

DISSENTING OPINION OF JUDGE SEPÚLVEDA-AMOR

Agreement with most of the reasoning and most of the decisions — Regret that Court did not settle issues incontrovertibly characterized by a degree of opacity — Implicit recognition by the Court that a dispute exists — Interpretation of obligation of result as one which requires specific outcome and within reasonable period of time — Failing success, need for alternative and effective means, such as legislative action — Medellín was executed without the required review and reconsideration — The Court finds that the United States has breached its obligations — But there is no determination of the legal consequences flowing from this breach — The Avena Judgment remains binding.

Article 36 confers individual rights — Mexico and the United States hold different views — The procedural default rule has not been revised — Non-application of procedural default rule is required to allow review and reconsideration to become operative — Binding force of the Judgment — United States Supreme Court's ruling is at odds with the one provided by Mexico and by the United States — The Court should have settled the issue raised by the conflicting interpretations — Review and reconsideration received by only one Mexican national out of 51 listed in the Avena Judgment — The obligation falls upon all state and federal authorities — Importance of role played by the judicial system, especially the United States Supreme Court — Mexico has established the existence of a dispute — State responsibility — It engages the action of the competent organs and authorities acting in that State — LaGrand found that a United States Governor is under the obligation to act in conformity with United States undertakings — In the present case, all competent organs and all constituent subdivisions must comply with mandated review and reconsideration, as Mexico claims — Interpretation of the dispute by the Court would have rendered an invaluable construction to the clarification of rules and its enforcement.

1. I am in agreement with most of the reasoning of the Court in the present Judgment, as well as with most of the decisions expressed in the operative clause of the Judgment. It is with regret that I am unable to join the Court in some of its conclusions. My regret stems not only from my disagreement with some of these views, but also from my belief that the Court has missed a splendid opportunity to settle issues calling for interpretation and to construe the meaning or scope of the *Avena* Judgment in certain respects incontrovertibly characterized by a degree of opacity.

2. Before I embark on the process of setting out and explaining my points of disagreement with the Judgment, I believe it useful to revisit some of the important considerations that the Court has found worthy of stating; to a large extent, these follow from an interpretation of the

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE SEPÚLVEDA-AMOR

[Traduction]

Accord avec l'essentiel du raisonnement et la plupart des conclusions — Regret que la Cour n'ait pas tranché des questions indéniablement assez obscures — Reconnaissance implicite par la Cour de l'existence d'une contestation — Interprétation de l'obligation de résultat comme nécessitant un résultat précis dans un délai raisonnable — Faute de résultat, nécessité de recourir à d'autres moyens efficaces, tels que l'adoption de textes législatifs — M. Medellín ayant été exécuté sans avoir bénéficié du réexamen et de la révision requis — La Cour considérant que les Etats-Unis ont violé leurs obligations — Pourtant, absence de détermination des conséquences juridiques découlant de cette violation — Arrêt Avena demeurant obligatoire.

Article 36 conférant des droits individuels — Mexique et Etats-Unis ayant des vues divergentes — Règle de la carence procédurale n'ayant pas été révisée — Nécessité de ne pas appliquer la règle de la carence procédurale pour que le réexamen et la révision puissent produire effet — Force obligatoire de l'arrêt — Interprétation de la Cour suprême des Etats-Unis différente de celle du Mexique et des Etats-Unis — La Cour aurait dû trancher la question soulevée par les interprétations contradictoires — Réexamen et révision ayant bénéficié à un seul ressortissant mexicain parmi les cinquante et un cités dans l'arrêt Avena — Obligation incombant à toutes les autorités à l'échelon des Etats et à l'échelon fédéral — Importance du rôle du système judiciaire, et plus particulièrement de la Cour suprême des Etats-Unis — Mexique ayant établi l'existence d'une contestation — Responsabilité de l'Etat — Cette responsabilité étant engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet Etat — Arrêt LaGrand ayant conclu qu'un gouverneur a l'obligation d'agir conformément aux engagements des Etats-Unis — En la présente affaire, tous les organes compétents et toutes les entités constitutives devant se conformer au réexamen et à la révision prescrits, ainsi que le soutient le Mexique — L'interprétation du différend par la Cour aurait pu apporter une contribution inestimable à la clarification des règles et à leur exécution.

1. Je souscris pour l'essentiel au raisonnement de la Cour, ainsi qu'à la plupart des conclusions formulées dans le dispositif du présent arrêt. Je regrette toutefois de ne pouvoir m'associer à certaines d'entre elles, étant non seulement en désaccord avec certaines des vues exprimées, mais estimant aussi que la Cour n'a pas saisi une excellente occasion qui lui aurait permis de régler des questions appelant une interprétation et de préciser le sens et la portée de l'arrêt *Avena* sur certains points indéniablement obscurs.

2. Avant d'exposer et d'explicitier les points sur lesquels je suis en désaccord avec l'arrêt, il me semble utile de rappeler certaines observations importantes que la Cour a jugé bon de formuler; celles-ci découlent dans une large mesure d'une interprétation de l'arrêt *Avena*. Dans le pré-

Avena Judgment. In the present Judgment, the Court has clearly established what is meant by an obligation of result: it is “an obligation which requires a specific outcome” (Judgment, paragraph 27). It is clear that an obligation falls upon the United States to provide the Mexican nationals named in the *Avena* Judgment who remain on death row with review and reconsideration consistent with paragraphs 138 to 141 of the *Avena* Judgment. But then the Court construes the scope of the obligation:

“The Court observes that this obligation of result is one *which must be met within a reasonable period of time*. Even serious efforts of the United States, should they fall short of providing review and reconsideration consistent with paragraphs 138 to 141 of the *Avena* Judgment, *would not be regarded as fulfilling this obligation of result*.” (Para. 27; emphasis added.)

3. If the obligation of result is one which “must be met within a reasonable period of time”, then there has been a failure by the United States to comply with it. According to Mexico, since March 2004, when the *Avena* Judgment was issued,

“at least 33 of the 51 Mexican nationals named in the Court’s Judgment have sought review and reconsideration in United States state and federal courts.

To date, only one of these nationals — Osbaldo Torres Aguilera — has received review and reconsideration consistent with this Court’s mandate. We should also mention, however, that the State of Arkansas agreed to reduce Mr. Rafael Camargo Ojeda’s death sentence to life imprisonment in exchange for his agreement to waive his right to review and reconsideration under the *Avena* Judgment. All other efforts to enforce the *Avena* Judgment have failed.” (CR 2008/14, p. 20, paras. 2 and 3 (Babcock).)

Almost five years have elapsed since the *Avena* Judgment was handed down. Since, as the Court considers, time is of the essence and the actual compliance performance has been poor, to say the least, the specific outcome associated with the obligation of result cannot be regarded as having been brought about by the United States.

4. A careful reading of the Court’s Judgment in the present case suggests an implicit recognition by the Court that Mexico and the United States have in fact shown themselves as holding opposing views in regard to the meaning and scope of the *Avena* Judgment. It was stated in the Order indicating provisional measures, in paragraph 55, that

“while it seems both Parties regard paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment as an international obligation of result, the Parties nonetheless apparently hold different views as to the meaning and scope

sent arrêt, la Cour a établi avec précision ce qu'est une obligation de résultat: il s'agit d'«une obligation d'aboutir à un résultat précis» (arrêt, par. 27). Il est clair que les Etats-Unis ont l'obligation d'assurer le réexamen et la revision visés aux paragraphes 138 à 141 de l'arrêt *Avena* aux ressortissants mexicains cités dans cette décision qui encourent toujours la peine de mort. La Cour a cependant précisé la portée de cette obligation:

«La Cour observe qu'il doit être satisfait à cette obligation de résultat dans un délai raisonnable. Même des efforts sérieux des Etats-Unis, s'ils n'aboutissent pas à la revision et au réexamen visés aux paragraphes 138 à 141 de l'arrêt *Avena*, ne sauraient être considérés comme satisfaisant à une telle obligation.» (Par. 27; les italiques sont de moi.)

3. Si l'obligation de résultat est une obligation à laquelle «il doit être satisfait ... dans un délai raisonnable», alors les Etats-Unis ne s'y sont pas conformés. En effet, le Mexique a indiqué que, depuis le mois de mars 2004, date à laquelle a été rendu l'arrêt *Avena*,

«au moins trente-trois des cinquante et un ressortissants mexicains cités dans l'arrêt de la Cour ont demandé le réexamen et la revision de leur cas auprès de juridictions des Etats fédérés et de l'Etat fédéral des Etats-Unis d'Amérique.

A ce jour, seul l'un de ces ressortissants — M. Osbaldo Torres Aguilera — a vu son cas réexaminé et révisé conformément à la décision de la Cour. Il convient toutefois d'indiquer que l'Etat de l'Arkansas a accepté de commuer la peine capitale prononcée contre M. Rafael Camargo Ojeda en une peine de réclusion à perpétuité en échange de son consentement à renoncer aux droits au réexamen et à la revision prévus par l'arrêt *Avena*. Tous les autres efforts déployés aux fins de la mise en œuvre de cet arrêt ont échoué.» (CR 2008/14, p. 20, par. 2 et 3 (Babcock).)

Près de cinq années se sont écoulées depuis le prononcé de l'arrêt *Avena*. Dès lors que la Cour estime que la question des délais est un élément essentiel et que les résultats obtenus du point de vue de l'exécution de l'arrêt ont été limités — ce qui est un euphémisme —, on ne saurait considérer que les Etats-Unis ont atteint le résultat précis attaché à l'obligation de résultat.

4. Ainsi qu'il ressort d'une lecture attentive de l'arrêt en la présente affaire, la Cour reconnaît implicitement que le Mexique et les Etats-Unis se sont en réalité révélés avoir des vues opposées quant au sens et à la portée de l'arrêt *Avena*. Dans l'ordonnance en indication de mesures conservatoires, il est indiqué au paragraphe 55 que,

«s'il semble que les deux Parties voient dans le point 9) du paragraphe 153 de l'arrêt *Avena* une obligation internationale de résultat, elles n'en paraissent pas moins diverger d'opinion quant

of that obligation of result, namely, whether that understanding is shared by all United States federal and state authorities and whether that obligation falls upon those authorities” (Order, p. 326, para. 55).

5. Although the Court reaches the conclusion that the matters claimed by Mexico as requiring an interpretation are not matters decided by the Court in its *Avena* Judgment and thus cannot give rise to the interpretation requested by Mexico (Judgment, operative clause, paragraph 59 (1)), the Court accepts that “[o]n the one hand, it could be said that a variety of factors suggest that there is a difference of perception that would constitute a dispute under Article 60 of the Statute” (*ibid.*, paragraph 31). And then, after reviewing some of Mexico’s contentions, the Court “observes that these elements could suggest a dispute between the Parties within the sense of Article 60 of the Statute” (*ibid.*, paragraph 35). Additionally, the Court indicates — in a paragraph to be examined later, for it gives rise to divergent interpretations — that

“Mexico did not specify that the obligation of the United States under the *Avena* Judgment was directly binding upon its organs, subdivisions or officials, *although this might be inferred from the arguments it presented, in particular in its further written explanations.*” (*Ibid.*, paragraph 41; emphasis added.)

6. The fact is that the Judgment comes close to recognizing that there is a “dispute”, “*contestation*”, or “*desacuerdo*”, as the term is translated in the Spanish version of Article 60 of the Statute. Whether or not Mexico complied with Article 98, paragraph 2, of the Rules of Court, which states that “the precise point or points in dispute as to the meaning or scope of the judgment shall be indicated”, is a question requiring further consideration, which it will receive later in this dissenting opinion.

7. In the present Judgment, the Court further construes the meaning and scope of the *Avena* Judgment when it states that

“*considerations of domestic law which have so far hindered the implementation of the obligation incumbent upon the United States, cannot relieve it of its obligation. A choice of means was allowed to the United States in the implementation of its obligation and, failing success within a reasonable period of time through the means chosen, it must rapidly turn to alternative and effective means of attaining that result.*” (*Ibid.*, paragraph 47; emphasis added.)

As the United States Supreme Court has ruled, the alternative and effective means rapidly to implement the obligation of result incumbent on the United States is through legislative action: “The responsibility for transforming an international obligation arising from a non-self-executing

au sens et à la portée de cette obligation de résultat — plus précisément quant à la question de savoir si cette communauté de vues est partagée par toutes les autorités des Etats-Unis, à l'échelon fédéral et à celui des Etats, et si cette obligation s'impose à ces autorités» (ordonnance, p. 326, par. 55).

5. Bien que la Cour soit parvenue à la conclusion que les questions qui, selon le Mexique, appellent une interprétation n'ont pas été tranchées par elle dans le cadre de l'arrêt *Avena* et qu'elles ne peuvent dès lors pas donner lieu à l'interprétation demandée par le Mexique (arrêt, par. 59, point 1), elle admet qu'«[o]n peut considérer que divers éléments semblent révéler l'existence d'une différence d'appréciation qui constituerait une contestation au sens de l'article 60 du Statut» (*ibid.*, par. 31). Ayant examiné certaines allégations du Mexique, la Cour fait ensuite «observe[r] que [c]es éléments ... pourraient indiquer qu'il existe, entre les Parties, une contestation au sens de l'article 60 du Statut» (*ibid.*, par. 35). Enfin, elle déclare — dans un paragraphe qui sera examiné ultérieurement car il se prête à des interprétations divergentes — que

«[l]e Mexique n'a pas précisé que l'obligation imposée par l'arrêt *Avena* aux Etats-Unis liait directement les organes, entités ou autorités de ce pays, même si cela pourrait être déduit des arguments qu'il a présentés, notamment dans son supplément d'information.» (*Ibid.*, par. 41; les italiques sont de moi.)

6. En réalité, la Cour reconnaît presque dans l'arrêt qu'il existe une «contestation», «*dispute*», ou «*desacuerdo*», selon la traduction espagnole de l'article 60 du Statut. La question de savoir si le Mexique s'est ou non conformé au paragraphe 2 de l'article 98 du Règlement de la Cour, qui dispose que «le point ou les points contestés quant au sens ou à la portée de l'arrêt» sont indiqués «avec précision», mérite un examen approfondi, auquel nous nous livrerons ultérieurement dans le cadre de la présente opinion dissidente.

7. Dans le présent arrêt, la Cour interprète plus précisément le sens et la portée de l'arrêt *Avena* en indiquant que

«les considérations de droit interne qui ont, jusqu'à présent, empêché que soit honorée l'obligation incombant aux Etats-Unis ne sauraient les en délier. Les Etats-Unis ont été laissés libres de recourir aux moyens de leur choix pour la mise en œuvre de cette obligation et, dans l'hypothèse où le moyen retenu ne permettrait pas d'atteindre le résultat escompté dans un délai raisonnable, ils doivent recourir promptement à d'autres moyens efficaces à cette fin.» (*Ibid.*, par. 47; les italiques sont de moi.)

Ainsi que la Cour suprême des Etats-Unis l'a dit, les autres moyens efficaces permettant aux Etats-Unis d'exécuter rapidement l'obligation leur incombant consistent à adopter des textes législatifs: «le pouvoir d'intégrer à la loi interne une obligation conventionnelle découlant d'un traité

treaty into domestic law falls to Congress” (*Medellín v. Texas*, 128 S. Ct. 1346, 1368 (2008), attached as Annex B, p. 60, of Mexico’s *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (*Mexico v. United States of America*)).

8. The means available to the United States is essentially legislative action, preferably at the federal level, quickly to attain effective compliance with the obligation. As the Permanent Court of International Justice found

“a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfillment of the obligations undertaken” (*Exchange of Greek and Turkish Populations, Advisory Opinion, 1925, P.C.I.J., Series B, No. 10*, p. 20).

The Court has repeatedly affirmed in its jurisprudence that a State cannot invoke its domestic law to justify its failure to perform an international legal obligation. In taking the action required of it under the *Avena* Judgment, the United States “cannot adduce as against another State its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force” (*Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 44*, p. 24).

9. The Court has clearly established that José Ernesto Medellín Rojas

“was executed without being afforded the review and reconsideration provided for by paragraphs 138 to 141 of the *Avena* Judgment, contrary to what was directed by the Court in its Order indicating provisional measures of 16 July 2008” (Judgment, paragraph 52).

In the operative clause of the Judgment, the Court has found unanimously that the United States “has breached the obligation incumbent upon it” under the Court’s Order (*ibid.*, paragraph 61 (2)). The Court leaves no doubt in its decision that the obligation upon the United States not to execute the other four Mexican nationals named in the Order of 16 July 2008 “pending review and reconsideration being afforded to them is fully intact by virtue” of the *Avena* Judgment itself (*ibid.*, paragraph 54). In the operative clause of the Judgment, the Court reaffirms “the continuing binding character of the obligations of the United States of America under paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment” (*ibid.*, paragraph 61 (3)).

10. The Court has found that the United States is in breach of its obligations for having executed Mr. Medellín in violation of the Order of 16 July 2008. What is missing from the present Judgment is a determination of the legal consequences which flow from the serious failure by the United States to comply with the Order and the *Avena* Judgment.

non auto-exécutoire relève du Congrès et non de l'exécutif» (*Medellín c. Texas*, 128 S. Ct. 1346, 1368 (2008), joint en annexe B, p. 60, de la *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*).

8. Les moyens dont disposent les Etats-Unis pour assurer rapidement une exécution effective de l'obligation qui leur incombe sont essentiellement d'ordre législatif et ce, de préférence à l'échelon fédéral. Ainsi que l'a indiqué la Cour permanente de justice internationale :

«un Etat qui a valablement contracté des obligations internationales est tenu d'apporter à sa législation les modifications nécessaires pour assurer l'exécution des engagements pris» (*Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I. série B n° 10*, p. 20).

La Cour n'a cessé de réaffirmer dans sa jurisprudence qu'un Etat ne saurait invoquer son droit interne pour justifier de ne pas avoir exécuté une obligation juridique internationale. Ainsi, en prenant les mesures qui leur incombent en vertu de l'arrêt *Avena*, les Etats-Unis «ne saurai[en]t invoquer vis-à-vis d'un autre Etat [leur] propre Constitution pour se soustraire aux obligations que [leur] imposent le droit international ou les traités en vigueur» (*Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 44*, p. 24).

9. La Cour a clairement établi que M. José Ernesto Medellín Rojas

«a été exécuté sans avoir pu bénéficier du réexamen et de la revision prévus aux paragraphes 138 à 141 de l'arrêt *Avena*, contrairement à ce qu'[elle] avait prescrit ... dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 16 juillet 2008» (arrêt, par. 52).

Dans le dispositif de l'arrêt, elle a dit, à l'unanimité, que les Etats-Unis «ont violé l'obligation dont ils étaient tenus» en vertu de l'ordonnance qu'elle avait rendue (*ibid.*, par. 61, point 2). La Cour ne laisse par ailleurs subsister aucun doute quant au fait que l'obligation incombant aux Etats-Unis de ne pas exécuter les quatre autres ressortissants mexicains visés dans l'ordonnance du 16 juillet 2008, «tant qu'ils n'auront pas bénéficié du réexamen et de la revision requis», «demeure intacte» en vertu de l'arrêt *Avena* lui-même (*ibid.*, par. 54). Elle réaffirme en outre, dans le dispositif, «que les obligations énoncées au point 9) du paragraphe 153 de l'arrêt *Avena* continuent de s'imposer aux Etats-Unis d'Amérique» (*ibid.*, par. 61, point 3).

10. La Cour a donc jugé que, pour avoir exécuté M. Medellín en violation de l'ordonnance du 16 juillet 2008, les Etats-Unis avaient manqué à l'obligation qui leur incombait. Ce qui fait défaut, dans le présent arrêt, c'est la détermination des conséquences juridiques découlant du grave manquement des Etats-Unis aux prescriptions de l'ordonnance et de l'arrêt *Avena*.

11. The Court, in its Order of 16 July 2008, placed clear emphasis on certain commitments undertaken by the United States. The Court took note of the following understandings and pledges voiced by the Agent of the United States:

“the United States has recognized that, were any of the Mexican nationals named in the request for the indication of provisional measures to be executed without the necessary review and reconsideration required under the *Avena* Judgment, that would constitute a violation of United States obligations under international law . . . in particular, the Agent of the United States declared before the Court that ‘[t]o carry out Mr. Medellín’s sentence without affording him the necessary review and reconsideration obviously would be inconsistent with the *Avena* Judgment’; the United States has recognized that ‘it is responsible under international law, for the actions of its political sub-divisions’, including ‘federal, state, and local officials’, and that its own international responsibility would be engaged if, as a result of acts or omissions by any of those political subdivisions, the United States was unable to respect its international obligations under the *Avena* Judgment . . . in particular, the Agent of the United States acknowledged before the Court that ‘the United States would be responsible, clearly, under the principle of State responsibility for the internationally wrongful actions of [state] officials’” (Order of 16 July 2008, pp. 330-331, paras. 76-77).

12. On 5 August 2008, Mr. Medellín was executed in the State of Texas without having been afforded the required review and reconsideration, and after having unsuccessfully filed an application for a writ of *habeas corpus* and applications for stay of execution and having been refused a stay of execution through the clemency process, as the Judgment indicates in paragraph 52. Yet the Court has not found it necessary even to mention in the present Judgment the commitments assumed by the Agent of the United States through his recognition: that Mr. Medellín’s execution would constitute a violation of an international obligation; that it would be inconsistent with the *Avena* Judgment; that the United States was responsible under international law for the actions of its political subdivisions; and that the responsibility of the United States would be engaged, under the principles of State responsibility, for the internationally wrongful acts of federal, state and local officials.

13. It is to be deeply regretted that the Court has decided not to pass judgment on a failure by the United States to discharge an international obligation. It is difficult to understand and accept this forbearance, especially when the United States Agent himself has recognized that a breach of its international obligations entails the responsibility of the State he represents. By refraining from attributing any legal significance to a violation of the *Avena* Judgment and of the Order of 16 July 2008, the Court

11. Dans son ordonnance du 16 juillet 2008, la Cour a clairement insisté sur certains engagements des Etats-Unis. Elle a pris acte des vues et engagements ci-après, formulés par l'agent des Etats-Unis :

«les Etats-Unis ont reconnu que, si l'un quelconque des ressortissants mexicains cités dans la demande en indication de mesures conservatoires devait être exécuté sans avoir bénéficié du réexamen et de la revision prescrits par l'arrêt *Avena*, il y aurait violation des obligations que leur impose le droit international ... en particulier, l'agent des Etats-Unis a déclaré à la Cour qu'«il serait manifestement contraire à l'arrêt *Avena* de procéder à l'exécution de la peine de M. Medellín sans accorder à celui-ci le réexamen et la revision requis»;

les Etats-Unis ont admis «qu'ils [étaient] responsables en droit international des actes de leurs entités politiques», notamment «des autorités fédérales, des autorités des Etats ou des autorités locales», et que leur propre responsabilité internationale serait engagée si, par suite d'actes ou d'omissions de l'une quelconque de ces entités politiques, ils se trouvaient dans l'incapacité de respecter les obligations internationales leur incombant en vertu de l'arrêt *Avena* ... en particulier, l'agent des Etats-Unis a reconnu devant la Cour que «les Etats-Unis seraient incontestablement responsables, en application du principe de l'engagement de la responsabilité de l'Etat, à raison de faits internationalement illicites commis par les autorités d'Etats [fédérés]» (ordonnance du 16 juillet 2008, p. 330-331, par. 76-77).

12. Le 5 août 2008, M. Medellín a été exécuté dans l'Etat du Texas sans avoir pu bénéficier du réexamen et de la revision requis, après avoir présenté en vain un recours en *habeas corpus* et des demandes de sursis à exécution, et après qu'un sursis à exécution sollicité par la voie du recours en grâce lui eut été refusé, ainsi que cela est précisé au paragraphe 52 de l'arrêt. Or, la Cour n'a pas même jugé nécessaire de mentionner dans le présent arrêt les engagements qu'a pris l'agent des Etats-Unis lorsqu'il a reconnu que l'exécution de M. Medellín constituerait une violation d'une obligation internationale, qu'elle serait contraire à l'arrêt *Avena*, que les Etats-Unis étaient responsables en droit international des actes de leurs entités politiques et que leur propre responsabilité serait engagée, en vertu des principes de la responsabilité de l'Etat, à raison de faits internationalement illicites commis par les autorités fédérales, des Etats ou locales.

13. Il est profondément regrettable que la Cour n'ait pas jugé nécessaire de se prononcer sur le fait que les Etats-Unis ne se sont pas conformés à une obligation internationale. Il est difficile de comprendre et d'admettre un tel silence, dès lors, notamment, que l'agent des Etats-Unis a lui-même reconnu que la violation d'une obligation internationale par l'Etat qu'il représente engageait la responsabilité de celui-ci. En s'abstenant de conférer une quelconque portée juridique à la violation de l'arrêt

has let pass an opportunity to further the development of the law of State responsibility and has ignored the need to adjudge the consequences of the internationally wrongful acts of a State and to determine the remedial action required in such circumstances.

14. In spite of this unexplained legal omission, the Court feels the need to “reiterate that its *Avena* Judgment remains binding and that the United States continues to be under an obligation fully to implement it” (Judgment, paragraph 60). It is to be hoped that the United States Congress will enact legislation so as to comply with the decision of the Court. In the absence of federal legislation, the obligations stipulated in the *Avena* Judgment will become a mere abstraction, devoid of any legal substance. In the words of the United States Supreme Court,

“The *Avena* judgment creates an international law obligation on the part of the United States, but it is not automatically binding domestic law because none of the relevant treaty sources — the Optional Protocol, the U.N. Charter, or the ICJ Statute — creates binding federal law in the absence of implementing legislation and no such legislation has been enacted.” (*Medellin v. Texas*, 128 S. Ct. 1346 (2008), *Syllabus*; attached as Annex B to the Application, p. 44.)

I. DISPUTE/CONTESTATION/DESACUERDO

15. In order properly to ascertain whether there is a “dispute”/“*contestation*”/“*desacuerdo*” for purposes of Article 60 of the Statute, it is necessary to consider the wider perspective of the litigation between the United States and Mexico. The legal proceedings have involved federal and state authorities, particularly the Executive branches of government at the federal and state levels, as well as federal and state courts.

16. The *Avena* Judgment clearly applies broadly to all Mexican nationals facing severe penalties or prolonged incarceration. Thus the Judgment includes not only the 51 Mexican nationals mentioned therein but also Mexican nationals sentenced to “severe penalties” in the future. The Court found, unanimously, that

“should Mexican nationals nonetheless be sentenced to severe penalties, without their rights under Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Convention having been respected, the United States of America shall provide, by means of its own choosing, review and reconsideration of the conviction and sentence, so as to allow full weight to be given to the violation of the rights set forth in the Convention” (*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 73, para. 153 (11)).

Avena et de l'ordonnance du 16 juillet 2008, la Cour a manqué une occasion de contribuer au développement du droit de la responsabilité de l'Etat, et n'a pas tenu compte de la nécessité de statuer sur les conséquences des actes internationalement illicites d'un Etat et de déterminer le remède qui s'impose dans de telles circonstances.

14. Malgré ce silence inexplicable, la Cour ressent le besoin de «rappeler que l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Avena* reste obligatoire et que les États-Unis sont toujours tenus de l'appliquer pleinement» (arrêt, par. 60). Espérons que le Congrès des États-Unis adoptera un texte de loi afin de se conformer à la décision de la Cour. Faute d'un texte adopté au niveau fédéral, les obligations énoncées dans l'arrêt *Avena* deviendront une pure abstraction, dépourvue de toute valeur juridique. Pour reprendre les termes de la Cour suprême des États-Unis,

«[l]'arrêt *Avena* donne lieu à des obligations de droit international assumées par les États-Unis, cependant il ne s'impose pas en droit interne parce qu'aucun des traités en cause — le protocole de signature facultative, la Charte des Nations Unies et le Statut de la CIJ — ne peut être assimilé à une loi fédérale en l'absence de lois de mise en œuvre; aucune loi de ce genre n'a été adoptée» (*Medellin c. Texas*, 128 S. Ct. 1346 (2008), *Résumé*; joint à la requête en tant qu'annexe B, p. 44).

I. CONTESTATION/*DISPUTE*/*DESACUERDO*

15. Afin de bien déterminer s'il existe une «contestation»/«*dispute*»/«*desacuerdo*» au sens de l'article 60 du Statut, il convient de prendre en compte toute la dimension du litige qui oppose les États-Unis au Mexique. Les autorités au niveau fédéral et à celui de l'Etat fédéré, en particulier le pouvoir exécutif ainsi que les autorités judiciaires à ces deux niveaux, ont pris part à la procédure.

16. L'arrêt *Avena* est clairement applicable, d'une manière générale, à tous les ressortissants mexicains ayant été condamnés à de lourdes peines ou à une détention prolongée. Il ne vise donc pas seulement les cinquante et un ressortissants mexicains cités, mais également les ressortissants mexicains qui seraient, à l'avenir, condamnés à des «peines sévères». La Cour a jugé, à l'unanimité, que

«si des ressortissants mexicains devaient néanmoins être condamnés à une peine sévère sans que les droits qu'ils tiennent de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention aient été respectés, les États-Unis d'Amérique devront, en mettant en œuvre les moyens de leur choix, assurer le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine, de façon à accorder tout le poids voulu à la violation des droits prévus par la convention» (*Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 73, par. 153, point 11)).

17. On the basis of this finding of the Court, which is part of the operative clause of the Judgment, it is perfectly legitimate to examine the opposing views propounded to the United States Supreme Court in the *Sanchez-Llamas v. Oregon* case, involving a Mexican national sentenced to more than 20 years of imprisonment; though not named in the *Avena* Judgment, he is entitled to the benefit of the judicial remedy mandated therein. It is also instructive to read the views expressed by the United States Supreme Court in the *Sanchez-Llamas* case, views which diverge substantially from Mexico's contentions and from what this Court decided in the *LaGrand* and the *Avena* cases, as will be shown in the following paragraphs.

II. ARTICLE 36 CONFERS INDIVIDUAL RIGHTS

18. In the *Amicus Curiae* Brief in support of Sanchez-Llamas as petitioner for the writ of *certiorari* before the United States Supreme Court, Mexico emphatically stated:

“the *Avena* Judgment reaffirmed in the clearest possible terms that Article 36 of the Vienna Convention *confers individual rights on all Mexican nationals* who are detained or arrested in the United States” (Brief *Amicus Curiae* of the Government of the United Mexican States in support of Petitioner 3, 4, *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 126 S. Ct 2669 (2006); emphasis added).

To support its contention, Mexico resorts to paragraph 40 of the *Avena* Judgment: the individual rights of Mexican nationals “are rights which are to be asserted, at any rate in the first place, within the domestic legal system of the United States” (*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 35, para. 40).

19. To strengthen its argument in the *Sanchez-Llamas* case, Mexico cited what the United States had pleaded before the Court in the *Tehran* case. There, the United States argued that Article 36 “*establishes rights . . . for the nationals of the sending State* who are assured access to consular officers and through them to others” (*I.C.J. Pleadings, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, 1979, p. 174; emphasis added).

20. It is clear that the United States holds a different view in the *Sanchez-Llamas* case on the question of individual rights conferred by Article 36 of the Convention. In its Brief to the United States Supreme Court, the United States asserted that the principle that the United States Supreme Court “should give ‘respectful consideration’ to an international court’s interpretation of a treaty *does not lead to the conclusion*

17. Compte tenu de cette conclusion, qui figure dans le dispositif de l'arrêt, il est tout à fait légitime de s'intéresser aux vues opposées qui ont été présentées à la Cour suprême des Etats-Unis en l'affaire *Sanchez-Llamas c. Oregon*, qui a trait au cas d'un ressortissant mexicain condamné à plus de vingt ans de réclusion. Ce dernier, bien qu'il ne soit pas nommément désigné dans l'arrêt *Avena*, a le droit de bénéficier du remède judiciaire qui y est prescrit. Il est également fort instructif d'examiner les appréciations portées dans cette même affaire par la Cour suprême des Etats-Unis, lesquelles divergent très nettement, ainsi que nous le démontrerons dans les paragraphes suivants, de celles du Mexique et de ce que la présente Cour a dit dans les affaires *LaGrand* et *Avena*.

II. L'ARTICLE 36 CONFÈRE DES DROITS INDIVIDUELS

18. Dans le mémoire qu'il a présenté en qualité d'*amicus curiae* en faveur de M. Sanchez-Llamas, dans le cadre du recours en *certiorari* formé par celui-ci devant la Cour suprême des Etats-Unis, le Mexique a déclaré avec la plus grande insistance que

«la Cour, dans l'arrêt *Avena*, a réaffirmé on ne peut plus clairement que l'article 36 de la convention de Vienne *confère des droits individuels à tous les ressortissants mexicains* détenus ou arrêtés aux Etats-Unis» (mémoire à titre d'*amicus curiae* présenté par le Gouvernement des Etats-Unis du Mexique en faveur du requérant 3, 4, *Sanchez-Llamas c. Oregon*, 126 S. Ct. 2669 (2006); les italiques sont de moi).

A l'appui de sa thèse, le Mexique invoque le paragraphe 40 de l'arrêt *Avena* : les droits individuels des ressortissants mexicains «sont des droits dont la réalisation doit, en tout cas en premier lieu, être recherchée dans le cadre du système juridique interne des Etats-Unis (*Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 35, par. 40).

19. En l'affaire *Sanchez-Llamas*, le Mexique a également invoqué, pour étayer son argumentation, ce que les Etats-Unis avaient fait valoir devant la Cour dans l'affaire *Téhéran*. En l'espèce, les Etats-Unis avaient soutenu que l'article 36 «*crée des droits ... pour les ressortissants de l'Etat d'envoi, auxquels est garanti le droit d'accès aux autorités consulaires et, par le biais de celles-ci, à d'autres autorités*» (*C.I.J. Mémoires, Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, 1979, p. 174; les italiques sont de moi).

20. Il apparaît clairement que, en l'affaire *Sanchez-Llamas*, les Etats-Unis n'ont pas porté la même appréciation sur la question des droits individuels conférés par l'article 36 de la convention. Dans le mémoire qu'ils ont adressé à la Cour suprême, ils ont soutenu que le principe selon lequel celle-ci «doit accorder une «considération respectueuse» à l'interprétation d'un traité faite par une juridiction internationale *n'amène pas*

that Article 36 affords an individual a right to challenge his conviction and sentence” (Brief for the United States as *Amicus Curiae* Supporting Respondents, *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 126 S. Ct. 2669 (2006), p. 28; emphasis added).

21. But the *Amicus Curiae* Brief for the United States not only contradicts the Mexican view; it also strongly challenges the interpretations handed down by the International Court of Justice in the *LaGrand* and *Avena* cases. In the words of the Brief,

“The United States has no obligation to accept the reasoning underlying the ICJ’s Judgments As we have demonstrated, the ICJ’s reasoning is inconsistent with principles of treaty construction Moreover, the weight to be given an ICJ Judgment is at its nadir where, as here, the Executive Branch, whose views on treaty interpretation are entitled to at least ‘great weight’, has considered the ICJ’s decisions and determined that its own long standing interpretation of the treaty is the correct one. Notably, *the withdrawal of the United States from the Optional Protocol will ensure that the United States incurs no further international legal obligations to review and reconsider convictions and sentences in light of violations of Article 36 based on the ICJ’s interpretation of the Convention*. Under these circumstances and in light of the considerations discussed above, this Court should conclude that Article 36 *does not give a criminal defendant a private right to challenge his conviction and sentence on the ground that Article 36 (consular access) was breached*.” (*Ibid.*, p. 30; emphasis added.)

22. It is to be noted that the Agent of the United States in the present case, who vehemently argued that “in the field of international relations, the United States speaks with one voice through the executive branch” (CR 2008/17, p. 11, para. 15 (Bellinger)), was also responsible, in his capacity as Legal Adviser to the Department of State and together with the United States Solicitor General, for the Brief for the United States to the United States Supreme Court in the *Sanchez-Llamas* case.

23. One of the questions answered by the United States Supreme Court in the *Sanchez-Llamas* case was “whether Article 36 of the Vienna Convention grants rights that may be invoked by individuals in a judicial proceeding”. The Court noted:

“Respondents and the United States as *amicus curiae*, strongly dispute this contention. They argue that ‘*there is a presumption that a treaty will be enforced through political and diplomatic channels, rather than through the courts . . .*’. Because we conclude that

à conclure que l'article 36 confère à une personne le droit de contester le verdict rendu ou la peine prononcée à son encontre» (mémoire déposé par les Etats-Unis d'Amérique en qualité d'*amicus curiae* en faveur des défendeurs, *Sanchez-Llamas c. Oregon*, 126 S. Ct. 2669 (2006), p. 28; les italiques sont de moi).

21. Or, dans ce mémoire déposé à titre d'*amicus curiae*, non seulement les Etats-Unis contredisent la position mexicaine, mais aussi ils contestent fortement les interprétations de la Cour internationale de Justice dans les affaires *LaGrand* et *Avena*. Le mémoire se lit comme suit :

«Les Etats-Unis ne sont aucunement tenus d'accepter le raisonnement qui sous-tend les arrêts de la CIJ... Comme nous l'avons démontré, le raisonnement de la CIJ est contraire aux principes qui régissent l'interprétation des traités... En outre, le poids à accorder à un arrêt émanant de cette juridiction est d'autant plus faible que, comme en l'espèce, le pouvoir exécutif — dont les vues en matière d'interprétation des traités doivent se voir accorder au moins un «poids important» — a examiné les décisions rendues par elle et estimé que l'interprétation qu'il fait lui-même de longue date du traité est la bonne. Notamment, *puisque les Etats-Unis se sont retirés du protocole de signature facultative, il ne leur incombe plus aucune obligation internationale de réexaminer ou réviser les verdicts de culpabilité rendus et les peines prononcées à la lumière de violations de l'article 36 se fondant sur l'interprétation faite par la CIJ de la convention*. Dès lors, et compte tenu de ce qui précède, plaise à la Cour de dire et juger que l'article 36 ne confère pas à l'accusé un droit individuel de contester les verdicts de culpabilité rendus et les peines prononcées à son encontre au motif que l'article 36 aurait été violé.» (*Ibid.*, p. 30; les italiques sont de moi.)

22. Il convient de noter que l'agent des Etats-Unis en la présente espèce, qui a soutenu avec vigueur que, «dans le domaine des relations internationales, les Etats-Unis parlent d'une seule voix par l'intermédiaire du pouvoir exécutif» (CR 2008/17, p. 11, par. 15 (Bellinger)), est également responsable, en sa qualité de conseiller juridique au département d'Etat, avec le *Solicitor General* des Etats-Unis, du mémoire déposé par les Etats-Unis auprès de la Cour suprême dans l'affaire *Sanchez-Llamas*.

23. L'une des questions à laquelle la Cour suprême des Etats-Unis a répondu en l'affaire *Sanchez-Llamas* était celle de savoir si «l'article 36 de la convention de Vienne confère des droits pouvant être invoqués par des particuliers dans le cadre d'une procédure judiciaire». La Cour suprême a relevé que :

«[I]es défendeurs, et les Etats-Unis en qualité d'*amicus curiae*, contestent formellement cette allégation. Ils soutiennent qu'il «*existe une présomption selon laquelle un traité est mis en œuvre par voie politique et diplomatique et non par voie judiciaire...*». Attendu que

Sanchez-Llamas and Bustillo *are not in any event entitled to relief on their claims*, we find it unnecessary to resolve the question whether the Vienna Convention grants individuals enforceable rights.” (126 S. Ct. 2669, 2677-2678 (2006); emphasis added.)

The United States Supreme Court nevertheless decided to affirm the judgment of the Supreme Court of Oregon, to the effect that Article 36 “does not create rights to consular access or notification that are enforceable by detained individuals in a judicial proceeding” (*ibid.*, p. 2676).

24. When the *Medellin* case was argued before the Texas Court of Criminal Appeals, Mexico contended:

“The very purpose of Article 36 is to permit the nations that signed the Vienna Convention — including Mexico, the United States and 164 other countries — *to protect the interests of their citizens* when they are arrested or otherwise detained while living, working, or traveling abroad. That interest is most acute when *a citizen is facing trial in another country for a cause that may lead to his execution.*” (Brief *Amicus Curiae* of the United Mexican States in Support of José Ernesto Medellín, *Ex Parte Medellín*, 223 S.W. 3d 315 (Tex. Crim. App. 2006) at (ix); emphasis added.)

25. The United States took an opposing view:

“Medellín contends that, standing alone, the *Avena* decision constitutes a binding rule of federal law that he may privately enforce in this Court. While the United States has an international obligation to comply with the decision of the International Court of Justice in this case under Article 94 of the United Nations Charter, *the text and background of Article 94 make clear that an I.C.J. decision is not, of its own force, a source of privately enforceable rights in court.*” (*Ibid.*, 223 S.W. 3d 315 (Tex. Crim. App. 2006); emphasis added.)

26. The Texas Court of Criminal Appeals wrote:

“while we recognize the competing arguments before us concerning whether Article 36 confers privately enforceable rights, a resolution to that issue is not required for our determination of whether *Avena* is enforceable in this Court. Our decision is controlled by the Supreme Court’s recent opinion in *Sanchez-Llamas v. Oregon*, and accordingly, we hold that *Avena is not binding federal law.*” (*Ibid.*, 223 S.W. 3d 315, 330 (Tex. Crim. App. 2006); emphasis added.)

27. In the *Medellin* case argued before the United States Supreme Court, counsel for the United States asserted:

nous concluons que M. Sanchez-Llamas et M. Bustillo *ne sont en aucun cas recevables en leurs demandes*, point n'est besoin de trancher la question de savoir si la convention de Vienne confère aux particuliers des droits directement opposables.» (126 S. Ct. 2669, 2677-2678 (2006); les italiques sont de moi.)

La Cour suprême a néanmoins décidé de confirmer l'arrêt rendu par la Cour suprême de l'Oregon, selon lequel l'article 36 «ne crée pas de droits d'accès aux autorités consulaires ou à la notification directement opposables dont les personnes détenues peuvent se prévaloir dans le cadre d'une procédure judiciaire » (*ibid.*, p. 2676).

24. Lorsque l'affaire *Medellín* a été portée devant la cour d'appel pénale du Texas, le Mexique a fait valoir que:

«l'objet même de l'article 36 est de permettre aux nations ayant signé la convention de Vienne — dont le Mexique, les Etats-Unis et 164 autres pays — *de protéger les intérêts de leurs ressortissants* lorsque ceux-ci sont arrêtés ou détenus alors qu'ils vivent, travaillent ou voyagent à l'étranger. Cela est d'autant plus important lorsqu'*une personne est jugée dans un pays étranger pour des faits pouvant entraîner son exécution.*» (Mémoire des Etats-Unis d'Amérique à titre d'*amicus curiae* en faveur de M. José Ernesto Medellín, *ex parte Medellín*, 223 S.W. 3d 315 (Tex. Crim. App. 2006), point ix); les italiques sont de moi.)

25. Les Etats-Unis ont soutenu la thèse opposée:

«M. Medellín soutient que la décision *Avena* a, en elle-même, valeur de loi fédérale contraignante dont il pourrait se prévaloir à titre individuel devant la Cour. Si, en vertu de l'article 94 de la Charte des Nations Unies, les Etats-Unis d'Amérique sont soumis à l'obligation internationale de se conformer à la décision rendue par la Cour internationale de Justice en ladite affaire, *il ressort clairement du libellé et du contexte de l'article 94 qu'une décision émanant de la CIJ n'est pas, en elle-même, source de droits individuels dont il est possible de se prévaloir devant une juridiction.*» (*Ibid.*, 223 S.W. 3d 315 (Tex. Crim. App. 2006); les italiques sont de moi.)

26. La cour d'appel pénale du Texas a indiqué:

«nous prenons acte des arguments qui nous ont été opposés quant à la question de savoir si l'article 36 confère des droits individuels directement opposables, mais il n'est pas nécessaire de trancher celle-ci afin de déterminer si l'arrêt *Avena* s'impose à la présente Cour. La récente décision de la Cour suprême en l'affaire *Sanchez-Llamas c. Oregon* s'impose à nous et nous estimons, partant, que l'arrêt *Avena* *n'a pas valeur de loi fédérale contraignante.*» (*Ibid.*, 223 S.W. 3d 315, 330 (Tex. Crim. App. 2006); les italiques sont de moi.)

27. Devant la Cour suprême des Etats-Unis, le conseil des Etats-Unis a affirmé en l'affaire *Medellín*:

“Petitioner contends that the *Avena* decision is privately enforceable because the Optional Protocol and the United Nations Charter obligate the United States to comply with the decision . . . Allowing private enforcement, without the President’s authorization, would undermine the President’s ability to make those determinations.”

Those determinations are related to a decision by the President to comply with an International Court of Justice judgment and the measures that should be taken (Brief for the United States as *Amicus Curiae*, *Medellin v. Texas*, 128 S. Ct. 1346 (2008), p. 19). Without addressing the issue of individual rights recognized under *LaGrand* and *Avena*, the United States Supreme Court decided in 2008 that the *Avena* Judgment was not directly enforceable as domestic law in state court.

28. This Court, in its *LaGrand* and *Avena* Judgments, has ruled that Article 36, paragraph 1, creates individual rights for those in detention. That pronouncement runs counter to the legal arguments advanced by United States federal authorities and sustained by state and federal courts. In *LaGrand*, the Court stated that it

“cannot accept the argument of the United States which proceeds, in part, on the assumption that paragraph 2 of Article 36 applies only to the rights of the sending State and not also to those of the detained individual. *The Court has already determined that Article 36, paragraph 1, creates individual rights for the detained person in addition to the rights accorded the sending State*, and that consequently the reference to ‘rights’ in paragraph 2 must be read as applying not only to the rights of the sending State, *but also to the rights of the detained individual.*” (*LaGrand (Germany v. United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2001*, p. 497, para. 89; emphasis added.)

In the present case, the Court could have better fulfilled its judicial function by dispelling all doubts raised by federal and state authorities in the executive and judicial branches of government in the United States. That should have been done by reaffirming the binding force of the *LaGrand* and *Avena* Judgments and the existence of individual rights under Article 36, even if that had meant acting on its own initiative, in order properly to construe the meaning or scope of the *Avena* Judgment.

III. THE PROCEDURAL DEFAULT RULE

29. In the *Avena* case, Mexico contended that the United States, by applying provisions of its municipal law, had failed to provide meaningful and effective review and reconsideration of convictions and sentences. Specifically, Mexico argued that

“The United States uses several municipal legal doctrines to prevent

«Le requérant soutient que la décision *Avena* est invocable à titre individuel car le protocole de signature facultative et la Charte des Nations Unies obligent les Etats-Unis à s'y conformer... Permettre une exécution directe, sans autorisation présidentielle, serait contraire au pouvoir que détient le président de prendre de telles décisions.»

Cela renvoie à une décision du président des Etats-Unis relative à l'exécution des arrêts rendus par une juridiction internationale et aux mesures devant être prises (mémoire des Etats-Unis à titre d'*amicus curiae*, *Medellín c. Texas*, 128 S. Ct. 1346 (2008), p. 19). Sans s'intéresser à la question des droits individuels reconnus dans les arrêts *LaGrand* et *Avena*, la Cour suprême des Etats-Unis a jugé, en 2008, que l'arrêt *Avena* ne s'imposait pas directement avec valeur de droit interne aux juridictions d'Etat.

28. Dans ses arrêts *LaGrand* et *Avena*, la Cour a jugé que le paragraphe 1 de l'article 36 créait des droits individuels pour les personnes détenues. Cette conclusion est contraire à l'argumentation juridique avancée par les autorités fédérales des Etats-Unis et maintenue par les juridictions au niveau fédéral et à celui de l'Etat fédéré. Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a indiqué qu'elle

«ne saurait retenir l'argument des Etats-Unis qui repose en partie sur l'hypothèse que le paragraphe 2 de l'article 36 ne s'applique qu'aux droits de l'Etat d'envoi et non à ceux de la personne mise en détention. *La Cour a déjà établi que le paragraphe 1 de l'article 36 créait des droits individuels pour les personnes détenues, en sus des droits accordés à l'Etat d'envoi*, et que, par voie de conséquence, les «droits» visés au paragraphe 2 désignent non seulement les droits de l'Etat d'envoi, *mais aussi ceux des personnes détenues.*» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 497, par. 89; les italiques sont de moi.)

En la présente affaire, la Cour aurait pu mieux remplir sa fonction judiciaire en levant les doutes émis par les autorités exécutives et judiciaires des Etats-Unis, au niveau fédéral et à celui de l'Etat fédéré. Elle aurait pu réaffirmer la force obligatoire des arrêts *LaGrand* et *Avena* et l'existence de droits individuels découlant de l'article 36 et ce, même s'il lui fallait pour cela agir *proprio motu*, afin d'interpréter correctement le sens et la portée de l'arrêt *Avena*.

III. LA RÈGLE DE LA CARENCE PROCÉDURALE

29. Dans l'affaire *Avena*, le Mexique a soutenu que les Etats-Unis, en appliquant des dispositions de leur droit interne, n'avaient pas assuré un réexamen et une révision véritables et effectifs des verdicts de culpabilité et des peines. Il a plus particulièrement soutenu que

«[l]es Etats-Unis s'appuient sur plusieurs doctrines de droit interne

finding any legal effect from the violations of Article 36. *First*, despite this Court's clear analysis in *LaGrand*, US courts, at both the state and federal level, continue to invoke default doctrines to bar any review of Article 36 violations — even when the national had been unaware of his rights to consular notification and communication and thus his ability to raise their violation as an issue at trial, due to the competent authorities' failure to comply with Article 36." (*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 55, para. 109.)

30. The Court found in the *Avena* Judgment that “the procedural default rule has not been revised, nor has any provision been made to prevent its application” (*ibid.*, p. 57, para. 113). Then the Court added:

“The crucial point in this situation is that, by the operation of the procedural default rule as it is applied at present, the defendant is effectively barred from raising the issue of the violation of his rights under Article 36 of the Vienna Convention . . .” (*ibid.*, p. 63, para. 134).

31. After recalling that the *LaGrand* and *Avena* Judgments were entitled only to “respectful consideration”, the United States Supreme Court in the *Sanchez-Llamas* case went on to say:

“the International Court of Justice concluded that where a defendant was not notified of his rights under Article 36, application of the procedural default rule failed to give ‘full effect’ to the purposes of Article 36 because it prevented courts from attaching ‘legal significance’ to the Article 36 violation. *This reasoning overlooks the importance of procedural default rules in an adversary system*, which relies chiefly on the *parties* to raise significant issues and present them to the courts in the appropriate manner at the appropriate time for adjudication . . . The consequence of failing to raise a claim for adjudication at the proper time is generally forfeiture of that claim. *As a result, rules such as procedural default routinely deny ‘legal significance’ — in the Avena and LaGrand sense — to otherwise viable legal claims.*” (*Sanchez-Llamas v. Oregon*, 126 S. Ct. 2669, 2685-2686 (2006); emphasis added.)

32. The Texas Court of Criminal Appeals, when reviewing Medellín's application for a writ of *habeas corpus*, provided a procedural history of Medellín's case:

“Medellín filed an initial application for a writ of *habeas corpus*, claiming for the first time, among other things, that his rights under

pour empêcher que soient attachées des conséquences juridiques aux violations de l'article 36. *En premier lieu*, malgré la claire analyse qui a été faite par la Cour dans l'affaire *LaGrand*, les juridictions américaines, tant étatiques que fédérales, continuent à invoquer la règle de la carence procédurale pour faire obstacle à tout examen des violations de l'article 36 — même si le ressortissant n'était pas conscient de ses droits à la notification et à la communication consulaires et, partant, du fait qu'il pouvait invoquer leur violation lors de son procès, précisément parce que les autorités n'avaient pas respecté l'article 36.» (*Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 55, par. 109.)

30. Dans l'arrêt *Avena*, la Cour a indiqué que «la règle de la carence procédurale n'a pas été révisée et qu'il n'a pas davantage été pris de dispositions pour empêcher son application» (*ibid.*, p. 57, par. 113). Elle a ensuite précisé :

«[L]e point crucial, en pareille situation, est que, par l'effet de la règle de la carence procédurale telle qu'elle est actuellement appliquée, l'intéressé se voit en fait interdire de soulever la question de la violation des droits que lui reconnaît l'article 36 de la convention de Vienne» (*ibid.*, p. 63, par. 134).

31. En l'affaire *Sanchez-Llamas*, après avoir rappelé que les arrêts *LaGrand* et *Avena* ne méritaient à bon droit qu'une «considération respectueuse», la Cour suprême des Etats-Unis a poursuivi comme suit :

«[L]a Cour internationale de Justice a conclu que, lorsqu'un défendeur n'a pas été informé des droits qu'il tient de l'article 36, l'application de la règle de la carence procédurale empêche cet article de produire «plein effet» puisqu'elle empêche les juridictions d'attacher une «portée juridique» à sa violation. *C'est là méconnaître l'importance des règles de la carence procédurale dans un système accusatoire*, système dans lequel c'est principalement aux *parties* qu'il incombe de soulever les questions pertinentes et de les présenter aux juridictions de manière appropriée et en temps opportun afin qu'elles soient tranchées... Le défaut de présentation d'une demande en temps opportun entraîne généralement la forclusion. *Il est ainsi fréquent que l'application de règles telles que celles de la carence procédurale prive de «portée juridique» — au sens des arrêts Avena et LaGrand — des demandes tout à fait valables en droit.*» (*Sanchez-Llamas c. Oregon*, 126 S. Ct. 2669, 2685-2686 (2006); les italiques sont de moi.)

32. Dans le cadre de son examen du recours en *habeas corpus* formé par M. Medellín, la cour d'appel pénale du Texas a rappelé la procédure en l'affaire concernant l'intéressé :

«M. Medellín a déposé une requête initiale en *habeas corpus* dans laquelle il a notamment indiqué pour la première fois que les droits

Article 36 of the Vienna Convention had been violated because he had not been advised of his right to contact the Mexican consular official after he was arrested. The district court found that Medellín *failed to object to the violation of his Vienna Convention rights at trial and, as a result, concluded that his claim was procedurally barred from review.*

Medellín appealed to the U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, which also denied his application. The Fifth Circuit noted the I.C.J. decision in *Avena*, but determined that it was bound by the Supreme Court's decision in *Breard v. Greene*, which held that *claims based on a violation of the Vienna Convention are subject to procedural default rules.*

[W]e are bound by the Supreme Court's determination that I.C.J. decisions are not binding on United States courts. As a result, *Medellín . . . cannot show that Avena requires us to set aside Section 5 and review and reconsider his Vienna Convention claim.*" (*Ex Parte Medellín*, 223 S.W. 3d 315, 321, 332 (2006); emphasis added.)

33. When submitting the Brief for the United States as *amicus curiae* before the United States Supreme Court in the *Sanchez-Llamas* case, in his capacity as Legal Adviser to the Department of State, the Agent of the United States in the present case pleaded that

"The I.C.J. decisions in *LaGrand* and *Avena* are clearly not binding on this Court in this case . . . [T]he United States undertaking under Article 94 of the United Nations Charter to comply with a decision of the I.C.J. in a dispute to which it is a party, is to comply with the I.C.J.'s ultimate resolution of the dispute, *not to accept all the reasoning that leads to that resolution. In this case, the I.C.J.'s reasoning is not persuasive . . .* By that reasoning, any procedural rule that prevented a court from deciding the substance of a Vienna Convention claim — such as a State's statute of limitations for seeking collateral review — would have to be set aside as inconsistent with Article 36 (2)." (Brief for the United States as *Amicus Curiae* Supporting Respondents, *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 126 S. Ct. 2669 (2006); emphasis added.)

34. In principle, only the operative clause of an International Court of Justice judgment has binding force. However, under certain circumstances and in certain cases, the reasoning underlying the conclusions reached in the operative clause is inseparable from them and, because of

dont il jouit en vertu de l'article 36 de la convention de Vienne avaient été violés car il n'avait pas été informé de son droit de contacter les autorités consulaires mexicaines après son arrestation. Le tribunal de première instance a jugé que M. Medellín *ne s'était pas, lors de son procès, prévalu de la violation des droits qu'il tient de la convention de Vienne et, partant, a estimé que sa demande ne pouvait être réexaminée pour des raisons d'ordre procédural.*

M. Medellín a interjeté appel devant la cour d'appel des Etats-Unis pour le cinquième circuit, laquelle a également rejeté sa demande. Le cinquième circuit a pris note de la décision rendue par la CIJ en l'affaire *Avena*, mais a jugé qu'il était lié par la décision rendue par la Cour suprême en l'affaire *Breard c. Greene*, aux termes de laquelle *les règles de la carence procédurale s'appliquent aux demandes fondées sur une violation de la convention de Vienne.*

[N]ous sommes liés par la décision de la Cour suprême aux termes de laquelle les décisions de la CIJ ne s'imposent pas aux juridictions des Etats-Unis. Dès lors, *M. Medellín ... ne saurait démontrer qu'il nous incombe, en vertu de l'arrêt Avena, d'écarter la section 5 et de procéder au réexamen et à la revision de la demande qu'il a formulée en vertu de la convention de Vienne.*» (*Ex parte Medellín*, 223 S.W. 3d 315, 321, 332 (2006); les italiques sont de moi.)

33. Lors du dépôt du mémoire présenté par les Etats-Unis à titre d'*amicus curiae* devant la Cour suprême des Etats-Unis en l'affaire *Sanchez-Llamas*, l'agent des Etats-Unis en la présente affaire a fait valoir, en sa qualité de conseiller juridique du département d'Etat, que :

«La présente Cour n'est, en l'espèce, pas liée par les décisions rendues par la CIJ dans les affaires *LaGrand* et *Avena*... Aux termes de l'article 94 de la Charte des Nations Unies, les Etats-Unis se sont engagés à se conformer aux décisions rendues par la CIJ dans le cadre des différends auxquels ils sont partie, à savoir à se conformer à la solution prescrite par la CIJ, et *non à accepter l'intégralité du raisonnement ayant conduit à cette conclusion. En l'espèce, le raisonnement de la CIJ n'est pas convaincant*... Selon ce raisonnement, toute règle procédurale ayant empêché une juridiction de connaître au fond d'une demande relative à la convention de Vienne — telle que les règles de prescription en vigueur dans un Etat en ce qui concerne les recours indirects — devrait être écartée pour incompatibilité avec le paragraphe 2 de l'article 36.» (Mémoire déposé par les Etats-Unis d'Amérique à titre d'*amicus curiae* en faveur des défendeurs, *Sanchez-Llamas c. Oregon*, 126 S. Ct. 2669 (2006); les italiques sont de moi.)

34. En principe, seul le dispositif de l'arrêt rendu par une juridiction internationale a force obligatoire. Il arrive toutefois, dans certaines circonstances et dans certaines affaires, que le raisonnement qui sous-tend les conclusions formulées dans le dispositif en soit indissociable et, en rai-

this link, part of the reasoning in the *Avena* Judgment must also be the subject-matter of interpretation by the Court. I believe that construing the meaning or scope of most of the subparagraphs of paragraph 153, the operative clause of the Judgment, requires resort to the reasoning of the Court, for it is there that an explanation is found as to how the procedural default rule represents a judicial obstacle which renders inoperative and dysfunctional the rights embedded in Article 36 of the Vienna Convention. It is not sufficient to claim that the operative clause has binding force if its provisions become legally ineffective in the face of enforcement by United States federal and state courts of the procedural default rule. Such a domestic doctrine precludes compliance with international obligations, vitiates treaty rights of substance and renders a judgment nugatory.

35. The Court has already had occasion to consider the relationship between the reasoning in a judgment and the operative clause when entertaining requests for interpretation of a judgment. The Court recently explained that

“any request for interpretation must relate to the operative part of the judgment and cannot concern the reasons for the judgment *except in so far as these are inseparable from the operative part*” (*Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon), Judgment, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 35, para. 10; emphasis added).

36. In the present case, the Court could have reached beyond the operative clause in the *Avena* case and examined one of the essential foundations for the proper functioning of that judgment: the non-application of the procedural default rule so as to enable the required review and reconsideration of convictions and sentences.

IV. BINDING FORCE OF THE JUDGMENT

37. Mexico has claimed in its Application that the *Avena* Judgment is final and binding as between Mexico and the United States, invoking Article 59 of the Statute of the Court in support of its contention. Mexico asserts that, in spite of the obligation under Article 94, paragraph 1, of the United Nations Charter to comply with decisions of the Court,

“requests by the Mexican nationals for the review and reconsideration mandated in their cases by the *Avena* Judgment have repeatedly been denied. On 25 March 2008, the Supreme Court of the United States determined in the case of José Ernesto Medellín Rojas, one of the Mexican nationals subject to the *Avena* Judgment, that *the Judgment itself did not directly require US courts to provide review and reconsideration under domestic law* . . . The Supreme Court, while

son de ce lien, une partie des motifs de l'arrêt *Avena* doit également être interprétée par la Cour. Selon moi, pour interpréter le sens et la portée de la plupart des points du paragraphe 153 du dispositif de l'arrêt, il faut se référer aux motifs puisque c'est là que se trouve exposée la raison pour laquelle la règle de la carence procédurale constitue un obstacle judiciaire qui rend inopérants les droits consacrés par l'article 36 de la convention de Vienne et empêche leur exercice. Il ne suffit pas d'affirmer que le dispositif de l'arrêt *Avena* a force obligatoire si l'application de la règle de la carence procédurale par les juridictions des Etats-Unis le rend juridiquement inopérant. Cette doctrine à usage interne empêche de se conformer à des obligations internationales, prive les droits conventionnels de tout contenu et rend sans valeur un arrêt.

35. La Cour a déjà eu l'occasion d'examiner, dans le cadre de demandes en interprétation, la question du lien existant entre les motifs d'un arrêt et son dispositif. Ainsi, elle a récemment indiqué que

«toute demande en interprétation doit porter sur le dispositif de l'arrêt et ne peut concerner les motifs *que dans la mesure où ceux-ci sont inséparables du dispositif*» (*Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires (Nigéria c. Cameroun), arrêt, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 35, par. 10; les italiques sont de moi*).

36. En la présente espèce, la Cour aurait pu ne pas limiter son examen au dispositif de l'arrêt *Avena*, en considérant l'une des conditions indispensables pour une mise en œuvre adéquate de cet arrêt, à savoir la non-application de la règle de la carence procédurale aux fins de permettre le réexamen et la révision prescrits des verdicts de culpabilité et des peines.

IV. FORCE OBLIGATOIRE DE L'ARRÊT

37. Dans sa requête, se fondant sur l'article 59 du Statut de la Cour, le Mexique a fait valoir que l'arrêt *Avena* était définitif et obligatoire entre lui et les Etats-Unis. Il soutient que, en dépit de l'obligation de se conformer aux décisions de la Cour énoncée au paragraphe 1 de l'article 94 de la Charte des Nations Unies,

«des refus répétés ont été opposés à des demandes soumises par des ressortissants mexicains en vue du réexamen et de la révision de leur cas, prescrits par l'arrêt *Avena*. Le 25 mars 2008, la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique a jugé, dans le cas de José Ernesto Medelín Rojas, l'un des ressortissants mexicains visés dans l'arrêt *Avena*, que l'arrêt *n'imposait pas en soi directement aux juridictions des Etats-Unis de procéder à un réexamen et une révision selon le droit*

expressly recognizing the United States's obligation to comply with the Judgment under international law, further held that the means chosen by the President of the United States to comply were unavailable under the US Constitution and indicated alternate means involving legislation by the US Congress or voluntary compliance by the State of Texas." (Application, p. 10, para. 4; emphasis added.).

According to Mexico,

"the obligation to provide review and reconsideration is not contingent on the success of any one means. Mexico understands that in the absence of full compliance with the obligation to provide review and reconsideration, the United States must be considered to be in breach." (*Ibid.*, p. 10, para. 5.)

38. It is apparent that Mexico and the United States take opposing views on the issue of the automatic application of the *Avena* Judgment in the domestic realm of the United States. Quoting the United States Brief as *amicus curiae* in the last *Medellín* case before the United States Supreme Court, Mexico notes that the United States, while having acknowledged an "international law obligation to comply with the I.C.J.'s decision in *Avena*", contended that the Judgment was not independently enforceable in domestic courts absent intervention by the President. The United States is quoted as follows:

"[W]hile petitioner is entitled to review and [reconsideration *by virtue of the President's determination*], such review and reconsideration would not be available to petitioner in the absence of the President's determination." (See Submission of Mexico in Response to the Written Observations of the United States of America, 17 September 2008, p. 2, para. 6; emphasis in the original.)

39. Mexico points out that

"the Supreme Court expressly adopted the United States' argument as to the lack of enforceability of the Judgment in domestic courts. Hence, the Court held that neither the *Avena* Judgment on its own, nor the Judgment in conjunction with the President's determination to comply, constituted directly enforceable federal law that precluded Texas from applying state procedural rules that barred all review and reconsideration of Mr. Medellín's Vienna Convention claim." (*Ibid.*, p. 2, para. 7.)

40. The United States Supreme Court in its ruling in the *Medellín* case provided an interpretation which is at odds with those proffered by

interne... La Cour suprême, tout en reconnaissant expressément l'obligation incombant aux Etats-Unis d'Amérique en vertu du droit international de se conformer à l'arrêt, a également estimé que les moyens choisis par le président des Etats-Unis pour ce faire n'étaient pas prévus par la Constitution des Etats-Unis et indiqué d'autres moyens reposant sur le vote de lois par le Congrès ou une exécution volontaire de l'arrêt par l'Etat du Texas.» (Requête, p. 11, par. 4; les italiques sont de moi.)

Le Mexique ajoute que

«le respect de l'obligation d'assurer un réexamen et une revision ne saurait être fonction de l'aboutissement de tel ou tel moyen en particulier. Selon le Mexique, si l'obligation d'assurer un réexamen et une revision n'était pas pleinement respectée, les Etats-Unis devraient être considérés comme ayant violé cette obligation.» (*Ibid.*, p. 11, par. 5.)

38. Il est donc manifeste que le Mexique et les Etats-Unis ont des vues opposées sur la question de l'applicabilité automatique de l'arrêt *Avena* dans l'ordre interne des Etats-Unis. Citant le mémoire que les Etats-Unis ont présenté en qualité d'*amicus curiae* dans la dernière affaire *Medellin* dont a connu la Cour suprême des Etats-Unis, le Mexique relève que, bien qu'ayant reconnu que leur incombait «une obligation en vertu du droit international de se conformer à la décision de la CIJ en l'affaire *Avena*», les Etats-Unis affirment que, en l'absence d'intervention du président, l'arrêt ne s'impose pas, en lui-même, à leurs juridictions nationales. Leurs propos sont repris comme suit :

«Si le demandeur a droit à un réexamen et une revision *en vertu de la décision du président*, il ne pourrait en bénéficier en l'absence de cette décision.» (Supplément d'information du Mexique en réponse aux observations écrites des Etats-Unis d'Amérique, 17 septembre 2008, p. 2, par. 6; les italiques sont dans l'original.)

39. Le Mexique précise que

«la Cour suprême a expressément retenu l'argument des Etats-Unis concernant le caractère non exécutoire de l'arrêt par les juridictions internes. [Elle] a donc jugé que l'arrêt *Avena* n'avait pas, ni en tant que tel ni lu conjointement avec la décision du président, valeur de droit fédéral directement applicable empêchant la mise en œuvre par le Texas de règles procédurales de son droit interne faisant obstacle à tout réexamen et à toute revision des décisions relatives aux demandes formulées par M. Medellin sur le fondement de la convention de Vienne.» (*Ibid.*, p. 2, par. 7.)

40. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Medellin*, la Cour suprême des Etats-Unis s'est donc livrée à une interprétation différente de celle du

Mexico and by the United States. The Supreme Court's understanding of the legal significance of Article 94 of the United Nations Charter and of Article 59 of the Court's Statute is expressed in the following terms:

“The Executive Branch contends that the phrase ‘undertakes to comply’ is not ‘an acknowledgement that an I.C.J. decision will have immediate legal effect in the courts of UN members’, but rather ‘a commitment on the part of UN Members to take future action through their political branches to comply with an I.C.J. decision’. We agree with this construction of Article 94. The Article is not a directive to domestic courts. It does not provide that the United States ‘shall’ or ‘must’ comply with an I.C.J. decision, nor indicate that the Senate that ratified the United Nations Charter intended to vest I.C.J. decisions with immediate legal effect in domestic courts.” (128 S. Ct. 1346, 1358 (2008); emphasis added.)

41. The conclusion by the United States Supreme Court that the *Avena* Judgment does not by itself constitute binding federal law confutes the contention of the United States Executive Branch that,

“while the *Avena* Judgment does not of its own force require domestic courts to set aside ordinary rules of procedural default, that judgment became the law of the land with precisely that effect pursuant to the President's Memorandum and his power ‘to establish binding rules of decision that preempt contrary state law’” (*ibid.*, p. 1367).

42. After making clear that unilaterally converting a non-self-executing treaty into a self-executing one is not among the means available to the United States President to enforce an international obligation, the Supreme Court stated:

“When the President asserts the power to ‘enforce’ a non-self-executing treaty by unilaterally creating domestic law, he acts in conflict with the implicit understanding of the ratifying Senate.” (*Ibid.*, p. 1369.)

43. Three different interpretations are advanced as to the domestic effects of an international obligation. Three different interpretations are advanced as to domestic implementation of the United Nations Charter, the Court's Statute and the *Avena* Judgment. The Court could have made an important contribution to the development of international law by settling the issues raised by these conflicting interpretations.

Mexique et de celle des Etats-Unis. Elle interprète la portée juridique de l'article 94 de la Charte des Nations Unies et l'article 59 du Statut de la Cour comme suit:

«Le pouvoir exécutif soutient que l'expression «s'engage à se conformer» ne constitue pas «une reconnaissance du fait que les décisions de la CIJ ont un effet juridique immédiat dans les juridictions internes des Membres de l'Organisation des Nations Unies», mais qu'il s'agit d'un «engagement de la part des Membres de l'Organisation des Nations Unies de prendre ultérieurement, par l'intermédiaire de leurs pouvoirs politiques, des mesures d'exécution de la décision de la CIJ». Nous partageons cette interprétation de l'article 94. Cette disposition n'est pas une directive adressée aux juridictions internes. Elle ne prévoit pas que les Etats-Unis «sont tenus de» ou «doivent» se conformer aux décisions de la CIJ. De plus, rien n'indique que le Sénat, au moment où il a ratifié la Charte des Nations Unies, avait l'intention d'accorder aux décisions de la CIJ un effet juridique immédiat devant ses juridictions internes.» (128 S. Ct. 1346, 1358 (2008); les italiques sont de moi.)

41. La conclusion de la Cour suprême des Etats-Unis selon laquelle l'arrêt *Avena* n'a pas, en lui-même, valeur de loi fédérale contraignante contredit la position du pouvoir exécutif des Etats-Unis selon laquelle

«s'il est vrai que l'arrêt *Avena* ne peut pas, de lui-même, forcer les juridictions internes à écarter des règles de carence procédurale d'application générale, cet arrêt est devenu assimilable à une loi interne ayant précisément cet effet, en vertu du mémorandum présidentiel et du pouvoir du président «d'établir des règles obligatoires ayant prépondérance sur les lois contraires en vigueur au niveau des Etats»» (*ibid.*, p. 1367).

42. Après avoir indiqué clairement que la transformation unilatérale d'un traité non auto-exécutoire en un traité auto-exécutoire ne fait pas partie des moyens dont dispose le président des Etats-Unis pour faire respecter une obligation internationale, la Cour suprême a précisé:

«Lorsque le président exerce son pouvoir d'«exécution» d'un traité non auto-exécutoire en l'assimilant unilatéralement à une loi interne, il agit contrairement à l'intention implicite du Sénat ayant ratifié ledit traité.» (*Ibid.*, p. 1369.)

43. Il existe trois interprétations différentes des effets, sur le plan national, d'une obligation internationale, et trois interprétations différentes de la mise en œuvre, sur le plan national, de la Charte des Nations Unies, du Statut de la Cour et de l'arrêt *Avena*. La Cour aurait donc pu apporter une contribution importante au développement du droit international en tranchant les questions soulevées par ces interprétations contradictoires.

V. REVIEW AND RECONSIDERATION

44. It is justifiable to conclude that a dispute arises in the present case out of the fundamentally different views taken by Mexico and the United States on the interpretation to be given to the obligation imposed by the *Avena* Judgment. But there is not only a conflict of legal views and of interests between the two countries. There is a disagreement on several points of law and, also, on the facts.

45. In its oral pleadings, Mexico recalled that the review and reconsideration mandated by the *Avena* Judgment must take place as part of the “judicial process”. Mexico pointed out that

“since March 2004, at least 33 of the 51 Mexican nationals named in the Court’s Judgment have sought review and reconsideration in United States state and federal courts.

To date, *only one of these nationals* — Osbaldo Torres Aguilera — *has received review and reconsideration* consistent with the Court’s mandate. We should also mention, however, that the State of Arkansas agreed to reduce Mr. Rafael Camargo Ojeda’s death sentence to life imprisonment in exchange for his agreement to waive his right to review and reconsideration under the *Avena* Judgment. *All other efforts to enforce the Avena Judgment have failed.*” (CR 2008/14, p. 20, paras. 2 and 3 (Babcock); emphasis added.)

46. In contrast, the United States claims that “*several Mexican nationals* named in *Avena* have already received review and reconsideration of their convictions and sentences” (CR 2008/15, p. 56, para. 22 (Bellinger); emphasis added). But only Osbaldo Torres is mentioned as a beneficiary of the remedy.

47. Fifty-one Mexican nationals fell within the scope of the review and reconsideration mandated in the *Avena* Judgment. At present only 50 are on the list, after the execution of José Medellín Rojas by the State of Texas on 5 August 2008 without review and reconsideration of his conviction and sentence. The case of Torres Aguilera has already been mentioned. Seven other cases have been disposed of without recourse to review and reconsideration. Rafael Camargo Ojeda, in Arkansas, under a plea agreement facilitated by *Avena*, waived his right to review and reconsideration in exchange for the reduction of his death sentence to life imprisonment. Juan Caballero Hernández, Mario Flores Urbán and Gabriel Solache Romero had their sentences commuted by the Governor of Illinois in 2003, a measure which benefited all persons on death row in that state at that time. Martin Raul Soto Fong and Osvaldo Regalado Soriano in Arizona had their sentences commuted after the United States Supreme Court declared unconstitutional the application of a death sentence to those under age at the time they committed the crime. Daniel Angel Plata Estrada in Texas had his death sentence commuted after the

V. RÉEXAMEN ET REVISION

44. On est tout à fait fondé à conclure qu'un désaccord est né, en la présente affaire, des vues diamétralement opposées du Mexique et des Etats-Unis quant à l'interprétation qu'il convient de faire de l'obligation prescrite par l'arrêt *Avena*. Ce n'est cependant pas seulement un conflit d'opinions juridiques et d'intérêts qui oppose les deux pays. Il existe un désaccord sur différents points de droit et, également, de fait.

45. A l'audience, le Mexique a rappelé que le réexamen et la revision prescrits par l'arrêt *Avena* devaient s'inscrire dans le cadre de la «procédure judiciaire». Il a indiqué que,

«depuis mars 2004, au moins trente-trois des cinquante et un ressortissants mexicains cités dans l'arrêt de la Cour ont demandé le réexamen et la revision de leur cas auprès de juridictions des Etats fédérés et de l'Etat fédéral des Etats-Unis d'Amérique.

A ce jour, *seul l'un de ces ressortissants* — M. Osbaldo Torres Aguilera — *a vu son cas réexaminé et révisé* conformément à la décision de la Cour. Il convient toutefois d'indiquer que l'Etat de l'Arkansas a accepté de commuer la peine capitale prononcée contre M. Rafael Camargo Ojeda en une peine de réclusion à perpétuité en échange de son consentement à renoncer au droit au réexamen et à la revision prévus par l'arrêt *Avena*. *Tous les autres efforts déployés aux fins de la mise en œuvre de cet arrêt ont échoué.*» (CR 2008/14, p. 20, par. 2 et 3 (Babcock); les italiques sont de moi.)

46. Les Etats-Unis soutiennent, quant à eux, que «*plusieurs ressortissants mexicains* qui sont cités [dans l'arrêt *Avena*] ont bénéficié d'un réexamen et d'une revision des verdicts de culpabilité et des peines qui avaient été prononcés à leur encontre» (CR 2008/15, p. 56, par. 22 (Bellinger); les italiques sont de moi). Or, seul M. Osbaldo Torres est mentionné.

47. Cinquante et un ressortissants mexicains étaient visés par le réexamen et la revision prescrits par l'arrêt *Avena*. A l'heure actuelle, ils ne sont plus que cinquante, M. José Medellín Rojas ayant été exécuté par l'Etat du Texas, le 5 août 2008, sans avoir bénéficié du réexamen et de la revision du verdict de culpabilité rendu et de la peine prononcée à son encontre. Le cas de M. Torres Aguilera a déjà été mentionné. Sept autres affaires ont été tranchées sans qu'il y ait eu réexamen et revision. En Arkansas, M. Rafael Camargo Ojeda a renoncé à son droit au réexamen et à la revision en échange de la commutation de la peine capitale prononcée à son encontre en une peine de réclusion à perpétuité, dans le cadre d'une composition pénale (*plea agreement*) qui a pu être conclue à la suite de l'arrêt *Avena*. Les peines de MM. Juan Caballero Hernández, Mario Flores Urbán et Gabriel Solache Romero ont été commuées par le gouverneur de l'Illinois en 2003, mesure dont ont bénéficié toutes les personnes condamnées à la peine capitale dans cet Etat à l'époque. En Arizona, les peines de MM. Martin Raul Soto Fong et Osvaldo Regalado Soriano ont été commuées après que la Cour suprême des

United States Supreme Court ruled unconstitutional the execution of a mentally retarded person (source: <http://www.internationaljusticeproject.org/nationals-Stats.com> and <http://www.deathpenaltyinfo.org/foreign-nationals-and-death-penalty-us>). It is now almost five years since the *Avena* Judgment was handed down and 42 Mexican nationals have yet to receive the relief required by it.

VI. THE OBLIGATION FALLS UPON ALL STATE AND FEDERAL AUTHORITIES

48. Mexico contends that the obligation of result falls upon all state and federal authorities and, particularly, upon the United States Supreme Court, taking into account the “judicial process” remedy mandated by *Avena*. The conclusion reached by Mexico on this matter cannot be regarded as anything else but proof of a clash of views — reflecting a disagreement with the United States on a point of law — and therefore a dispute. According to Mexico,

“the [United States Supreme] Court found that the expression of the obligation to comply in Article 94 (1) somehow *precluded the judicial branch — the authority best suited to implement the obligation imposed by Avena — from taking steps to comply*. There is nothing in the text or object and purpose of Article 94 (1) that suggests such an incongruous result. It is moreover fundamentally inconsistent with the interpretation of the *Avena* Judgment as *imposing an obligation of result incumbent on all constituent organs, including the judiciary*. Needless to say, Mexico does not agree with the Supreme Court’s interpretation.” (Submission of Mexico in Response to the Written Observations of the United States of America, 17 September 2008, p. 15, para. 53; emphasis added.)

49. Clearly, this is an issue on which Mexico has indicated “the precise point or points in dispute as to the meaning or scope of the judgment”. Mexico’s contention is that the United States Supreme Court

“does not share Mexico’s view of the *Avena* Judgment — that is, *that the operative language establishes an obligation of result reaching all organs, including the federal and state judiciaries, that must be discharged irrespective of domestic law impediments*” (*ibid.*, p. 16, para. 56; emphasis added).

Etats-Unis eut déclaré inconstitutionnelle la condamnation à la peine capitale d'une personne mineure à l'époque des faits. Au Texas, la peine capitale prononcée à l'encontre de M. Daniel Angel Plata Estrada a été commuée après que la Cour suprême des Etats-Unis eut jugé inconstitutionnelle l'exécution d'un déficient mental (source: <http://www.internationaljusticeproject.org/nationals-Stats.com> et <http://www.deathpenaltyinfo.org/foreign-nationals-and-death-penalty-us>). Cela fait déjà près de cinq ans que l'arrêt *Avena* a été rendu, et quarante-deux ressortissants mexicains n'ont toujours pas bénéficié du remède prescrit.

VI. L'OBLIGATION INCOMBE À TOUTES LES AUTORITÉS,
TANT À L'ÉCHELON DES ETATS QU'À L'ÉCHELON FÉDÉRAL

48. Le Mexique soutient que l'obligation de résultat incombe à toutes les autorités, tant à l'échelon fédéral qu'à celui des Etats, et, en particulier, à la Cour suprême des Etats-Unis puisque le remède prescrit par l'arrêt *Avena* est une «procédure judiciaire». La conclusion du Mexique à cet égard ne peut être considérée que comme la preuve d'une absolue divergence de vues — qui reflète le désaccord l'opposant aux Etats-Unis sur un point de droit — et, partant, d'une contestation. Selon le Mexique,

«la Cour suprême [des Etats-Unis] a conclu que la formulation de l'obligation de respecter les arrêts de la Cour énoncée au paragraphe 1 de l'article 94 *empêchait, d'une manière ou d'une autre, les autorités judiciaires — les autorités les mieux placées pour exécuter l'obligation imposée par l'arrêt Avena — de prendre les mesures pertinentes*. Il n'y a rien dans le libellé ou dans l'objet de cette disposition qui justifie une conclusion aussi absurde. Ce serait en outre fondamentalement incompatible avec l'interprétation de l'arrêt *Avena* selon laquelle celui-ci *impose une obligation de résultat à tous les organes constitutifs de l'Etat, y compris au pouvoir judiciaire*. Il va sans dire que le Mexique rejette l'interprétation de la Cour suprême.» (Supplément d'information du Mexique en réponse aux observations écrites des Etats-Unis d'Amérique, 17 septembre 2008, p. 15, par. 53; les italiques sont de moi.)

49. Il s'agit, à l'évidence, d'une question au sujet de laquelle le Mexique a indiqué «avec précision» «le point ou les points contestés quant au sens ou à la portée de l'arrêt». Le Mexique soutient que la Cour suprême des Etats-Unis

«ne partage pas [s]es vues ... au sujet de l'arrêt *Avena* — selon lesquelles *le dispositif de celui-ci institue une obligation de résultat visant tous les organes du gouvernement, y compris les organes judiciaires à l'échelon fédéral et au niveau des Etats, qui doit être respectée en dépit des obstacles posés par le droit interne*» (*ibid.*, p. 16, par. 56; les italiques sont de moi).

50. In the light of all these considerations, it is obvious that there is a misreading and a misinterpretation in the present Judgment of Mexico's position. The Court's mistaken assumptions are reflected in paragraph 24 of this Judgment:

“Mexico referred in particular to the actions of the United States federal Executive, claiming that certain actions reflected the United States disagreement with Mexico over the meaning or scope of the *Avena* Judgment. According to Mexico, *this difference of views manifested itself in the position taken by the United States Government in the Supreme Court . . .* Mexico maintains that the United States Government's narrow reading of the means for implementing the Judgment led to its failure to take all the steps necessary to bring about compliance by all authorities concerned with the obligation borne by the United States.” (Emphasis added.)

51. It is not Mexico's position that the failure to comply with the *Avena* obligation is attributable only to the United States federal Executive. What Mexico has argued is that the definitive determination to deny the judicial review and reconsideration mandated by *Avena* is attributable to the United States Supreme Court for having decided that: “while a treaty may constitute an international commitment, it is not domestic law unless Congress has enacted statutes implementing it”; “the *Avena* Judgment . . . is not automatically domestic law”; “*Avena* does not by itself constitute binding federal law”;

“the President's Memorandum does not independently require the States to provide review and reconsideration of the claims of the 51 Mexican nationals named in *Avena* without regard to state procedural default rules”.

52. Given these judicial determinations, there can be no doubt that the United States Supreme Court does not share the understanding that the mandate of the *Avena* Judgment is an obligation of result. The same is true of other authorities, and especially federal and state courts, as is evident from decisions adopted by such jurisdictions, including the Supreme Court of Oregon, the Texas Court of Criminal Appeals, the United States Supreme Court, state trial courts, federal district courts and the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit.

53. In paragraph 48 of the Order of 16 July 2008, indicating provisional measures, the Court stated:

“in Mexico's view, the fact that ‘[n]either the Texas executive, nor the Texas legislature, nor the federal executive, nor the federal legislature has taken any legal steps at this point that would stop th[e] execution [of Mr. Medellín] from going forward . . . reflects a dispute over the meaning and scope of [the] *Avena* [Judgment]’”.

50. Compte tenu de ce qui précède, il paraît évident que le présent arrêt fait une interprétation erronée de la position du Mexique. Cela ressort du paragraphe 24 :

«Le Mexique s'est notamment référé à la conduite de l'exécutif fédéral des Etats-Unis, affirmant que certains aspects de celle-ci reflétaient son désaccord avec les Etats-Unis sur le sens et la portée de l'arrêt *Avena*. Selon le Mexique, *cette divergence de vues s'est manifestée à travers la position adoptée par le Gouvernement des Etats-Unis devant la Cour suprême...* Le Mexique soutient que le Gouvernement des Etats-Unis, en raison de sa vision restrictive des moyens de mise en œuvre de l'arrêt, a manqué de prendre toutes les mesures nécessaires pour amener l'ensemble des autorités compétentes à respecter l'obligation incombant aux Etats-Unis.» (Les italiques sont de moi.)

51. Le Mexique ne prétend pas que le non-respect de l'obligation de se conformer à l'arrêt *Avena* serait uniquement imputable à l'exécutif fédéral des Etats-Unis. Sa thèse est que la décision finale consistant à ne pas accorder le réexamen et la révision judiciaires prescrits par l'arrêt *Avena* est imputable à la Cour suprême des Etats-Unis, laquelle a jugé que, «s'il est vrai que les traités sont des engagements de caractère international, ils n'ont pas valeur de droit interne, à moins que le Congrès n'ait promulgué des lois pour les mettre en œuvre», que «l'arrêt *Avena* ... n'a pas automatiquement valeur de droit interne», que «l'arrêt *Avena* n'a pas en soi valeur de droit fédéral ayant force obligatoire» et que

«le mémorandum présidentiel n'oblige pas de façon indépendante les Etats à procéder au réexamen et à la révision des demandes déposées par les cinquante et un ressortissants mexicains dans l'affaire *Avena*, sans tenir compte des règles de la carence procédurale applicables à leur niveau».

52. Compte tenu de ces conclusions juridiques, il ne saurait faire de doute que la Cour suprême des Etats-Unis ne souscrit pas à la thèse selon laquelle l'arrêt *Avena* prescrit une obligation de résultat. Il en va de même des autres autorités, et plus particulièrement des juridictions au niveau fédéral et à celui des Etats, ainsi que cela ressort clairement des décisions prises par celles-ci, y compris la Cour suprême de l'Oregon, la cour d'appel pénale du Texas, la Cour suprême des Etats-Unis, les tribunaux de première instance à l'échelon des Etats, les tribunaux fédéraux de district et la cour d'appel des Etats-Unis pour le cinquième circuit.

53. Au paragraphe 48 de son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 16 juillet 2008, la Cour a indiqué :

«selon le Mexique, le fait que «[n]i le pouvoir exécutif ni la législature du Texas, ni le pouvoir exécutif fédéral ni le Congrès n'ont, à ce stade, pris une quelconque mesure de nature juridique qui empêcherait l'exécution de M. Medellín ... reflète l'existence d'une contestation quant au sens et à la portée de l'arrêt *Avena*»».

Mexico reiterated this position in its further written explanations.

54. The United States however submitted in its oral pleadings that

“the United States agrees that it is responsible under international law for the actions of its political subdivisions. That is not the same, however, as saying that the views of a state court are attributed to the United States for purposes of determining whether there is a dispute between the United States and Mexico as to the meaning and scope of the *Avena* Judgment.” (CR 2008/17, p. 11, para. 13 (Bellinger).)

The question of attribution of responsibility for the conduct of State organs will be dealt with at a later stage in this opinion. But what is important at present is to observe that there is undeniably a dispute between Mexico and the United States on this point. Of course, the issue relates not only to the views of a state court, as the United States would have us believe, although those views may also have legal consequences in the implementation of the *Avena* Judgment.

55. The crux of the dispute turns on the decision of the highest federal judicial authority of the United States. The interpretation by the United States Supreme Court is conclusive as a matter of domestic law and binding on all state and federal courts and officials — including the federal Executive. Mexico rightly points out that “the views of the Supreme Court as to the scope and meaning of the United States’ treaty obligations are relevant for purposes of the objective determination of a dispute” (Submission of Mexico in Response to the Written Observations of the United States of America, 17 September 2008, p. 14, para. 51).

56. In the present Judgment, the Court states, in paragraph 38, that “it is difficult to discern, save by inference, Mexico’s position regarding the existence of a dispute as to whether the obligation of result falls on all state and federal authorities”. But it is not only by inference that the Mexican position can be discerned. As shown in the preceding paragraphs, there is a dispute: Mexico clearly argues that “each of the Federal Executive, Judiciary, and Legislature have failed to treat the *Avena* Judgment as imposing an obligation of result” (*ibid.*, p. 11, para. 40).

57. The United States disputes this contention:

“under established international law, whether Texas, or any other U.S. state, has a different interpretation of the Court’s judgment is irrelevant to the issue before the Court. Similarly irrelevant are any interpretations by officials of other entities of the federal government that are not deemed by international law to speak on behalf of

Le Mexique a réaffirmé sa position dans son supplément d'information.
54. A l'audience, les Etats-Unis ont toutefois déclaré qu'ils

«reconnais[sai]ent qu'ils [étaient] responsables en droit international des actes de leurs subdivisions politiques. Cependant, cela ne revient pas à dire que les prises de position d'une juridiction d'un Etat fédéré devraient être attribuées aux Etats-Unis afin de déterminer si une contestation oppose ce pays au Mexique au sujet du sens et de la portée de l'arrêt *Avena*.» (CR 2008/17, p. 11, par. 13 (Bellinger).)

La question de l'attribution de la responsabilité à raison du comportement des organes de l'Etat sera examinée ultérieurement dans la présente opinion. Ce qui importe, à ce stade, c'est de relever qu'il existe indéniablement une contestation entre le Mexique et les Etats-Unis sur ce point. Naturellement, cette contestation n'a pas, contrairement à ce que les Etats-Unis souhaiteraient nous faire accroire, uniquement trait aux vues exprimées par une juridiction d'un Etat fédéré, bien que ces vues puissent avoir des conséquences juridiques quant à l'exécution de l'arrêt *Avena*.

55. L'élément central de la contestation est la décision rendue par la plus haute autorité judiciaire des Etats-Unis à l'échelon fédéral. L'interprétation de la Cour suprême des Etats-Unis est définitive du point de vue du droit interne et a force obligatoire à l'égard de toutes les juridictions et autorités, tant à l'échelon des Etats fédérés qu'à l'échelon fédéral — y compris l'exécutif fédéral. Le Mexique précise à juste titre que «les vues de la Cour suprême concernant la portée et le sens des obligations conventionnelles des Etats-Unis sont pertinentes aux fins de statuer objectivement sur la question de l'existence d'une contestation» (Supplément d'information du Mexique en réponse aux observations écrites des Etats-Unis d'Amérique, 17 septembre 2008, p. 14, par. 51).

56. Au paragraphe 38 du présent arrêt, la Cour indique qu'«il est difficile de discerner, sauf par déduction, la position du Mexique quant à l'existence d'une contestation sur la question de savoir si l'obligation de résultat incombe à toutes les autorités, à l'échelon fédéral et à celui des Etats». La déduction n'est toutefois pas la seule manière de discerner la position du Mexique. Ainsi que nous l'avons démontré dans le paragraphe précédent, il existe une contestation: le Mexique affirme clairement que «ni l'exécutif fédéral, ni les autorités judiciaires, ni les autorités législatives n'ont interprété l'arrêt *Avena* comme imposant une obligation de résultat» (*ibid.*, p. 11, par. 40).

57. Les Etats-Unis contestent cette thèse:

«au regard des principes établis du droit international, le fait que le Texas, ou tout autre Etat des Etats-Unis, interprète différemment l'arrêt de la Cour n'a aucune pertinence quant à la question soumise à la Cour. Il en va de même de toutes les interprétations émanant de responsables d'autres entités du gouvernement fédéral qui ne sont

the United States.” (Written Observations of the United States of America, 29 August 2008, p. 20, para. 44.)

In this statement, it is worth noting that great care has been taken to avoid any mention of state and federal courts and, in particular, the role of the United States Supreme Court. The question is not who speaks for the United States. The question is what is the legal consequence of a decision by the United States Supreme Court interpreting a United States international obligation as not constituting binding federal law without implementing legislation.

58. In its final submissions to the Court on 17 September 2008, Mexico asked the Court to adjudge and declare

“(a) That *the correct interpretation of the obligation incumbent upon the United States under paragraph 153 (9) of the Avena Judgment is that it is an obligation of result . . .*

and that, pursuant to the interpretation of the foregoing obligation of result,

- (1) *the United States, acting through all of its competent organs and all its constituent subdivisions, including all branches of government and any official, state or federal, exercising government authority, must take all measures necessary to provide the reparation of review and reconsideration mandated by the Avena Judgment in paragraph 153 (9)” (Submission of Mexico in Response to the Written Observations of the United States of America, 17 September 2008, p. 24, para. 86; emphasis added; Judgment, paragraph 10).*

59. After a careful reading of this submission, I find it incomprehensible that the Court could conclude that

“Mexico did not specify that the obligation of the United States under the *Avena* Judgment was directly binding upon its organs, subdivisions or officials, although this might be inferred from the arguments it presented, in particular in its further written explanations.” (*Ibid.*, paragraph 41).

All the required specificity is there; there is no need to resort to inferences.

60. In its concluding remarks and submissions, Mexico indicated that it

“welcomes any good faith attempt to ensure its nationals are provided with effective review and reconsideration that is fully consistent with this Court’s mandate in the *Avena* Judgment. Nonetheless, *it is clear that constituent organs of the United States do not share Mexico’s view that the Avena Judgment imposes an obligation of*

pas, en droit international, réputés s'exprimer au nom des Etats-Unis.» (Observations écrites des Etats-Unis d'Amérique, 29 août 2008, p. 20, par. 44.)

Il convient de relever que, dans cette déclaration, les Etats-Unis ont bien veillé à ne pas mentionner les juridictions des Etats et les juridictions fédérales et, en particulier, la Cour suprême des Etats-Unis. La question n'est pas de savoir qui parle au nom des Etats-Unis. La question est de savoir quelles sont les conséquences juridiques d'une décision émanant de la Cour suprême des Etats-Unis aux termes de laquelle celle-ci dit qu'une obligation internationale incombant aux Etats-Unis n'a pas valeur de loi fédérale contraignante en l'absence de loi d'application.

58. Dans ses conclusions finales en date du 17 septembre 2008, le Mexique a prié la Cour de dire et juger :

«a) Que, selon l'interprétation de l'obligation imposée aux Etats-Unis par le point 9) du paragraphe 153 de l'arrêt *Avena*, celle-ci constitue une obligation de résultat...

et que, conformément à l'interprétation de l'obligation de résultat susmentionnée,

1) les Etats-Unis, par l'intermédiaire de tous leurs organes compétents et de toutes leurs entités constitutives, y compris toutes les branches du gouvernement et tout détenteur de l'autorité publique, à l'échelon des Etats et à l'échelon fédéral, doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour accorder la réparation que constituent le réexamen et la révision prescrits dans l'arrêt *Avena* au point 9) du paragraphe 153» (Supplément d'information du Mexique en réponse aux observations écrites des Etats-Unis d'Amérique, 17 septembre 2008, p. 24, par. 86; les italiques sont de moi; arrêt, par. 10).

59. Ayant attentivement examiné ces conclusions, je ne comprends pas comment la Cour peut conclure que

«[l]e Mexique n'a pas précisé que l'obligation imposée par l'arrêt *Avena* aux Etats-Unis liait directement les organes, entités ou autorités de ce pays, même si cela pourrait être déduit des arguments qu'il a présentés, notamment dans son supplément d'information» (*ibid.*, par. 41).

Toutes les précisions nécessaires figurent dans cette demande; point n'est besoin de procéder par déduction.

60. Dans ses observations finales et conclusions, le Mexique a indiqué qu'il

«accueill[ait] avec satisfaction tout effort déployé de bonne foi en vue d'assurer que ses ressortissants bénéficient d'un réexamen et d'une révision effectifs pleinement conformes aux prescriptions de la Cour dans l'arrêt *Avena*. Il est clair toutefois que les entités constitutives des Etats-Unis ne partagent pas le point de vue du Mexique

result. It is thus clearly established that *there is a dispute between the United States and Mexico* as to the meaning and scope of paragraph 153 (9) of said Judgment.” (CR 2008/16, p. 21, para. 2 (Lomónaco); emphasis added.)

Contrary to what is stated in paragraph 41 of this Judgment, I do not believe that it can be argued that “Mexico has not established the existence of any dispute between itself and the United States”. It is not sufficient to find that the United States claims there is no dispute. The positions and actions taken by various United States federal and state authorities, particularly the federal judiciary, prove otherwise.

VII. STATE RESPONSIBILITY

61. In 1999 the Court decided that the international responsibility of a State was engaged by the actions of the competent organs and authorities of that State, whatever they may be. Thus in the *LaGrand* case, when the Court ordered the provisional measures to be taken by the United States, it concluded that

“Whereas the international responsibility of a State *is engaged by the action of the competent organs and authorities acting in that State*, whatever they may be; whereas the United States should take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand is not executed pending the final decision in these proceedings; whereas, according to the information available to the Court, implementation of the measures indicated in the present Order *falls within the jurisdiction of the Governor of Arizona*; whereas the *Government of the United States is consequently under the obligation to transmit the present Order to the said Governor*; whereas the *Governor of Arizona is under the obligation to act in conformity with the international undertakings of the United States*” (*LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 16, para. 28; emphasis added).

62. It is crystal clear in its final submissions (see paragraph 10 of the Judgment) that Mexico has taken into account the language used by the Court in the *LaGrand* Order, even employing the same terminology. Mexico asserts that there is an *obligation of result* incumbent upon the United States under the *Avena* Judgment. The international responsibility of the United States is “engaged *by the actions of its competent organs and authorities*”. Thus,

“the United States, *acting through all of its competent organs and all its constituent subdivisions*, including all branches of government and any official, state or federal, exercising government authority,

selon lequel l'arrêt Avena impose une obligation de résultat. Il est donc clairement établi qu'il existe une contestation entre les Etats-Unis et le Mexique sur le sens et la portée du point 9) du paragraphe 153 dudit arrêt.» (CR 2008/16, p. 21, par. 2 (Lomónaco); les italiques sont de moi.)

Contrairement à ce qui est indiqué au paragraphe 41 du présent arrêt, je ne pense pas que l'on puisse soutenir que «le Mexique n'a établi l'existence d'aucune contestation l'opposant aux Etats-Unis». On ne saurait se contenter de l'affirmation des Etats-Unis selon laquelle il n'existe aucune contestation. Les positions et actions de différentes autorités américaines, tant à l'échelon fédéral qu'à celui des Etats — particulièrement le pouvoir judiciaire fédéral —, attestent le contraire.

VII. RESPONSABILITÉ DE L'ETAT

61. En 1999, la Cour a jugé que la responsabilité internationale d'un Etat était engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet Etat, quels qu'ils soient. En l'affaire *LaGrand*, elle a ainsi conclu, lorsqu'elle a indiqué les mesures conservatoires devant être prises par les Etats-Unis :

«Considérant que la responsabilité internationale d'un Etat *est engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet Etat*, quels qu'ils soient; que les Etats-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura pas été rendue; que, selon les informations dont dispose la Cour, la mise en œuvre des mesures indiquées dans la présente ordonnance *relève de la compétence du gouverneur de l'Etat d'Arizona*; que le Gouvernement des Etats-Unis est par suite dans l'obligation de transmettre la présente ordonnance audit gouverneur; et que le gouverneur de l'Arizona est dans l'obligation d'agir conformément aux engagements internationaux des Etats-Unis.» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 16, par. 28; les italiques sont de moi.)

62. Il ressort très clairement des conclusions finales du Mexique (voir le paragraphe 10 de l'arrêt) que celui-ci a tenu compte des termes employés par la Cour dans l'ordonnance *LaGrand*, et qu'il les a même repris. Le Mexique soutient qu'une obligation de résultat incombe aux Etats-Unis en vertu de l'arrêt *Avena*. La responsabilité internationale des Etats-Unis est «engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet Etat». Dès lors,

«les Etats-Unis, par l'intermédiaire de tous leurs organes compétents et de toutes leurs entités constitutives, y compris toutes les branches du gouvernement et tout détenteur de l'autorité publique, à l'échelon

must take all measures necessary to provide the reparation of review and reconsideration mandated by the *Avena* Judgment in paragraph 153 (9)” (emphasis added).

63. Article 4 of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility provides:

“1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization, and whatever its character as an organ of the central government or of the territorial unit of the State.” (Report of the International Law Commission, Fifty-third Session, *General Assembly Official Records*, Supplement No. 10 (A/56/10).)

64. In its Commentary to Article 4, the International Law Commission holds that the “reference to a ‘State organ’ covers all the individual and collective entities which make up the organization of the State and *act on its behalf*”. It adds that “the State is responsible for the conduct of its own organs, *acting in that capacity*”, something that has long been recognized in international judicial decisions. The Commission also points out that

“the reference to a State organ in Article 4 is intended in the most general sense. *It is not limited* to the organs of the central government, to officials at a high level or *to persons with responsibility for the external relations of the State*. *It extends to organs of government of whatever kind or classification*, exercising whatever functions, and at whatever level in the hierarchy, including those at provincial or even local level.” (International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries Ch. II, Art. 4, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two; emphasis added.)

65. It is obvious that Mexico’s final submission, in keeping with the *LaGrand* Order and with what is indicated in the Articles on State Responsibility, asserts that there is an obligation of result falling upon the United States and its competent organs and constituent subdivisions. These must be understood to include *inter alia* the State of Texas, the Supreme Court of the State of Oregon, the United States federal courts, the United States Government, and the United States Supreme Court. Clearly, the wrongful conduct must be attributed to the United States, as a political entity under international law, a political entity that must necessarily act through its competent organs, its constituent subdivisions and all officials exercising government authority.

des Etats et à l'échelon fédéral, *doivent* prendre toutes les mesures nécessaires pour accorder la réparation que constituent le réexamen et la revision prescrits dans l'arrêt *Avena* au point 9) du paragraphe 153» (les italiques sont de moi).

63. L'article 4 des articles de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat dispose que :

«1. Le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'Etat, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'Etat.» (Nations Unies, Rapport de la Commission du droit international, cinquante-troisième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, supplément n° 10 (A56/10).)

64. Dans son commentaire de l'article 4, la Commission du droit international précise que «[l']expression «organe de l'Etat» s'entend de toutes les personnes ou entités qui entrent dans l'organisation de l'Etat *et agissent en son nom*». Elle ajoute que «l'Etat est responsable du comportement de ses organes, *agissant en cette qualité*», principe affirmé de longue date dans les décisions des juridictions internationales. La Commission précise également que

«[l']expression «un organe de l'Etat» utilisée à l'article 4 doit s'entendre dans son acception la plus large. *Elle ne se limite pas* aux organes du gouvernement central, aux hauts responsables ou *aux personnes chargées des relations extérieures de l'Etat*. *Elle recouvre les organes publics de quelque nature et de quelque catégorie que ce soit*, remplissant quelque fonction que ce soit et à quelque niveau que ce soit, y compris au niveau régional, voire local.» (Commission du droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites, Commentaires, chap. II, art. 4, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie; les italiques sont de moi.)

65. Il est clair que dans ses conclusions finales, qui sont conformes à l'ordonnance *LaGrand* et à ce qui est dit dans les articles sur la responsabilité de l'Etat, le Mexique affirme qu'une obligation de résultat incombe aux Etats-Unis et à leurs organes compétents ainsi qu'à leurs entités constitutives. Ces entités doivent être comprises comme incluant, notamment, l'Etat du Texas, la Cour suprême de l'Etat de l'Oregon, les juridictions fédérales des Etats-Unis, le Gouvernement des Etats-Unis et la Cour suprême des Etats-Unis. A l'évidence, le comportement illicite doit être attribué aux Etats-Unis, en tant qu'entité politique en vertu du droit international, entité politique qui doit nécessairement agir par l'intermédiaire de ses organes compétents, de ses entités constitutives et de toutes les personnes exerçant l'autorité gouvernementale.

66. When these considerations are kept in mind, it is extremely difficult to understand the scope of paragraph 41 of this Judgment. The Court contends that it could be argued that Mexico's final submission

“does not say that there is an obligation of result falling upon the various competent organs, constituent subdivisions and public authorities, but only that the United States will act through these in itself fulfilling the obligations incumbent on it under paragraph 153 (9)”.

Contrary to what the Court states, a reading of Mexico's final submissions shows that it asserts that there is an obligation of result, in Mexico's interpretation, and that pursuant to such obligation the United States, acting through any and all organs of the State, must take all necessary measures to provide the *Avena* remedy.

VIII. CONCLUSION

67. I have done my utmost to demonstrate in this dissenting opinion that there is a dispute between Mexico and the United States, a dispute which is ongoing. In my view, a dispute exists as to the meaning or scope of the *Avena* Judgment, in the sense of Article 60 of the Statute of the Court, since it is clear that Mexico and the United States have fundamentally different views on the interpretation of the obligation imposed by the *Avena* Judgment. But it is my understanding that it is not only a dispute/*contestation/desacuerdo* under Article 60. There is also a dispute in the sense of Article 38, paragraph 1, since there is a disagreement on several points of law and on the facts. I am convinced that there is a conflict of legal views and of interests between Mexico and the United States on the substance of the obligations incumbent upon the United States under the *Avena* Judgment.

68. Had it interpreted the scope and meaning of the *Avena* Judgment, the Court could have made an invaluable contribution to the settlement of a dispute which runs the risk of self-perpetuation. The Court had at its disposal all the necessary elements to identify the precise point or points in dispute as to the meaning or scope of the *Avena* Judgment. It decided otherwise and the consequence is that the international legal order has been deprived of an enlightened construction of its fundamental rules and principles and, equally important, guidance in enforcing them.

(Signed) Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR.

66. Compte tenu de ce qui précède, il est extrêmement difficile de comprendre la portée du paragraphe 41 du présent arrêt. La Cour estime que l'on pourrait soutenir que la demande du Mexique

«ne signifie pas qu'il y ait une obligation de résultat incombant aux divers organes compétents, entités constitutives et détenteurs de l'autorité publique, mais uniquement que les Etats-Unis devront agir par l'intermédiaire de ceux-ci pour s'acquitter des obligations qui sont les leurs en vertu du point 9) du paragraphe 153».

Contrairement à ce que la Cour affirme, il ressort du libellé des conclusions finales du Mexique que celui-ci soutient qu'il existe une obligation de résultat et que, conformément à cette obligation, les Etats-Unis doivent prendre, par l'intermédiaire de l'un quelconque des organes de l'Etat, toutes les mesures nécessaires pour accorder la réparation prescrite dans l'arrêt *Avena*.

VIII. CONCLUSION

67. Dans la présente opinion dissidente, je me suis efforcé de démontrer qu'un désaccord oppose le Mexique et les Etats-Unis, désaccord qui perdure. Il existe, selon moi, une contestation aux termes de l'article 60 du Statut de la Cour quant au sens et à la portée de l'arrêt *Avena*, puisqu'il apparaît clairement que le Mexique et les Etats-Unis ont des vues radicalement différentes quant à l'interprétation de l'obligation énoncée par l'arrêt *Avena*. Selon moi, il ne s'agit cependant pas uniquement d'une contestation/*dispute/desacuerdo* au sens de l'article 60. Il existe également un différend au sens du paragraphe 1 de l'article 38, puisqu'il y a désaccord sur divers points de droit et de fait. Je suis convaincu qu'un conflit d'opinions juridiques et d'intérêts oppose le Mexique et les Etats-Unis sur la nature des obligations incombant à ces derniers en vertu de l'arrêt *Avena*.

68. Si la Cour avait interprété la portée et le sens de l'arrêt *Avena*, elle aurait pu apporter une contribution inestimable au règlement d'un litige qui risque de se perpétuer. Elle disposait de tous les éléments nécessaires pour déterminer le point ou les points précis faisant l'objet d'une contestation quant au sens et à la portée de l'arrêt *Avena*. Elle en a décidé autrement, et l'ordre juridique international se voit donc privé d'une interprétation éclairée de ses règles et principes fondamentaux et — ce qui est tout aussi important — de lignes directrices pour les appliquer.

(Signé) Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR.