Second, the Court concluded that the necessary countervailing measures for the real disadvantages experienced by detained foreign nationals are the rights guaranteed by Article 36. “[I]t is obvious,” the Court observed, that consular notification and assistance “considerably enhance one’s chances of defending oneself and [that] the proceedings conducted . . . are more likely to be carried out in accord with the law and with respect for the dignity of the human person”⁵⁷. Indeed, these rights are, as the Court put it, are “inter-linked” with basic due process rights and “among the minimum guarantees essential” to the rights to prepare a defence and against self-incrimination⁵⁸. Thus, the Inter-American Court unanimously held that compliance with Article 36 “allows the right to the due process of law . . . to have practical effects in concrete cases”⁵⁹.

331. Third, because of the close link between the rights of consular notification and assistance and due process, the Court held that violations of Article 36 in the context of a capital proceeding contravene the International Covenant on Civil and Political Rights and other human rights treaties⁶⁰. It is, as the Court observed, a matter of well settled international law that the “observance of [due process of law] becomes all the more important when that supreme entitlement that every human rights treaty and declaration recognizes and protects is at stake: human life”⁶¹.

C. The Advisory Opinion of the Inter-American Court has earned widespread international recognition and affirmation

332. The United States disparages OC-16 in a manner similar to which the United States and its courts have rejected the rulings of this Court in connection with Article 36. The Counter-Memorial hardly addresses OC-16 other than to question the competence of the Inter-American Court to apply the plain language of the Vienna Convention to the universal notions and well-settled demands of procedural due process⁶². The Counter-Memorial does not

⁵⁷OC-16, para. 121.

⁵⁸OC-16, para. 122.

⁵⁹OC-16, para. 141 (6).

⁶⁰OC-16, para. 137.

⁶¹OC-16, para. 135; see also *Reid v. Jamaica* (No. 250/1987), Report of the Human Rights Committee, GAOR, 45th Session, Supplement No. 40, Vol. II (1990), Ann. IX, J, para. 12.2, reprinted in 11 Hum. Rts. L.J. 321 (1990); *Beck v. Alabama*, 447 US 625 (1980).

⁶²Counter-Memorial, para. 6.84 n. 281.

examine or even bother to discuss the thoughtful analysis of the Inter-American Court. The United States simply rejects OC-16 as “infected with . . . errors of reasoning”⁶³.

333. The United States also asserts that OC-16 should be disregarded as a decision that has attracted “no [judicial] support”⁶⁴. With the Court’s permission, that contention is both misleading and wrong.

334. There is a ready explanation for the fact that no other court has had occasion to support OC-16. In the four years since this Advisory Opinion was issued, the only death penalty cases to address Article 36 violations have arisen in the United States.

335. Thus, the United States can have *only* its own courts in mind when it declared that the principles of OC-16 had received “no support”. To be sure, United States courts have dismissed the Advisory Opinion and held that this decision does not impose any obligation to remedy violations of Article 36⁶⁵. Mexico does not dispute that OC-16, like decisions of this Court on Article 36, has had an apparent effect on the policy and practice of the United States or its courts. But that is *precisely* the situation that Mexico has come to this high Court to address.

336. In any event, the United States contention that the Advisory Opinion has not attracted support is also plainly wrong. Recognition and affirmation of OC-16 and its analysis has been widespread and is increasing. Since its publication, in at least six death penalty cases involving Article 36 violations by the United States of America, 30 countries have expressed their support of the Inter-American Court’s conclusions. Fifteen States, the European Commission, and the European Union on behalf of its 15 member States have filed as *amici curae* in support of OC-16 or its holdings⁶⁶. In addition, the representatives of 19 States have sent official communications to United States Governors or Boards of Pardons and Paroles in support of clemency petitions in death penalty cases involving foreign nationals. These communications rely upon the OC-16 findings to request clemency to foreign nationals sentenced to death, whose rights to consular

⁶³Counter-Memorial, para. 6.84 n. 281.

⁶⁴Counter-Memorial, para. 6.84.

⁶⁵See, e.g., *United States v. Li*, 206 F.3d 56, n. 4 (1st Cir. 2000) (*en banc*).

⁶⁶See Annex 27 to Mexico’s Memorial, *Javier Suárez Medina v. State of Texas*, Brief *Amicus Curiae* of the Governments of the United Mexican States, Argentina, Brazil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panama, Paraguay, Poland, Spain, Uruguay and Venezuela, 13 August 2002.

notification were not respected⁶⁷. Fourteen of 18 Latin American States have expressed their support for OC-16 or its holdings⁶⁸. These States include Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, the Dominican Republic, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexico, Panama, Paraguay, Uruguay and Venezuela. In addition to the European Union, Germany, the Holy See, Iceland, Poland, Slovenia, Spain and Switzerland have all supported OC-16 or its principles as well⁶⁹.

337. Furthermore, the General Assembly of the OAS has adopted annually since 2000 a resolution considering OC-16 “in the context of due judicial process” and emphatically reaffirming the duty of all member States to comply with this Article 36⁷⁰. Finally, in the context of a broader discussion of the importance of due process in death penalty proceedings, the European Court of Human Rights cited OC-16 as valuable international legal precedent⁷¹.

338. Mr. President, OC-16 provides meaningful guidance on the substance of Article 36 rights, the very issue before this Court. The Inter-American Court arrived at its rulings not by indulging in nomenclature, but by careful analysis of the essential function of the rights of consular notification, information, and assistance in addressing the objective differences between a national of the arresting jurisdiction and a foreign national in the criminal process of a receiving State. Particularly in the context of proceedings involving the death penalty, the court’s reasoning supports the conclusion that Article 36 acts as a guarantor of the administration of justice and the minimum standards of due process required under international law. It is a credit to the thoroughness and rigour of that court’s analysis that OC-16 has earned the recognition of a large number of States and important international and regional institutions.

339. Mr. President, this concludes my presentation.

⁶⁷*Ibid.*

⁶⁸*Ibid.*

⁶⁹*Ibid.*

⁷⁰OEA/Ser.P AG/RES. 1717 (XXX-O/00) 5 June 2000.

⁷¹*Ocalan v. Turkey*, ECHR, Judgment of 12 March 2003, paras. 63, 203.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Bernal. The hearing is now suspended and will resume at 4.20 p.m..

The Court adjourned from 4.05 p.m. to 4.20 p.m.

The PRESIDENT: Please be seated. I give the floor to Mr. Donovan.

Mr. DONOVAN: Thank you, Mr. President.

XI. REMEDIES

A. Introduction

340. Mr. President, Members of the Court, with your permission, Mexico now turns to remedies.

341. Mexico seeks here what Germany could not seek in *LaGrand* — reparations, in its own right and in the right of its nationals, in the form of *restitutio in integrum* for the United States violations of Article 36 (1) and Article 36 (2).

1. Injury

342. Mr. President, to discuss remedies, we must begin by identifying the injury for which the remedy is sought. Here, Mexico seeks redress for two types of injury.

343. First, there is the injury that Mexico suffered in its own right when the United States prevented it from providing consular protection to its nationals in precisely the circumstances — capital prosecutions against Mexican nationals — in which it has the greatest interest in doing so.

344. The United States virtually ignores this injury. But the International Law Commission has clearly stated what should be uncontroversial: that where one State party to a treaty impairs another State party from exercising its rights under that treaty, the impaired State suffers an injury that gives rise to a right to reparations⁷². By virtue of the 52 cases before the Court, Mexico has suffered that kind of injury each of the 52 times that the United States breached its obligations to Mexico under Article 36. So the injury to Mexico is clear and straightforward.

⁷²ILC, Commentary to the Draft Articles on State Responsibility, Commentary to Article 31, para. 8; Draft Article 40 (1), adopted in 1985, *Yearbook of the ILC 1985*, Vol. II (Part Two) pp. 25-27; J. Crawford, Third report on State Responsibility, UN doc. A/CN.4/507, paras. 66 *et seq.*

345. Second, there is the injury suffered by each of the 52 nationals themselves. In accord with the teaching of *Mavrommatis* and the express holding of this Court in *LaGrand*, Mexico seeks redress for that injury in the exercise of its right of diplomatic protection⁷³.

346. What was the injury to the 52 nationals? Most immediately, it consists of the denial of their right to be informed of their right to contact the Mexican consul. That failure, in turn, had the effect of preventing them from receiving consular assistance in their capital cases. As my colleagues explained earlier today, that deprivation caused injury by compromising the ability of those capital defendants meaningfully and effectively to exercise their due process rights in the criminal proceedings. The injury to the 52 nationals caused by the United States violations therefore takes the form of unfair criminal proceedings. And that injury is equally clear and straightforward.

2. Annulment

347. Having defined the injury, I turn to the remedy.

348. Mr. President, Mexico's request for remedies is grounded in the most basic principles of State responsibility. Article 34 of the ILC Articles on State Responsibility codifies the general principle that full reparation may take "the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination".

349. Restitution, of course, is one of the primary forms of reparation available to a State injured by an internationally wrongful act⁷⁴. It requires a State responsible for such an act to re-establish the situation that existed before the act was committed⁷⁵. In drafting Article 35, the ILC adopted a definition of restitution that requires the responsible State to "re-establish[] the *status quo ante*, *i.e.*, the situation that existed prior to the occurrence of the wrongful act".

350. To determine the situation that existed prior to the occurrence of the unlawful act, we must look to the facts of the case and the violation to be remedied⁷⁶. Here, Mexico asks the Court to remedy the failure to provide consular protection at the outset of criminal proceedings in which

⁷³*Mavrommatis Palestine Concessions, Jurisdiction, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, at 12.

⁷⁴ILC Articles on State Responsibility, Commentary to Art. 35, para. 1.

⁷⁵ILC Articles on State Responsibility, Art. 35.

⁷⁶ILC Articles on State Responsibility, Commentary to Art. 35, para. 6.

defendants were charged with the most serious crimes and, if convicted, faced the death penalty. Thus, to restore the *status quo ante* ⁷⁴ that is, to restore a situation in which Mexico may exercise its right to provide consular assistance, and its nationals may exercise their right to receive it — we must turn back the clock to the outset of the criminal proceeding and start anew.

351. For that reason, restitution here must take the form of annulment of the convictions and sentences that resulted from the proceedings tainted by the Article 36 violations. It follows from the very nature of *restitutio* that, when a violation of an international obligation is manifested in a judicial act, that act must be annulled and thereby deprived of any force or effect in the national legal system. Unsurprisingly, therefore, it is well established that the restoration of the *status quo ante* may require an order that a domestic judgment be annulled. For example, in the Commentary to the Articles on State Responsibility, the ILC expressly stated that *restitutio in integrum* may take the form of “the reversal of some judicial act”⁷⁷.

352. Just recently, in the *Arrest Warrant* case, this Court ordered the cancellation of an arrest warrant issued by a Belgian judicial official in violation of the international immunity of the Congo Minister for Foreign Affairs⁷⁸. Since the unlawful arrest warrant continued in force at the time of the Judgment, the Court ordered Belgium, by means of its own choosing, to cancel the warrant and inform the authorities to whom it had been circulated⁷⁹.

353. The textbook example of annulment is, of course, the *Martini* case⁸⁰. There, the Italian-Venezuelan Commission concluded that certain payment obligations imposed by a Venezuelan court should be annulled because the proceedings constituted, “a patent injustice” and hence a violation of international law. In ordering annulment, the tribunal simply applied, in its words, “the principle that the consequences of [an] illegal act must be effaced”⁸¹.

⁷⁷ILC Articles on State Responsibility, Commentary to Art. 35, para. 5.

⁷⁸Case concerning the *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*.

⁷⁹Case concerning the *Arrest Warrant of 11 April 2000, supra*, at para. 76.

⁸⁰*Affaire Martini*, *UNRIIAA*, Vol. II, p. 973 (1930).

⁸¹*Id.*, at p.1002 («en prononçant leur annulation, le Tribunal Arbitral souligne qu'un acte illicite a été commis et applique le principe que les conséquences de l'acte illicite doivent être effacées»).

354. Here, the United States does not take issue with the Court's authority to order *restitutio* in the form of annulment of domestic judicial judgments. It does, however, try to distinguish *Martini*. I should therefore pause to address the United States' treatment of that case.

355. The United States tries to distinguish *Martini* by observing that the tribunal there ordered annulment of the judicial act, not *vacatur*, so that the respondent State retained the choice of means to achieve the required result — either acting through its courts, or issuing an executive edict, or have the legislature pass a law⁸². But that observation does nothing to diminish the importance or relevance of *Martini* to this case.

356. In the United States, the annulment of a judgment is generally, perhaps even universally, achieved by entry of an order vacating the judgment, so that it no longer has any force or effect. As a legal matter, once a judgment is vacated, it can be said no longer to exist. That is the result, also, of annulment.

357. But to avoid any confusion, let me state plainly that Mexico does not question the proposition that upon an order of annulment, the United States would retain the choice of means — judicial, executive, or legislative — by which to ensure that the convictions and sentences of the 52 Mexican nationals were deprived of any legal force or effect in the municipal legal system. What the United States would not retain is any discretion to achieve anything other than that precise result.

(a) *Jurisprudence of international courts imposing restitutio for unfair criminal proceedings*

358. Mr. President, by asking the Court to order *restitutio* in the form of annulment to remedy unfair criminal proceedings, Mexico asks the Court to engage in no innovation. Some 20 years ago, long before the Vienna Convention cases came before this Court, Professors Verdross and Simma stated in their treatise that “a State may request that a judgment that is not in conformity with public international law be annulled — that is, for instance, not merely clemency, but the annulment of a criminal conviction”⁸³. Consistent with that observation, international

⁸²US Counter-Memorial, para. 8.24 and n. 417.

⁸³A. Verdross, B. Simma, *Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis*, 1295 (3rd ed., 1984) (“[Es] kann angenommen werden, dass mangels einer Verbotsnorm auch die Aufhebung völkerrechtswidriger Urteile, also z.B. nicht die bloße Begnadigung, sondern die Aufhebung eines Strafurteils, gefordert werden kann.”)

courts and other bodies that have examined the question now before this Court have regularly recognized annulment as the appropriate form of restitution to remedy injury in the form of unfair criminal proceedings.

359. Now I emphasize, however, that while I'm about to look at some human rights authorities, I am not looking at them in order to argue, as Germany argued in *LaGrand*, that an individual's rights under Article 36 have now assumed the character of a human right. It doesn't matter whether Article 36 reflects a human right or not, and it doesn't matter what name we give it. As Professor Bernal has said, what matters is the substance of the rights conferred on Mexico and its nationals by Article 36, and the appropriate remedy for their violation. What the authorities I am about to examine demonstrate is that annulment is the accepted international law remedy for an injury consisting of unfair criminal proceedings.

360. Given that both Parties come from the Western Hemisphere, I start with the Inter-American Court of Human Rights. In its Memorial, Mexico showed that a series of cases from that Court hold that when a due process guarantee has been violated, the appropriate remedy is *restitutio in integrum* in the form of annulment of the tainted decision⁸⁴.

361. In the *Castillo Petruzzi* case, for example, the Inter-American Court found that Peru had violated a number of due process rights in proceedings against a group of Chilean nationals. To remedy the due process violations, the Inter-American Court annulled the Peruvian judgments. The court reasoned: “[i]f the proceedings upon which the judgment rests have serious defects that strip them of the efficacy they must have under normal circumstances, then the judgment will not stand.” The court explained that in those circumstances, the judgment, “will not have the necessary underpinning, which is litigation conducted by law”⁸⁵. The court concluded, “The legitimacy of the judgment rests upon the legitimacy of the process.”⁸⁶

362. In ordering annulment, the Inter-American Court understood that it was breaking no new ground. The court described the remedy of nullification as “a familiar one”⁸⁷. And contrary to

⁸⁴See Mexico's Memorial, paras. 368-370, citing *Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, IACHR, Judgment of 30 May 1999, ¶219; *Cantoral Benavides* case, Reparations, Judgment of 3 December 2001, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 88 (2001), para. 78; *Cesti Hurtado*, Judgment of 29 September 1999, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. C) No. 56 (1999).

⁸⁵*Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, IACHR, Judgment of May 30, 1999, ¶219.

⁸⁶*Id.*

⁸⁷*Id.*

the position stated in the Counter-Memorial⁸⁸, the court did not rely on any special rule under the American Convention in order to apply the remedy of annulment. It relied on general international law — the same general international law that this Court applies, and the same general international law that the Inter-American Court has explained it was applying each time, starting with the *Velasquez Rodríguez* case, that it has ordered *restitutio*⁸⁹.

363. The Human Rights Committee constituted under the International Covenant on Civil and Political Rights has also confirmed that annulment of a judgment is the appropriate remedy in the face of due process violations. For example, in *Brown v. Jamaica* and *McLeod v. Jamaica*, both death penalty cases, the Human Rights Committee found due process violations based on ineffective counsel. It held that the claimant was entitled to an “effective remedy, including either a retrial in compliance with all [due process] guarantees . . . or release, as well as immediate commutation and compensation”⁹⁰.

364. The practice under the European Convention on Human Rights is to the same effect, though I should note at the outset an important distinction between the European Convention and general international law. Most international courts, such as this Court and the Inter-American Court of Human Rights, have the power to order all the remedies available under public international law. For historical reasons, however, the European Convention has created a regime that diverges from the general rules of international law.

365. Specifically, a finding by the European Court of Human Rights of a breach of the European Convention is remedied in the first instance by the respondent State itself under the supervision of the Committee of Ministers. Subject to supervision by the Committee, the respondent State may choose the general and, if appropriate, individual measures to be adopted in its domestic legal order to redress the violation⁹¹. The role of the European Court is subsidiary: if

⁸⁸US Counter-Memorial, para. 8.24.

⁸⁹See, e.g., *Velasquez Rodríguez*, Judgment of July 21, 1989, Inter Am. Ct. H.R. (Ser. C), para. 25 (citing *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 21 and *Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 29; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949*, p. 184).

⁹⁰*Brown v. Jamaica*, Communication No. 775/1997, UN doc. CCPR/C/65/D/775/1997 (1999); *McLeod v. Jamaica*, Communication No. 734/1997, UN doc. CCPR/C/59/D/734/1997 (1998).

⁹¹See, e.g., *Pisano v. Italy*, Judgment (struck out of the list) of October 24, 2002, Appl. No. 36732/97, para. 43.

the court finds that the respondent State has not fully remedied the violation, the court may award the applicant just satisfaction in the form of monetary compensation.

366. Yet even though the European Convention does not authorize the court to impose the general international law remedy of *restitutio in integrum*, the European Court has consistently held that, where the due process rights are violated, the annulment of the judgment and retrial of the accused bring about a result, as the court put it in *Piersack v. Belgium*, “as close to *restitutio in integrum* as was possible in the nature of things”⁹². As a result, the annulment of criminal convictions and subsequent retrial have increasingly become the accepted remedy for a violation of due process rights of an accused. That acceptance is reflected in a series of cases in the European Court reviewing the implementation of an earlier judgment in the national legal system from which the case originally arose⁹³.

367. The Committee of Ministers of the Council of Europe, a body comprising the Foreign Ministers of all the member States of the European Convention, has expressed the same view. In a formal recommendation issued in 2000, the Committee observed that its experience in supervising execution of the European Court’s judgment had demonstrated that annulment and retrial had proved the most effective means of achieving *restitutio*⁹⁴. The Committee therefore encouraged the parties to the European Convention to examine their national legal systems to ensure that that remedy would be available in cases where the court had found a violation of the Convention.

(b) *The consequence of restitutio for any retrial*

368. Mr. President, annulment alone is not sufficient, however, to remedy the violations. If a retrial is to follow the annulment, the proceedings must permit full respect for the rights under Article 36 of Mexico and its nationals, and they must be free of any taint from prior unlawful conduct. For example, if an inculpatory statement obtained prior to consular notification and

⁹²*Piersack v. Belgium*, ECHR, Series A, No. 85 (1984), para. 11.

⁹³*Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECHR, Series A, No. 285-C (1994), para. 11; *Windisch v. Austria*, ECHR, Series A, No. 255-D (1993), para. 14. See also *Unterpertinger v. Austria*, Judgment of 24 November 1986, Series A, No. 110; *Oberschlick v. Austria (No.2)*, Judgment of 1 July 1997, Reports 1997-IV.

⁹⁴Recommendation No. R (2000) 2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000.

access were used in the retrial, the objective or *restitutio* to restore the situation that existed prior to the violation would be frustrated.

369. Consistent with that position, courts ordering the annulment of criminal convictions, such as the Inter-American Court in the *Castillo Petruzzi* case, have also ordered that, in any retrial, the procedural rights of the accused must be meticulously respected⁹⁵.

370. Again, the United States should have the choice of means by which to ensure that result. Contrary to the United States charge, Mexico does not take the position that there are “automatic” or “categorical” rules.

371. Again, however, we respectfully ask the Court to make clear the *result* that must be achieved.

372. As we have pointed out, a typical means of ensuring that a new proceeding is not infected with prior unlawful conduct is to exclude any evidence tainted by the prior unlawful conduct. The United States objects vehemently to Mexico’s reference to the exclusionary rule as a way of implementing any order of *restitutio* and thereby ensure that any future proceedings give full effect to the rights accorded by Article 36. But Professor Weigend’s exhaustive declaration shows exactly why Mexico has pointed to the rule.

373. As Professor Weigend demonstrates, the exclusionary rule has become widely accepted in both international and national jurisdictions as a tool by which the fairness of criminal proceedings may be achieved. If, as the United States says, the rule was viewed in the 1970s as a “peculiarity” of American law⁹⁶, Professor Weigend has demonstrated that that is surely no longer the case. The precise contours and application of the rule may differ, but the fundamentals are consistent: the rule requires the exclusion of evidence that is obtained in a manner that violates certain due process obligations.

374. Again, it doesn’t matter to Mexico’s argument whether or not the exclusionary rule has the status of a general principle of procedural law, though it does. What matters is that the rule constitutes a readily available means by which the United States might achieve the result that Mexico asks this Court to order.

⁹⁵*Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, IACHR, Judgment of 30 May 1999, ¶ 221.

⁹⁶US Counter-Memorial, para. 8.29.

375. So Mexico uses the rule as an example. If this Court orders *restitutio*, the United States may use the rule to ensure compliance with that order, as it routinely does in its own legal system to remedy a wide range of due process violations. Or it may choose another means. But Mexico asks the Court to make clear that the United States must achieve the same result achieved by the exclusionary rule, which is to ensure that the prior illegality has no effect on subsequent proceedings.

(c) Causation

376. Mr. President, the jurisprudence on annulment that I have just surveyed demonstrates *what* international courts have done to remedy unfair proceedings. I would now like to consider *why* they afforded this remedy. This question goes to the causal link between the violation and the injury. Those cases reflect an understanding that a violation of due process necessarily renders the proceedings unfair, to the prejudice of the accused.

377. The European Court provided an example of this point in *Artico*. It observed there that it would be impossible to prove “beyond all doubt” that the outcome of proceedings following a due process violation would have been different. Instead, it held that the “plausibility” or “prospect” was sufficient to justify the reparations sought⁹⁷. And in *John Murray v. United Kingdom*, the court explained that it was not its role to “speculate” on what would have happened had no violation occurred. Instead, it held that it was sufficient that the defendant was “directly affected” by the violation⁹⁸.

378. The European Court’s reasoning echoes the International Law Commission’s rationale for requiring restoration of the situation that *actually* existed rather than the situation that *would have* existed. The ILC explained that its definition had the advantage of “focusing on the assessment of the factual situation and of not requiring a hypothetical inquiry into what the situation would have been if the wrongful act had not been committed”⁹⁹.

379. Indeed, this Court made essentially the same point in *LaGrand* when it held that the breach of Article 36 (1) (b) had led to a breach of Article 36 (1) (c). Specifically, the Court held

⁹⁷*Artico v. Italy*, ECHR, Series A, No. 37 (1980), paras. 35 and 42.

⁹⁸*John Murray v. the United Kingdom*, ECHR, Reports 1996-I, para. 60.

⁹⁹ILC Articles on State Responsibility, Commentary to Art. 35, para. 2.

that it was immaterial to the consequential breach of Article 36 (1) (c) whether the LaGrands would have exercised their right to seek consular assistance under Article 36 (1) (b), whether Germany would have provided that assistance or, if so, whether that assistance would have affected the outcome. It was enough, the Court said, that the LaGrands had been deprived of the opportunity to exercise their rights¹⁰⁰.

380. These authorities and, indeed, all the authorities I have reviewed demonstrate that when the United States argues that Mexico has shown no causal link between the breach and the injury¹⁰¹, it misconceives the nature of the injury. And it misconceives the nature of the injury because, as we saw when we compared its interpretation of Article 36 to Mexico's, it refuses to take Article 36 rights seriously. It refuses to recognize the critical role of consular protection to ensure a level playing field by ensuring a defendant's understanding and meaningful exercise of his or her due process rights¹⁰².

381. That point applies with special force to death penalty cases. In a death case, any violation of a substantial procedural right of the defendant should suffice to hold that the conviction and sentence have lost the reliability and legitimacy they would need in order to justify the deliberate taking of life.

382. For that reason, international bodies, including the Inter-American Court in OC-16, have consistently held that the failure to observe any procedural guarantees causes an injury in the form of unfair proceedings on which no death sentence should rest¹⁰³.

383. Mr. President, before I finish this part of the discussion, I should point out that I have here been discussing the injury caused the accused and hence the injury Mexico asserts in the exercise of diplomatic protection. But, of course, Mexico has also suffered injury in its own right because of the deprivation of its right to exercise consular protection. The United States does not question the causal link between that violation and Mexico's injury, presumably because the link is too obvious to be questioned: had the United States not breached its obligations under Article 36,

¹⁰⁰*LaGrand*, para. 74.

¹⁰¹US Counter-Memorial, paras. 8.18-8.19.

¹⁰²Mexico Memorial, pp. 127-136.

¹⁰³*Pratt and Morgan v. Jamaica*, UN Human Rights Committee, No. 210/1987 and 225/1987, paras. 14 and 15 (emphasis added); OC-16, Inter-Am. Ct. H.R., para. 136; *Öcalan v. Turkey*, Appl. 46221/99, ECHR, Judgment of 12 March 2003, para. 203.

Mexico would have been fully able to exercise its treaty rights under that Article. Hence, as the United States implicitly concedes, the question of causation does not even arise in the analysis of Mexico's claim in its own right, and restitution in the form of annulment is the only way to restore the *status quo ante* with respect to Mexico.

(d) LaGrand and restitutio in integrum

384. Mr. President, as I said at the outset the United States does not challenge the basic principles of State responsibility on which Mexico rests its request for remedies. Instead, it chooses a different strategy. It first points to the Court's Order in *LaGrand* that the United States provide review and reconsideration of any convictions and sentences impaired by a violation of Article 36. It then takes the position that when the Court ordered that assurance, it intended to settle all questions of remedy that might arise from a violation of Article 36.

385. Mr. President, Mexico welcomed this Court's Judgment in *LaGrand*, and it fully embraces the Court's rulings in that case. But Mexico cannot indulge the United States suggestion that in the *LaGrand* Judgment, the Court reached beyond the bounds of the case before it in order to decide claims that Germany had not made and to resolve issues in the factual circumstances of that case that Germany simply could not have raised.

386. As Mexico has explained throughout the day, this case repeats *LaGrand*, with the critical difference that here the Mexican nationals are alive. In *LaGrand* the Court had no reason to consider the form of restitution that would be appropriate if restitution had been possible. In fact, the Court will recall that Germany sought restoration in its Application, when Walter LaGrand was still alive, but then deleted the request from its submissions at the hearing, by which time, of course, he had been executed.

387. If *restitutio* was materially impossible at the time of *LaGrand*, so that Germany did not even ask for it, then it should be clear that the Court had no occasion there to settle the scope or form of *restitutio* that would be appropriate in future cases in which the circumstances were as they are here.

388. That is equally clear from the Court's Judgment because the Court surely could not have intended to rule on the appropriateness of a remedy when it did not so much as mention that remedy.

389. As Mexico said at the provisional measures hearing, *LaGrand* settled the principles of Article 36 on which the Court's judgment may rest, but in a very real sense this case enables the Court — indeed, it requires the Court — to complete its work on that Article. One aspect of that work will be to apply the remedy of *restitutio* in situations, like those presented by the cases of each of the 52 nationals who are subject to the Application, in which it remains eminently possible, by the remedy of annulment, fully to restore the *status quo ante*.

(e) *The alleged burden on the United States and intrusion on its sovereignty*

390. Before concluding, Mr. President, I would like to address the United States objection that, if this Court gives Mexico the remedy that basic principles of State responsibility compel, it will unduly burden the United States in its law enforcement activities and intrude too deeply into the United States internal affairs.

391. At bottom, the United States complains that if this Court orders *restitutio* in the form of annulment it will have to retry each of those nationals. The United States complains heartily of that burden, particularly given the passage of time since the original trial in several of the 52 cases.

392. But the occasional retrial of criminal defendants is an inevitable feature of any criminal justice system that attempts to ensure fair proceedings, and it is a regular feature of the United States criminal justice system¹⁰⁴. Just a week ago, the United States Supreme Court heard argument in a capital case from Texas in which the original trial occurred some 24 years ago¹⁰⁵. Yet if the Supreme Court orders the reversal of the underlying judgment as a result of its disposition of the issue on which it granted the petition to hear the case, its order will require that the defendant be retried. Retrials in the 52 cases here would look no different than retrials that occur regularly in jurisdictions throughout the United States.

¹⁰⁴Wright, King, and Klein, Fed. Prac. & Proc., § 551, citing *U.S. v. Leach*, 427 F.2d 1107, 1111 (1st Cir. 1970). See also 58 Am. Jur. New Trial § 2, citing *U.S. v. Ferguson*, 246 F.3d 129 (2d Cir. 2001).

¹⁰⁵*Banks v. Dretke*, US Supreme Court No. 02-8286 (argued 8 December 2003).

393. But even if the United States had established some unusual burden, it surely has not identified the kind or quantity of disproportion that would justify denying Mexico the full scope of restitution to which it is entitled. Applying again Article 35 of the ILC Articles, Mexico explained in its Memorial that, because the nationals are alive, the re-establishment of the *status quo ante* is not materially impossible, and, further, that the remedies it requests are proportionate to the injury caused.

394. Certainly the remedy of *restitutio* must require the United States to do *something* to fulfil its international obligations. Material impossibility should not be an issue. So consider the comparative burden. On the United States side of the scale, there is the interest in avoiding the burden of conducting new trials, as its courts regularly do in a wide range of situations. On Mexico's side, on the other hand, there are its interest in providing consular protection to Mexican nationals in criminal proceedings in which the prosecution seeks the death penalty — and the corresponding interest of its nationals in a fair trial in proceedings in which their life is at stake. Mr. President, there is just no contest.

395. Mexico therefore remains confident that the Court will not be intimidated by the United States complaints of burden, and that it will hold the United States to the international obligations it has taken on and provide appropriate remedies for their violation.

396. Mr. President, in addition to *restitutio*, Mexico requests an order of guarantees and non-repetition. To present Mexico's submissions on those remedies, I would request the President to call upon my colleague Dr. Prager.

The PRESIDENT: Thank you, Mr. Donovan. I now give the floor to Dr. Prager.

M. PRAGER :

XII. CESSATION ET GARANTIES DE NON-REPETITION

A. Introduction

397. Monsieur le président, Madame et Messieurs les Membres de la Cour, c'est un grand honneur de paraître devant vous en tant que conseil du Gouvernement du Mexique. Il m'incombe de discuter les demandes de cessation et de garanties de non-répétition.

398. Mon collègue, M^e Donovan, vient juste de vous expliquer pourquoi le Mexique est en droit d'obtenir *restitutio in integrum*, consistant en l'espèce à l'annulation des verdicts de culpabilité et des peines des cinquante-deux ressortissants mexicains. Toutefois, l'obligation de restitution remédie uniquement aux violations de droit qui ont été commises dans le passé. Par conséquent, la restitution ne résoudra ce différend que partiellement. En effet, ainsi que M^{es} Birmingham et Babcock vous l'ont expliqué ce matin, les violations de l'article 36 par les autorités des Etats-Unis continuent. De plus, étant donné que ces violations sont multiples et répétées, il ne fait aucun doute que de pareilles violations se reproduiront dans l'avenir. Avec plus de huit millions de ses ressortissants établis aux Etats-Unis, le Mexique a un intérêt particulièrement fort à assurer que ces violations de l'article 36 cessent et qu'elles ne se répètent plus dans l'avenir. Voilà pourquoi le Mexique vous demande d'ordonner aux Etats-Unis de cesser une fois pour toutes les violations de l'article 36 de la convention de Vienne envers le Mexique et ses ressortissants, et de fournir au Mexique des garanties spécifiques et surtout efficaces de non-répétition.

399. Monsieur le président, les Etats-Unis ont tort quand ils prétendent que ces mesures n'ont pas de fondement en droit international. Tout au contraire, en droit international, les mesures de «cessation» et de «garanties de non-répétition» sont bien établies, comme le montrent les travaux de la Commission du droit international et les décisions de cette Cour et d'autres organes judiciaires internationaux.

1. Cessation

400. En ce qui concerne la cessation, les articles sur la responsabilité de l'Etat ont codifié à l'article 30 le principe du droit international coutumier bien établi qu'un «Etat responsable d'un fait internationalement illicite a l'obligation d'y mettre fin si ce fait continue». Il n'y a donc rien de choquant dans l'idée qu'un Etat doive cesser un fait internationalement illicite. En fait, l'allégation des Etats-Unis que «la cessation est ordonnée seulement dans les circonstances les plus exceptionnelles»¹⁰⁶ ne trouve aucun soutien. Bien au contraire, comme la Commission du droit international l'a expliqué, la cessation, avec la réparation, «est l'une des deux conséquences

¹⁰⁶ Contre-mémoire des Etats-Unis, par. 8.40.

générales d'un fait internationalement illicite». Parmi celles-ci «la cessation ... est la première condition à remplir pour éliminer les conséquences du comportement illicite».

401. Cette Cour, et je n'ai pas besoin de le mentionner, a ordonné à de nombreux Etats de cesser des faits internationalement illicites dans un nombre d'affaires, parmi lesquelles figurent l'affaire concernant le *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, ou l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*.

2. Garanties de non-répétition

402. Les garanties de non-répétition, même si elles ont un caractère distinct, sont liées à la cessation. Ces deux mesures sont, selon la Commission du droit international, «deux aspects du rétablissement et de la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte». Mais, alors que la cessation met fin à un comportement illicite continu, les garanties de non-répétition, quant à elles, ont une fonction préventive qui vise l'avenir et cherchent à assurer que des violations du même genre ne se répètent plus dans le futur¹⁰⁷.

403. L'article 30, paragraphe 2, des articles sur la responsabilité de l'Etat exige que «l'Etat responsable du fait internationalement illicite a l'obligation d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent». En dépit de cette disposition claire, les Etats-Unis allèguent que les garanties de non-répétition manquent de précédent. Une fois de plus, le contraire est vrai.

404. Rappelons l'affaire *LaGrand*, si souvent évoquée au cours des plaidoiries d'aujourd'hui pour des raisons évidentes. Les Etats-Unis y ont avancé un argument similaire. Cependant, bien que la Cour ne soit pas entrée dans une discussion spécifique concernant le fondement des garanties dans l'ordre juridique international, elle n'a pas mis en cause le fait que ces garanties puissent être exigées — et a tranché la question de savoir quelles assurances étaient nécessaires afin de prévenir les répétitions de violations de l'article 36 par les Etats-Unis dans le futur.

405. Par ailleurs, l'affaire *LaGrand* n'est pas la seule où cette Cour a donné des indications spécifiques visant le comportement futur d'une ou des deux parties avec le but spécifique d'éviter qu'une violation d'une obligation internationale ne se répète plus dans le futur. Songeons, par

¹⁰⁷ Commentaire sur l'article 30 des articles sur la responsabilité de l'Etat, par. 1.

exemple, à l'affaire *Gabèikovo-Nagymaros*, dans laquelle cette Cour, sans utiliser le terme garanties de non-répétition, bien entendu, a indiqué des mesures spécifiques visant les obligations internationales des deux parties concernant leur projet commun. Songeons aussi à l'affaire concernant le *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, où les Etats-Unis ont demandé, et la Cour a ordonné des mesures spécifiques, telles que, par exemple, l'obligation de ne retenir aucun membre du personnel diplomatique et consulaire en Iran afin de le soumettre à une procédure judiciaire ou pour lui faire y participer en qualité de témoin. Dans les deux affaires, la Cour certainement était consciente que ces mesures spécifiques visant un comportement futur étaient nécessaires afin de résoudre le différend dans sa totalité.

406. Le Mexique vous a fourni d'autres exemples dans son mémoire, y incluses l'affaire de la *Fonderie de Trail*¹⁰⁸ et la pratique des comités et cours régionales des droits de l'homme d'ordonner aux Etats parties de prendre des mesures spécifiques afin d'assurer qu'une violation ne se reproduise plus dans l'avenir¹⁰⁹.

3. Applicabilité en l'espèce

407. Monsieur le président, ayant établi que les mesures de cessation et les garanties de non-répétition sont bien établies en droit international, il ne me reste qu'à démontrer que ces mesures sont bien applicables en l'espèce.

408. En ce qui concerne la cessation, l'article 30 des articles sur la responsabilité nous dit qu'un Etat est sous l'obligation de cesser un fait illicite «si ce fait continue». Selon l'article 14, paragraphe 2, un fait internationalement illicite continue «lorsqu'il reste non conforme à l'obligation internationale». L'exemple le plus typique, il me semble, d'un tel fait continu, c'est une *abstention*. Une abstention, telle que l'abstention de notifier à un ressortissant étranger son droit de contacter son consulat, ou l'abstention de permettre le réexamen et la révision d'un verdict de culpabilité et de la peine. De plus, comme la Commission du droit international l'a bien souligné, la notion de fait continu sous l'article 30 «englobe également les situations dans

¹⁰⁸ *Fonderie de Trail (Etats-Unis/Canada)*, III UNRIIA 1905, 1934 (1938, 1941), Martens, Nouveau Recueil, 2nd series, vol. XXIX, 456, 486.

¹⁰⁹ *Torres Ramirez c. Uruguay*, décision du 23 juillet 1980, A/35/40, p. 126, par. 19; *Lanza c. Uruguay*, décision du 3 avril 1980, *ibid.*, p. 119, par. 17; *Dermitt Barbato c. Uruguay*, décision du 21 octobre 1982, A/38/40, p. 133, par. 11.

lesquelles un Etat a violé une obligation à plusieurs occasions, ce qui implique un risque de répétition»¹¹⁰.

409. En ce qui concerne les garanties de non-répétition, l'article 30, paragraphe 2, explique qu'un Etat responsable d'un fait illicite doit offrir des garanties de non-répétition appropriées «si les circonstances l'exigent». Pour ordonner des garanties, il est donc nécessaire de trancher les faits spécifiques à l'espèce, et d'examiner «la nature de l'obligation et de la violation»¹¹¹. De plus, la Commission a bien observé que des garanties peuvent être indiquées quand «le simple retour à la situation préexistante ne ... protège pas [la partie lésée] de manière satisfaisante»¹¹².

410. En l'espèce, il n'y a guère de doute que ces conditions sont parfaitement remplies, et, j'ose même dire, qu'il est difficile de songer à une instance plus archétypique que la présente pour l'indication des cessations et des garanties de non-répétition.

a) *Inefficacité du programme de protection consulaire pour prévenir des violations de l'article 36, paragraphe 1*

411. Je commence avec les violations du premier paragraphe de l'article 36. Comme vous vous en souvenez, dans l'affaire *LaGrand*, l'Allemagne a demandé des assurances afin qu'aucune violation de l'article 36 de la convention de Vienne ne se reproduise dans le futur. En se prononçant sur cette demande, la Cour a pris note du fait que les Etats-Unis avaient mis en œuvre un programme d'éducation concernant l'article 36 consistant en la distribution de brochures, de petites cartes et de vidéos, et d'un programme de formation. La Cour a observé que, en rappelant à plusieurs reprises ce programme, les Etats-Unis avaient pris un «engagement» pour assurer le respect par les autorités compétentes de leurs obligations résultant de l'article 36¹¹³. La Cour a considéré cet engagement «comme satisfaisant à la demande de l'Allemagne visant à obtenir une assurance générale de non-répétition»¹¹⁴. Je constate que les Etats-Unis, dans la présente affaire, ont renouvelé cet engagement et maintiennent que ledit programme devrait satisfaire la demande du Mexique de cessation et de garanties de non-répétition.

¹¹⁰ Commentaire sur l'article 30 des articles sur la responsabilité de l'Etat, par. 3.

¹¹¹ *Ibid.*, par. 13

¹¹² *Ibid.*, par. 9.

¹¹³ *LaGrand*, par. 124.

¹¹⁴ *Id.*

412. Monsieur le président, le Mexique ne nie pas que les Etats-Unis ont pris ces mesures. Mais, ce ne sont pas les mesures qui comptent en l'espèce, même si elles sont prises dans les meilleures intentions. Ce qui compte, c'est le résultat. Mais hélas, depuis que la Cour a rendu son arrêt dans l'affaire *LaGrand*, le programme n'a pas réussi à prévenir les violations répétées et continues par les autorités compétentes des Etats-Unis des droits assurés par l'article 36 de la convention de Vienne. M^e Babcock nous a expliqué ce matin que les services consulaires du Mexique ont documenté au moins cent cas depuis l'arrêt dans l'affaire *LaGrand* dans lesquels des ressortissants mexicains ont été détenus et inculpés de crimes sévères sans avoir été informés de leurs droits concernant la notification consulaire. On peut sans doute présumer que, en raison de la nature de cette violation, il y ait encore beaucoup plus de ressortissants mexicains dont les droits de notification ont été violés, et que les services consulaires ignorent. Le Mexique comprend bien qu'il n'est pas possible d'assurer un respect parfait de l'obligation de notification consulaire. Mais plus d'une centaine de cas en deux ans concernant des ressortissants mexicains, et ça après *LaGrand*, c'est trop ! Et cette chaîne continue de violations, avant et après l'arrêt dans l'affaire *LaGrand*, souligne plus qu'un risque de répétition; elle révèle une quasi-certitude préoccupante de répétitions de ces violations dans le futur. Il est donc nécessaire que la Cour ordonne des mesures plus spécifiques et plus efficaces afin d'assurer que ces violations de l'article 36, paragraphe 1, envers le Mexique et ses ressortissants cessent, et ne se répètent plus à l'avenir.

b) Manquement à l'obligation de permettre le réexamen et la révision

413. Dans son arrêt dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a aussi identifié les obligations des Etats-Unis en ce qui concerne les droits visés à l'article 36, paragraphe 2, au cas où les Etats-Unis manqueraient à leur obligation de notification consulaire. La Cour a remarqué que, dans les cas où les intéressés ont fait l'objet d'une détention prolongée ou ont été condamnés à des peines sévères, «les Etats-Unis devraient permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine»¹¹⁵. La Cour a aussitôt observé que «le choix des moyens doit revenir aux Etats-Unis»¹¹⁶.

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 125, voir par. 127, 128 7).

¹¹⁶ *Id.*

414. Le moyen choisi par les Etats-Unis — nous l'avons déjà entendu à plusieurs reprises, et nous allons sûrement encore l'entendre demain — c'est la clémence. M^e Babcock vous a expliqué au début de cet après-midi pourquoi ce remède de grâce ne pourrait jamais permettre un réexamen et une revision du verdict de culpabilité et de la peine. En fait, cette interprétation par les Etats-Unis de l'obligation imposée dans l'affaire *LaGrand* représente une décision délibérée de continuer à appliquer toutes ces doctrines qui empêchent les ressortissants mexicains d'obtenir le réexamen et la revision sur le fond de leurs revendications concernant la violation du paragraphe 1 de l'article 36 par une cour de droit.

415. Autrement dit, Monsieur le président, *rien n'a changé* depuis l'affaire *LaGrand*. Les violations du paragraphe 2 de l'article 36 continuent, et elles continueront dans le futur, sauf si la Cour indique des mesures plus spécifiques et ordonne des mesures plus efficaces. Doit-il être rappelé que, depuis que le Mexique a présenté sa requête dans la présente affaire, il y a moins d'un an, le Mexique a appris la condamnation à mort de deux nouveaux ressortissants mexicains dont les droits en vertu de l'article 36 ont été violés ?

4. Rétablissement de l'observation des obligations visée par l'article 36

416. Monsieur le président, il est évident que cette perspective sombre de violations futures de l'article 36 suscite la plus forte inquiétude de la part du Gouvernement mexicain, qui a le devoir de protéger ses plus de huit millions de ressortissants vivant aux Etats-Unis. Le Mexique, par conséquent, vous demande d'ordonner les mesures nécessaires pour rétablir le respect par les autorités des Etats-Unis des obligations qui leur incombent en vertu de l'article 36 de la convention de Vienne. Mais, afin d'assurer que le respect de ces importantes obligations soit rétabli de la manière la plus efficace, le Mexique insiste sur le fait qu'il est absolument essentiel que la Cour indique, dans des termes précis, les mesures que les Etats-Unis doivent prendre. Le Mexique prie cette Cour d'expliquer avec plus de détails les obligations imposées dans l'affaire *LaGrand* afin de ne pas laisser de doute sur leur véritable portée.

417. Il n'est pas dans l'intérêt du Mexique de retourner devant cette Cour chaque fois qu'une violation se produira afin de vous demander d'ordonner les réparations appropriées. Et même si je ne peux parler que pour le Mexique, il me semble juste de dire qu'il n'est pas non plus dans

l'intérêt d'autres Etats qui auront des ressortissants se trouvant dans des circonstances similaires à celles de nos cinquante-deux ressortissants mexicains, d'introduire devant cette Cour une quatrième ou cinquième ou nième affaire concernant l'article 36 de la convention de Vienne. C'est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice qu'il y ait une décision finale et définitive sur la question des obligations visées par l'article 36 de la convention de Vienne, ainsi que sur la réparation qui découle d'une violation de ces obligations.

418. Monsieur le président, ceci conclut ma présentation, et je vous remercie, Madame et Messieurs les Membres de la Cour de votre attention à cette heure avancée.

419. Monsieur le président, je vous prie de donner maintenant la parole au professeur Dupuy.

The PRESIDENT: Thank you, Dr. Prager. Now I give the floor to Professor Dupuy.

M. DUPUY :

XIII. VIOLATIONS DES ETATS-UNIS

420. Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, m'adressant à vous une nouvelle fois, je le fais toujours avec le sentiment du privilège qui est ainsi le mien. Je le dois cette fois-ci au Gouvernement du Mexique, que je tiens à remercier pour la confiance dont il a bien voulu m'honorer.

421. A vrai dire, ayant déjà été, il y a quelque temps, investi d'une responsabilité similaire par la République fédérale d'Allemagne, dans un cas par bien des cotés analogue, j'ai presque un peu, pour la première fois dans ma carrière de plaideur, une impression de «déjà vu»! Le sentiment contrasté d'être à la fois dans une nouvelle affaire mais, en même temps, de devoir, à nouveau, dénoncer la persistance et le renouvellement, très exactement, des mêmes faits illicites, à nouveau commis par le même Etat, les Etats-Unis d'Amérique. Cette fois, il est vrai, à l'égard non plus de ressortissants allemands mais mexicains. Une différence marquante, tout de même, les frères LaGrand étaient déjà morts lorsque j'avais l'honneur de plaider devant vous au nom de l'Allemagne; alors que les cinquante-deux ressortissants mexicains dont il s'agit aujourd'hui sont tous encore vivants.

422. Monsieur le président, il se fait tard, et la Cour a déjà entendu beaucoup d'analyses et d'explications de la part de la délégation du Mexique au cours de cette longue journée; elle peut

légitimement s'estimer déjà pleinement éclairée sur l'essentiel de la requête mexicaine. Mon rôle sera donc modeste. Il consistera en quelque sorte à faire la synthèse des propos que vous avez entendus jusqu'ici; en les situant précisément par rapport au droit positif, et en se concentrant sur la question vers laquelle toutes les autres convergent, celle de la réparation. Je serai ainsi, une dernière fois lors de ce premier tour, amené à vous parler des deux Parties à cette instance mais aussi à vous parler de vous, c'est-à-dire de la fonction judiciaire de la Cour.

423. Tout en voulant, en effet, s'affirmer respectueux des points de droit relatifs à la convention de Vienne de 1963 déjà tranchés par la Cour à l'occasion de l'affaire *LaGrand*, les Etats-Unis tentent une nouvelle fois de vous faire peur; de vous intimider en reprenant non sans habileté, car sous une forme un peu remaniée, l'argument selon lequel le Mexique, cette fois, non plus l'Allemagne fédérale, chercherait à vous faire sortir de votre fonction; à vous dévoyer pour vous entraîner à jouer les cours d'appel ou même de cassation d'arrêts rendus par des juridictions pénales américaines. Sorte d'immixtion incongrue par la voie judiciaire internationale dans les affaires intérieures d'un Etat souverain.

424. Alors, qu'est-ce que vous demande au juste le Mexique dans cette affaire ? Sans vouloir faire d'effets de manches, je vous répondrai tout simplement : la réparation ! Rien que la réparation; mais *toute* la réparation. Toute la réparation, telle qu'elle peut être accordée par la Cour, à l'intérieur d'un ordre juridique, l'ordre juridique international et sur la base d'un seul droit, qui est le droit international. Que cette réparation, décidée et accordée par la Cour en droit international se traduise en l'occurrence par la nécessité pour l'Etat responsable de prendre une ou plusieurs mesures à l'intérieur de son ordre juridique national pour satisfaire à cette obligation est un fait et c'est d'ailleurs un fait que vous avez vous-mêmes consacré dans une jurisprudence récente. Mais cela n'a rien à voir avec la transformation de la Cour internationale de Justice en cour d'appel. Concentrons-nous donc sur l'analyse juridique de la réparation due par l'Etat responsable à l'Etat victime.

425. Or, dans toute affaire de responsabilité, la réparation est à la conjonction du fait illicite causé et du dommage ressenti. Pour cerner les traits et les modalités de la réparation adéquate, question qui nous retiendra pour finir, il faut donc revenir successivement, mais pour n'en retenir que les caractéristiques et qualifications juridiques essentielles, sur les faits illicites et puis, sur les

caractères des dommages que ces faits illicites ont provoqués. Plaidoirie donc nécessairement à trois temps : les faits illicites; les dommages; la réparation.

A. Les faits illicites

426. Que la Cour se rassure ! Je ne vais pas une nouvelle fois reprendre par le détail le récit des conditions dans lesquelles les Etats-Unis ont méconnu à l'égard de cinquante-deux ressortissants mexicains leurs obligations en application de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963. Cela, vous l'avez déjà beaucoup lu et entendu. Je m'attacherai simplement à la *qualification* de ces faits. Or, ils présentent quatre caractères : ils sont à la fois identiques, corrélés, cumulatifs et continus. Il résulte de tout cela, et c'est une spécificité de cette affaire que vous ne rencontrez pas souvent, un *agrégat* de violations du droit dont toutes les composantes affectent conjointement une seule victime : le Mexique.

427. A. *Identité des faits illicites entre eux*. A s'en tenir encore pour l'instant aux seules circonstances à l'origine de chacun des cinquante-quatre cas présentés par le Mexique dans sa requête, les faits illicites des Etats-Unis à l'égard des ressortissants sont tous, fondamentalement, les mêmes. A quelques nuances près, déjà rappelées dans le mémoire du Mexique et aussi ce matin¹¹⁷, les faits sont identiques. Nous savons aujourd'hui qu'ils se sont manifestés cinquante-deux fois, dans chacune desquelles, faute d'avoir été informés de leur droit à faire avertir «sans délais» le poste consulaire de leur Etat de nationalité, et, consécutivement, à bénéficier d'assistance consulaire, cinquante-deux citoyens mexicains ont finalement vu leurs chances annihilées de ne pas être condamnés, et condamnés ... à mort.

428. Dans chacun de ces cas, eut-il été averti en temps utiles, le Mexique aurait pu faire jouer en leur faveur le dispositif très complet d'assistance consulaire qu'il a précisément mis en place pour venir en aide à ses ressortissants traduits devant les juridictions américaines.

429. Dès lors, contrairement aux tentatives faites par les Etats-Unis dans leur contre-mémoire pour spéculer sur les différences mineures pouvant exister entre tel et tel cas, les faits illicites à l'origine de cette affaire sont fondamentalement *identiques*. Partout, la négligence coupable et prolongée des autorités américaines. Si cette affaire s'appelle l'affaire *Avena*, c'est

¹¹⁷ Mémoire du Mexique, p. 38-40, par. 89-93.

parce que le cas de Carlos Avena Guillen, tel que décrit dans les écritures mexicaines¹¹⁸, premier sur la liste dans l'ordre alphabétique, est emblématique de la situation de ses cinquante et un concitoyens comme de lui-même.

430. Or, est-il besoin de le rappeler, l'affaire *Avena* n'eut-elle concerné que lui-même, comme l'affaire *Yerodia* ne concernait que M. Yerodia, elle aurait déjà largement suffi à engager la responsabilité internationale des Etats-Unis à l'égard de l'Etat de nationalité concerné, le Mexique.

431. *B. Les faits illicites des Etats-Unis sont non seulement identiques, ils sont aussi corrélés.* Il y a bel et bien, en effet, un lien causal *unique* entre les différents faits illicites commis par les Etats-Unis à l'égard de chacun des ressortissants mexicains concernés. C'est, d'abord, parce que les cinquante-deux prévenus mexicains n'ont pas reçu notification de leurs droits au titre de l'article 36, paragraphe 1 *b*) que les autorités du Mexique n'ont pas pu exercer ceux que cet Etat détient au titre de l'article 36, paragraphe 1 *c*) : la possibilité d'intervenir par la voie de ses services consulaires. La violation des droits détenus par chacun des citoyens mexicains entraîne ainsi cinquante-deux occasions nouvelles de rendre impossible la mise en œuvre diligente de l'assistance consulaire par leur Etat de nationalité.

432. Mais la corrélation entre les faits illicites américains ne s'arrête pas là. Lorsque les autorités mexicaines, en effet, ont finalement été prévenues de la détention, de la poursuite judiciaire et de la condamnation de ressortissants mexicains, elles n'ont toujours pas pu intervenir efficacement en aide à leurs concitoyens, en raison du jeu de divers interdits, dont la règle de la «*carence procédurale*» est le plus fréquent mais nullement le seul. Il s'agit là encore d'un fait illicite, certes, totalement *distinct* du précédent; car les règles de droit successivement posées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 36 ne sont nullement identiques. Dans un cas, il s'agit de l'absence de notification; dans l'autre, il s'agit de l'impossibilité de faire valoir cette violation du droit international devant les tribunaux internes. Entre les deux, il y a la possibilité du Mexique de faire intervenir ses services consulaires. On voit d'emblée cependant la corrélation entre tous. Sans la première abstention coupable, l'obstacle constitué par la seconde n'aurait pas pu aboutir à un déni de justice. Les deux types d'illicites frappent l'un et l'autre le Mexique à travers la violation des

¹¹⁸ *Ibid.* p. 45-46, par. 114-122.

droits de ses ressortissants. Ils demeurent distincts; mais ils sont corrélés par un lien de causalité directe.

433. *De là, il résulte un troisième attribut* des faits illicites commis par les Etats-Unis. Ils sont identiques et répétitifs; ils sont liés les uns aux autres. Mais ils sont aussi cumulatifs. Frappant le même pays à travers cinquante-deux personnes différentes, ils s'additionnent les uns aux autres, alors même qu'*un seul* d'entre eux eut suffi.

434. Si l'on voulait se livrer ici à une sorte d'arithmétique judiciaire, on pourrait dire, puisque aucun des cinquante-deux condamnés à mort, privés de notification consulaire, n'a pu obtenir de réparation de cette violation de ces droits, ni initialement, ni ensuite, que les Etats-Unis sont responsables dans la présente affaire de trois fois cinquante-deux, soit cent cinquante-six violations du droit ... dont chacune affecte le Mexique à travers le manquement à ses droits comme à ceux de ses ressortissants.

435. A l'origine, une même disposition, ouvrant à l'article 36 paragraphe 1 *b)* de la convention de 1963 des droits aux ressortissants d'un pays partie. A l'arrivée, du fait de l'inlassable méconnaissance de cette disposition initiale, plus de quinze dizaines de faits illicites, tous affectant, et pour la même raison, le même Etat.

436. *D. Enfin, ces faits illicites, non contents d'être à la fois identiques, corrélés et cumulatifs, sont également continus.* Cette dernière qualification fait partie du droit commun de la responsabilité. Ils ont été dûment codifiés par la Commission à l'article 14 de son projet définitif : «la violation d'une obligation internationale par le fait de l'Etat ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale».

437. Or, ce fait peut consister en une action, mais il peut aussi consister, comme dans le cas présent, en une abstention. Dès lors, même s'il est vrai, comme le dit le commentaire de la Commission que «la distinction entre faits achevés et faits continus est relative»¹¹⁹, en l'occurrence, elle ne le semble pas, même s'il faut distinguer techniquement le fait illicite de ces effets dommageables.

¹¹⁹ J. Crawford, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat, Introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003, p. 163.

438. Tant que les prévenus mexicains n'ont pas été informés de leur droit à l'assistance consulaire, le manquement des Etats-Unis à leur obligation au titre de l'article 36, paragraphe 1 b), s'est prolongé dans le temps. Et cela s'est traduit par la prolongation de la privation des droits du Mexique de leur porter assistance.

439. Cette chaîne d'abstentions en répétition a encore été prolongée, même si, encore une fois, il s'agit de faits distincts, par la persistance des tribunaux cette fois à opposer la règle de la «carence procédurale» et d'autres moyens tirés du droit interne.

440. Relais ainsi assuré dans le temps entre des générations successives de faits illicites, réalisation d'une sorte de chambre d'échos dans laquelle se mêlent et s'entremêlent la persistance et les conséquences fatales de cet agrégat de faits illicites perdurant, à la fois distincts, conjoints et convergents qui s'abattent sur le même Etat. Allez-vous rencontrer souvent un cas d'un tel type, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour ?

441. Alors, quelle importance ont, du point de vue du droit, les caractères et la qualification des faits illicites des Etats-Unis ainsi répertoriés ? Et bien, cette importance se mesure à un double niveau : celui de la nature des dommages; puis, par voie de conséquence, celui de la réparation.

B. Les dommages

442. L'analyse des dommages ressentis par le Mexique commence par le constat que bien entendu, il partage les quatre caractères que je viens de relever à propos des faits illicites.

443. Il n'est, dès lors, pas douteux que ceux-ci constituent un élément d'*aggravation* du préjudice constamment nourri, grossi, amplifié que le Mexique subit de la part de son voisin. Pas d'arithmétique macabre en l'occurrence dans une affaire où le «*precium doloris*» ne se calcule pas à l'unité.

444. Mais enfin, déjà, au cours de cette instance, deux nouveaux cas de condamnation à mort frappant des ressortissants mexicains n'ayant pu bénéficier de leur droit à l'assistance consulaire sont venus, vous le savez, s'ajouter aux précédents. On doit bien considérer cette accumulation pour prendre conscience de la gravité du dommage cumulé ainsi subi par le Mexique. Un seul cas d'interdiction d'assistance consulaire à concitoyen en danger de mort eut suffi pour vous saisir.

Mais il y en a désormais cinquante-deux, en réalité cinquante-quatre, et l'on saurait difficilement se satisfaire de l'affirmation selon laquelle un égale cinquante-deux.

445. Du fait de la crue jusque-là inextinguible des cas de violations multiples par les Etats-Unis de leurs obligations, cette affaire est devenue au Mexique une véritable cause nationale. Je pense, à ce stade de nos plaidoiries, qu'il est inutile d'y insister davantage; mais c'est un élément important dont la Cour saura se souvenir, j'en suis sûr, au moment de se pencher sur les caractères techniques de la réparation.

446. Je voudrais pour l'heure simplement préciser, à propos de ces dommages, deux points importants mais qui vous sont d'ailleurs familiers. Le premier est qu'ils sont, pour certains, médiats mais jamais indirects. Le second est qu'ils sont encore, pour l'essentiel du moins, des préjudices juridiques.

447. A. *Les dommages médiats.* Ce sont des dommages médiats dans la mesure où précisément, ce sont certes d'abord Carlos Avena Guillen, Cesar Fierro Reyna, Eduardo David Vargas ou Ramiro Hernandez Llanas qui sont touchés dans leurs droits respectifs. Mais, en application de la doctrine classique de la protection diplomatique telle qu'elle découle du célèbre *dictum* de la Cour permanente en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait valoir son propre droit, [celui] qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international»¹²⁰.

448. Bien entendu, ces dommages sont ainsi médiats mais jamais indirects. Sont en revanche et directs et immédiats ceux que le même Mexique se voit infligés lorsque ses services consulaires sont empêchés de fonctionner au bénéfice de ses ressortissants attraités devant des juridictions américaines.

449. Alors ici un point de droit qui vous a déjà été rappelé notamment par mon collègue Carlos Bernal, pourquoi est-ce que, dans son mémoire en particulier, le Mexique a tant insisté sur le fait que les droits créés au bénéfice des ressortissants mexicains par la règle énoncée à l'article 36, paragraphe 1 b), constituent des droits fondamentaux de ces ressortissants ?

¹²⁰ Recueil C.P.J.I. série A n° 12, p. 12.

450. Ce n'est pas pour des raisons procédurales, on vous l'a dit. C'est pour des raisons de fond du droit. Elles ne touchent pas, en d'autres termes, au *locus standi*; elles touchent à la *substance* de la réparation. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a évidemment, tout à fait à juste titre, souligné ceci :

«Etant donné la conclusion à laquelle elle est ainsi parvenue concernant l'obligation pour les Etats-Unis ... de réexaminer et de reviser le verdict de culpabilité et la peine, point n'est besoin pour la Cour d'examiner l'argument ... tendant à fonder une telle obligation sur le fait que le droit d'une personne détenue d'être informée sans retard ... ne serait pas seulement un droit individuel mais aurait aujourd'hui acquis le caractère d'un droit de l'homme.»

451. Cette conclusion vaut également pour la présente affaire; et le Mexique — la Cour l'aura remarqué — ne demande d'ailleurs nullement dans ses conclusions qu'il en soit décidé autrement. Même si les droits individuels détenus par les ressortissants mexicains au titre de l'article 36, paragraphe 1 *b*), constituent des droits attachés à la personne humaine, il reste que du point de vue des conditions procédurales de leur défense devant la Cour, *seulement ouverte aux Etats*, les droits de ces personnes ne peuvent être invoqués devant vous que par le Mexique lui-même qui les fait siens.

452. N'est ainsi nullement indifférent, fût-ce au simple titre de la pratique internationale la plus qualifiée, de savoir comment d'autres juridictions, en particulier la Cour interaméricaine des droits de l'homme, perçoivent les droits énoncés à l'article 36, paragraphe 1 *b*), du point de vue de leur nature, donc aussi de leur substance et de leur contenu.

453. Considérant qu'il s'agit de droits de la personne, cette jurisprudence d'une Cour régionale des droits de l'homme permet de prendre conscience que c'est bien, effectivement, du rétablissement des conditions propres à la garantie d'un *procès équitable* qu'il s'agit. Cela concerne bien sûr non la procédure devant cette Cour elle-même, mais les indications qu'elle pourra estimer devoir donner *en précisant les conditions de la réparation due au Mexique par les Etats-Unis*. D'autant plus lorsqu'on se situe dans le cadre de la *restitutio in integrum*.

454. *B. Le second aspect des dommages ressentis par le Mexique* est qu'il s'agit de dommages juridiques. Je ne prétends pas par là que ces préjudices ne se traduisent pas concrètement par des dommages tout à fait matériels, financiers. Il est évident que l'assistance que le Mexique tente en vain d'apporter à ses ressortissants lui coûte très cher.

455. Pourtant, ce n'est pas d'abord de ceux-là que le Mexique entend aujourd'hui demander réparation. Ce qui lui tient à cœur précisément, c'est ce que je viens de mentionner il y a un instant. C'est avant tout le droit de ses ressortissants à un procès équitable. C'est, à travers les possibilités qui leur seront données de faire entendre à nouveau leur cas, la réparation précisément de cet *agrégat sans cesse croissant de préjudices en cascade* qui finissent tous par lui retomber dessus.

456. En d'autres termes, ce qui fait préjudice au Mexique, ce sont *des actes juridiques*. Et les préjudices ainsi ressentis par le Mexique sont, aussi, des préjudices juridiques. Alors, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, comment les réparer ?

C. La réparation

457. Monsieur le président, j'ai pris la peine de détailler l'analyse des faits illicites et des dommages qu'ils ont causé pour bien faire saisir le caractère exceptionnel de cet agrégat d'illicites accumulés. Dans un tel contexte, face à une telle situation de cumul massif d'infraction, la question de la réparation doit être examinée avec un soin particulier et son traitement défini avec une rigueur à la mesure de l'amoncellement des préjudices causés.

458. Ceci dit, je reviens à ce que je disais il y a un instant : pas d'argent mais des droits. Le Mexique demande une remise en ordre; il demande, après un «arrêt sur image», pour constater quelle est la situation actuelle, que la Cour permette, autant que faire se peut, de remonter le temps; de repasser le film tragique de ces cinquante-deux cas dramatiques *à l'envers*; afin de remettre les choses *en l'état où elles étaient avant que les Etats-Unis ne violent leurs obligations à son égard*.

459. «On efface tout, et on recommence» ! serait-on presque tenté de dire. C'est là, je m'en excuse un langage un peu trivial. Et c'est bien cela que demande le Mexique.

460. Je m'attache donc à trois points. Trois aspects qui sont d'ores et déjà bien connus de la Cour et je serai donc assez bref.

461. Le premier, c'est que la *restitutio*, selon les modalités requises par la nature des dommages ressentis en l'espèce, constitue la forme adéquate de la réparation. Le second est que la *restitutio* établit à la charge de l'Etat responsable une obligation de *restauration* et que cette obligation est de plus une obligation de résultat. Le troisième et dernier point est le suivant :

adéquate, la *restitutio in integrum* n'est cependant *pas pour autant une forme suffisante* de la réparation. Elle doit être complétée, là encore, compte tenu de la nature des faits illicites et des dommages qu'ils ont générés, par le commandement formulé par la Cour dans son jugement de faire cesser leur commission; ceci, eu égard au caractère *continu* des violations du droit commises en cascade par les Etats-Unis; et, pour l'avenir, par la décision que les Etats-Unis doivent donner au Mexique des garanties efficaces et des assurances effectives de *non-répétition*; cela, eu égard à la persistance de leur comportement illicite.

462. A. *La restitutio in integrum est une réparation adéquate* parce qu'elle est précisément celle qui permet de remettre les choses en l'état où elles étaient avant que le fait ne soit commis. J'ai déjà eu l'occasion de le dire ailleurs¹²¹ en parlant des analyses de Dionisio Anzilotti, auteur des bases de la conception la plus positiviste de la responsabilité internationale, la *restitutio* c'est d'abord une «*restauratio*»; une restauration de la légalité internationale; une façon de rétablir une situation conforme au droit, en même temps qu'une modalité de restitution de ses droits subjectifs à un Etat déterminé, comme de leurs droits individuels à ses ressortissants quand ce sont eux qui ont d'abord été atteints.

463. Cette composante proprement juridique sinon toujours immatérielle de la *restitutio* est particulièrement manifeste dans les cas comme ceux qui nous occupent ici, dans lesquels les faits illicites en cause sont non pas des faits matériels, destructions de bâtiments, franchissement de frontières, occupations illicites de territoires, mais des «actes juridiques»; en l'occurrence, des actes *juridictionnels* internes, eux-mêmes viciés, mais dans l'ordre international, par le fait qu'ils ont été rendus en méconnaissance des droits dont auraient dû pouvoir disposer les ressortissants mexicains en application de la convention de Vienne.

464. Pour appliquer la *restitutio*, la recette — si j'ose dire — est simple. Il faut se poser une question; une seule; la suivante : quelle était la situation existant pour Carlos Avena ou l'un quelconque de ses cinquante et un concitoyens avant que les autorités américaines n'aient tardé à les informer de leurs droits selon l'article 36 ?

¹²¹ P. M. Dupuy, «Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats», *RCADI*, t. 188, p. 95 et suiv.

465. Et voici la réponse. C'était, certes, une situation difficile, car, détenus, ces citoyens mexicains étaient attirés devant les juridictions pénales compétentes, dans le contexte qui vous a été rappelé ce matin, pour examiner les faits qui leur étaient reprochés, puis, le cas, échéant, pour statuer sur leur culpabilité et les condamner à des peines appropriées. Mais c'était une situation, immédiatement consécutive à leur arrestation, *où ils pouvaient encore être prévenus, en temps encore utiles, de l'assistance dont ils pourraient bénéficier auprès de leurs autorités consulaires s'ils en faisaient la demande.* Une situation dans laquelle ils pouvaient encore s'entourer des meilleurs atouts, selon les cas, pour clamer leur innocence ou pour faire valoir leurs circonstances atténuantes.

466. Voilà, Monsieur le président, Madame et Messieurs les juges, quelle était la situation qui prévalait avant la violation par les Etats-Unis de leur obligation au titre de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*). Une situation dans laquelle les jeux n'étaient pas encore faits. Et bien, c'est tout simplement cette situation qu'il faut restaurer.

467. En remontant le cours du temps, comme je le disais tout à l'heure, en tournant, pour des gens précis, pas pour des abstractions, pour Carlos, Enrique, Marcos, Angel, Juan ou Arturo le film à l'envers, dont la scène se passe à l'intérieur des Etats-Unis mais dont la régie est réalisée dans l'ordre juridique international, on déroulera du même coup l'écheveau de cet amas d'illicites enchevêtrés. Le bon côté de la causalité transitive qui, à propos de chacun d'entre eux, enchaîne les maillons d'un illicite à l'autre, c'est que si — avec beaucoup de soin, j'entends bien — on rembobine le film, on fait du même coup cesser les illicites continus qui se sont générés les uns les autres.

468. Voilà pourquoi le Mexique demande la *restitutio*. On vous l'a assez dit dans le cas d'Angel Breard, dans celui des Brüder LaGrand, il était trop tard. Pas ici. Carlos Avena et ses cinquante et un compagnons de misère peuvent encore récupérer leur droit, tel qu'il est consacré dans l'ordre *international*, d'être équitablement rejugés. Equitablement, c'est-à-dire en étant dotés par leurs services consulaires d'une défense aguerrie, éprouvée, qui ne pourra pas les innocenter s'ils sont coupables, mais qui pourra exercer en plénitude tous les droits de la défense...

469. Est-ce que, en vous demandant cela, Monsieur le président, le Mexique vous demande, comme le prétendent les Etats-Unis, de sortir de votre rôle, de descendre dans l'arène du droit pénal

américain, d'aller vous immiscer dans le fonctionnement de la justice de divers Etats fédérés ? Pas du tout. Pas de descente sur les lieux ! Le Mexique ne vous demande pas de quitter La Haye, dont il sait bien, Madame et Messieurs les juges, que vous appréciez tous le charme discret ! Il ne vous demande pas de quitter votre fonction judiciaire, proprement internationale. Et ceci, je vais l'illustrer à partir de la prise en considération de la *nature* des obligations de l'Etat responsable.

470. *B. Les obligations de l'Etat en application de la restitutio sont des obligations de résultat, au sens le plus classique du terme.* Cela veut dire, en l'occurrence, que les Etats-Unis ont le choix des moyens. Qu'ils ont un *certain* choix des moyens, puisque ceux-ci se doivent d'atteindre à un résultat précis, concret, déterminé : rétablir le *statu quo ante*.

471. Une obligation de résultat laisse, certes, le choix des moyens, mais dans la mesure et à la condition que ces moyens soient efficaces. Et c'est très précisément pour cela, comme vous l'a très bien expliqué Mme Babcock tout à l'heure, que la procédure de «*clemency*» n'est non seulement pas suffisante mais tout simplement, par nature, pas adéquate du tout, en raison de son caractère non judiciaire, arbitraire, subjectif, aléatoire .

472. Déjà, dans l'affaire *LaGrand*, lorsqu'elle décrivait ce que devrait être, pour l'avenir, le comportement des Etats-Unis, la Cour ne disait pas autre chose que ce que le Mexique lui demande, aujourd'hui, d'appliquer pour le passé, au titre de la *restitutio*.

473. Dois-je relire le paragraphe 125 de votre arrêt ? Oui, sans doute, puisque le contre-mémoire américain tente de persuader la Cour que nous voulons la faire aller *plus loin* que dans l'affaire *LaGrand*. Je relis, donc :

«La Cour estime que ... si les Etats-Unis manquaient ... à leur obligation de notification consulaire au détriment de ressortissants allemands, des excuses ne suffiraient pas dans les cas où les intéressés auraient fait l'objet d'une détention prolongée... Dans le cas d'une telle condamnation, les Etats-Unis devraient permettre le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention. Cette obligation peut être mise en œuvre de diverses façons. Le choix des moyens doit revenir aux Etats-Unis.»

474. Et bien, Monsieur le président, le Mexique ne peut que souscrire, mot à mot, à cette affirmation de la Cour. Les Etats-Unis ont, certes, le choix des moyens. Enfin, il n'y en a pas cinquante si l'on considère que le but à atteindre, lui, est clairement défini : «permettre le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits

prévus par la convention». Et je prierai ici que l'on ne se laisse pas piéger au traquenard des mots. Dans son mémoire, le Mexique vous parle, en anglais, de «vacating the convictions and the sentences of the fifty six Mexican nationals». Mais, quand le texte français de l'arrêt LaGrand, qui n'a pas été établi par hasard, commande «de permettre le réexamen et la *revision* du verdict de culpabilité et de la peine», il dit pratiquement la même chose. En français, qu'il s'agisse ou non de procédures pénales, quand on parle de procédure en *revision*, cela veut dire que l'on réexamine à fond une affaire, ce qui implique que l'on reprend la procédure *ab initio*. Ici, la *revision*, appliquée à la condamnation, suppose que l'on recommence la procédure à zéro, en remontant jusqu'au moment de l'arrestation. Dans ce sens, la *revision* permet ainsi, comme l'exige en l'occurrence la *restitutio*, de revenir au *statu quo ante*, à la situation existant avant que la procédure ne débute sur des bases altérées par le défaut du respect des obligations posées à l'article 36.

475. Au demeurant, Monsieur le président, il s'agit précisément de cela, quand on applique très classiquement la *restitutio in integrum* à des cas dans lesquels le préjudice, ou, ici, la somme des préjudices en cascade, sont essentiellement, comme je l'ai dit antérieurement, des préjudices juridiques.

476. Ecoutez plutôt :

«La réparation directe de la violation du devoir de protection judiciaire par le déni de justice devrait se trouver normalement dans la *restitutio in integrum*, dans le rétablissement de l'état des choses qui existerait si l'acte illicite n'avait pas été commis. Cette restitution en nature doit s'effectuer, en effet, toutes les fois qu'elle est matériellement possible et autorisée par le droit international... *En particulier il y aurait lieu pour lui [pour l'Etat responsable] de déclarer non avenues les sentences rendues par les tribunaux internes contrairement à ses obligations internationales ou d'abolir les conséquences juridiques qui en découlent.*»

477. Est-ce un jeune juriste inexpérimenté qui procède en 2003 de la sorte, en confondant *lex lata* et *lex ferenda* ? Pas vraiment, non ! Il s'agit de Charles de Visscher en 1935 dans son cours à l'Académie de La Haye¹²² ! Mais en revanche, c'est bien la Commission du droit international, en 2001 cette fois, qui dans son commentaire sous l'article 35 de son projet définitif affirme :

«Le terme «restitution juridique» est parfois employé dans le cas où l'exécution de la restitution requiert ... la modification d'une situation juridique, soit dans le cadre

¹²² Charles de Visscher, «Le déni de justice en droit international», *RCADI* 1935-II, p. 433 et suiv., particulièrement, p. 436.

du système juridique de l'Etat responsable, soit dans le cadre de ses relations juridiques avec l'Etat lésé.»

Et la Commission de préciser :

«Les hypothèses de restitution juridique sont l'abrogation, l'annulation ou la modification d'une disposition constitutionnelle ou législative promulguée en violation d'une règle de droit international, l'annulation ou le réexamen d'un acte administratif ou d'une décision judiciaire pris illégalement à l'encontre de la personne ou des biens d'un étranger.»¹²³

Et c'est ici que la Commission se réfère à la célèbre affaire *Martini*¹²⁴.

478. Cette analyse du droit positif est corroborée par la doctrine la plus conforme au positivisme volontariste. Ainsi, dans un manuel de droit international, concurrent du mien, certes, mais néanmoins excellent, mes collègues Jean Combacau et Serge Sur notent-ils à juste titre : «la *restitutio in integrum* dépend de conditions exigeantes : si le fait générateur est un acte juridique, il faut qu'il puisse être retiré (et non seulement abrogé pour l'avenir) ou déclaré nul par une autorité supérieure à celle qui l'a pris...»¹²⁵. Vous n'avez, à vrai dire, pas fait autre chose, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, dans l'arrêt *Yerodia* en ordonnant à la Belgique de procéder à l'annulation d'un mandat d'arrêt.

479. Par conséquent, oui, la *restitutio*, qu'on veuille ou non l'appeler «restitution juridique» quand elle requiert la modification d'une situation juridique, est une obligation de résultat. Mais il ne faut pas se cacher derrière son petit doigt. Si le fait illicite constitue un acte juridictionnel, on voit mal comment il peut en aller autrement pour l'Etat responsable que de procéder par une annulation de cet acte. Et lorsque l'acte en cause est une décision de justice, il faut ordonner aux Etats-Unis de l'annuler. Ca n'est pas vous qui le ferez. Mais ce seront les Etats-Unis qui seront obligés dans l'arrêt qui correspondrait à nos vœux pour permettre, précisément, sa révision». Sinon, cela entraînerait encore de nouveaux illicites; car l'exécution d'un fait illicite en constitue un autre.

480. C'est ce qu'a voulu dire le Mexique dans ses conclusions, lorsqu'il énonce le «vacating» of the convictions and of the sentences of the fifty-four Mexicans» (à présent cinquante-deux). Comment assurer un tel résultat ? C'est en effet aux Etats-Unis eux-mêmes d'en

¹²³ Repris dans J. Crawford, «Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat», *op. cit. supra*, p. 257.

¹²⁴ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 973 (1930).

¹²⁵ Jean Combacau/Serge Sur, *Droit international public*, 5^e éd., 2001, p. 527.

décider, «by means of its own choosing»; «en mettant en œuvre les moyens de leur choix», comme le dit très justement la Cour dans la septième conclusion du dispositif de son arrêt dans l'affaire *LaGrand*.

481. Il est en tout cas évident qu'en décidant cela le 27 juin 2001, la Cour n'a nullement outrepassé ses compétences dans l'affaire *LaGrand*, au titre des garanties qu'elle exigeait des Etats-Unis pour l'avenir. On ne voit pas comment il pourrait en aller autrement si elle refait aujourd'hui la même chose, eu égard, cette fois, au passé, et dans le cadre de l'exercice de la *restitutio*.

482. Ah oui, seulement voilà. Il ne s'agit pas seulement que du passé dans cette affaire. Tout comme dans l'affaire *LaGrand*, plus encore peut-être, le Mexique, instruit par la persistance de l'inconduite des Etats-Unis, demande à la Cour de décider que ces derniers devront des assurances et garanties de non-répétition. C'est ici que l'on voit que la *restitutio in integrum* est certes adéquate mais pas suffisante. Et je termine sur ce dernier point.

483. *C. Complément de la restitutio* : compte tenu de l'ampleur et de la complexité de cet agrégat d'illicites cumulés, comme j'ai déjà eu le temps de le décrire, rendues exponentielles par le fait que, tels des dominos, les premiers entraînent les suivants, il faut compléter la *restitutio*. Alors, il faut l'étayer comme certes l'a fait la Cour dans l'affaire *LaGrand*, en amont, si j'ose dire, par le constat judiciaire des manquements des Etats-Unis à leurs obligations au titre de l'article 36, paragraphes 1 et 2.

484. Mais, il faut aussi faire cesser des faits illicites dont on a souligné tantôt le caractère continu. A vrai dire, cela va de pair avec la *restitutio*. Je l'ai déjà dit tout à l'heure, si l'on remonte le temps jusqu'à recréer la situation qui existait avant la violation des droits des ressortissants mexicains pour les rejuger, on fait par définition cesser la méconnaissance persistante de ces droits. Alors, c'est sur le dernier élément qu'il faut insister. Sur l'obligation de fournir des assurances et des garanties de *non-répétition*.

485. Il paraît inutile, en droit, de revenir sur le bien-fondé d'une telle demande, puisque la Cour l'a déjà accordée à l'Allemagne dans l'arrêt *LaGrand*, précisément à propos des mêmes types de violations. L'arrêt *LaGrand*, certes, rendu avec autorité *relative* de chose jugée, ne concernait

formellement que les rapports entre les deux litigants d'alors, la République fédérale et les Etats-Unis.

486. Quoi qu'il en soit, notamment en ce qui concerne le paragraphe 7 de l'arrêt de la Cour dans cette affaire, le président Gilbert Guillaume avait bien souligné dans sa déclaration jointe à l'arrêt, qu'on ne saurait conclure que l'obligation de «réexamen et de revision» des sentences condamnant à des lourdes peines, n'intéressant que les rapports entre les parties, pourrait s'interpréter comme affranchissant les Etats-Unis d'un tel comportement à l'égard des ressortissants des autres parties à la convention de 1963.

487. Mais, d'une façon générale, on l'a dit avant moi, que s'est-il passé depuis l'affaire *LaGrand*, en termes d'amélioration concrète des pratiques de l'administration américaine pour éviter la violation des obligations posées à l'article 36 ? Rien ! Ou, plutôt, si; certains efforts ont sans doute été entrepris, notamment au niveau fédéral, et nous ne prétendons pas, en tout cas, que les fonctionnaires du State Department ne soient pas conscients de la nécessité pour leur pays de respecter les contraintes que leur impose, dans ce domaine comme dans d'autres, le droit international. Mais enfin, en la matière, il faut s'en tenir aux faits; aux résultats tangibles. Et les faits, malheureusement, parlent ici d'eux-mêmes. Dans la présente affaire, introduite pratiquement deux ans après l'arrêt *LaGrand*, deux nouveaux cas se sont encore ajoutés, en juin dernier, aux cinquante-quatre qui avaient été regroupés lors de la requête mexicaine. On vous a parlé plus haut de la pratique post-*LaGrand*, si j'ose dire, des Etats-Unis.

488. La Cour, aujourd'hui, en est ainsi à sa troisième affaire introduite à raison des violations persistantes et cumulées de l'article 36 de la convention de Vienne. *Breard, LaGrand, Avena*. Mais, que je sache, la Cour n'a nul besoin d'un contentieux constamment renouvelé par la persistance de la méconnaissance par les Etats-Unis de leurs obligations au titre de cette convention. Son Greffe est assez occupé comme cela. Il n'a nul besoin d'instruire tous les deux ou trois ans une nouvelle affaire de manquement à l'article 36 de la convention sur les relations consulaires.

489. Alors, devant tant de constance dans la violation du droit, on serait presque tenté d'imiter Cicéron dans les *Catilinaires*; «*Quae quo usque tandem America... !*» Jusques à quand les Etats-Unis vont ils continuer à ne pas appliquer l'article 36 de la convention de 1963 ?

490. Il est temps, Monsieur le président, il est temps.

491. L'affaire *Avena*, une nouvelle fois, et, il faut l'espérer, la dernière, fournit l'occasion solennelle à la Cour d'exiger d'une des plus grandes démocraties du monde qu'elle respecte — enfin — la règle de droit.

Monsieur le président, ceci termine la présentation des thèses du Mexique lors de son premier tour. Je vous remercie.

The PRESIDENT: Thank you, Professor Dupuy. The statement of Professor Dupuy marks the conclusion of the first round of oral pleadings for the United Mexican States. The Court will hear the first round of oral pleadings for the United States of America tomorrow morning at 10.00 a.m. The Court rises.

The Court rose at 6.00 p.m.
