

Avena ou le système juridique fédéral américain à l'épreuve

Willem van Genugten *

Introduction : *Avena* 2004

En janvier 2003, le Mexique a introduit une instance devant la Cour internationale de Justice (CIJ) en raison de violations de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 qui auraient été commises par les États-Unis¹. Selon la requête introductive d'instance, les États-Unis auraient violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique lors de l'arrestation et de la condamnation de 52 ressortissants mexicains,

« agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet État d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants par le fait qu'ils n'ont pas informé, sans retard, les cinquante-deux ressortissants mexicains après leur arrestation du droit à la notification et à l'accès aux autorités consulaires qui était le leur en vertu de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, qu'ils ont privé le Mexique de son droit d'accorder sa protection consulaire et privé les cinquante-deux ressortissants mexicains de leur droit de bénéficier de la protection que le Mexique leur aurait accordée conformément aux alinéas *a*) et *c*) du paragraphe I de l'article 36 de la convention ; »²

En février 2003, la CIJ a rendu une ordonnance en indication de mesures conservatoires affirmant que les États-Unis « prendront toute mesure pour que ... [les trois mexicains dont les affaires de condamnation à mort sont les plus urgentes] ne soient pas exécutés tant que l'arrêt définitif en la présente instance n'aura pas été rendu »³. Dans son arrêt de mars 2004, la CIJ a ensuite conclu que les États-Unis avaient violé plusieurs articles de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Elle a aussi conclu que :

« pour fournir la réparation appropriée en l'espèce, les États-Unis d'Amérique sont tenus d'assurer, *par les moyens de leur choix*, le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées contre les ressortissants mexicains visés [...] ».⁴

* Professeur de droit international à l'université de Tilburg. Traduit de l'anglais par Vincent Pouliot.

¹ Affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis), Cour internationale de Justice. Voir documents sur : [Affaire Avena](#) (Portail judiciaire de la Haye).

² *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis), arrêt, 31 mars 2004, C.I.J. Recueil 2004, p.12 (ci-après, arrêt du 31 mars 2004), para. 14 (1).

³ *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis), mesures conservatoires, ordonnance du 5 février 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 77 (ci-après, ordonnance du 5 février 2003), para. 59 I. (a).

⁴ Arrêt du 31 mars 2004, para. 153 (9), emphase ajoutée.

Selon l'arrêt, la cour reconnaît, comme elle l'avait déjà fait dans l'affaire *LaGrand*, « qu'il fallait laisser aux États-Unis le soin de décider au premier chef des modalités concrètes de ce réexamen et de cette révision »⁵. Toutefois, l'arrêt stipule aussi que cette liberté quant au choix des moyens de révision n'est pas sans restriction. En effet, la cour a décidé que cela doit se faire « en tenant compte de la violation des droits » contenus dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

La cour indique également de manière très claire, dans son arrêt de 2004, que « ce ne sont pas les verdicts de culpabilité rendus et les peines prononcées à l'encontre des ressortissants mexicains qui doivent être considérés comme une violation du droit international, mais uniquement certains manquements à des obligations conventionnelles qui les ont précédés »⁶. Formulé autrement, il n'est pas du ressort de la CIJ de décider si les États-Unis ont ou non le droit de faire usage de la peine de mort. À cet égard, il est intéressant de noter que le Mexique a soutenu, entre autres, que le droit à la notification et à la communication consulaires prévu par la convention de Vienne est un droit de l'homme si fondamental que sa violation a *ipso facto* pour effet de vicier l'ensemble de la procédure pénale conduite en contravention dudit droit. La CIJ observe qu'il ne lui est pas « nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si le droit en cause est ou non un droit de l'homme »⁷. On peut imaginer qu'en 2004 les autorités mexicaines étaient à la fois ravies – victoire ! – et déçues – l'arrêt ne va pas assez loin !

Étapes suivantes de la CIJ en 2008

Ce n'est qu'en 2008 que le Mexique a de nouveau porté l'affaire devant la CIJ en déposant une demande en interprétation de l'arrêt de mars 2004 ainsi qu'une demande en indication de mesures conservatoires. Dans cette dernière demande, il est indiqué que la date d'exécution d'un ressortissant mexicain était fixée et que quatre autres ressortissants mexicains « courent le risque imminent de voir eux aussi la date de leur exécution fixée par l'État du Texas »⁸. Dans sa demande en interprétation du 5 juin 2008, le Mexique sollicite l'avis de la cour quant à la portée et au sens des obligations répressives incombant aux États-Unis⁹. Il demande spécifiquement à la cour de clarifier le fait que l'obligation essentielle établie par l'arrêt en l'affaire *Avena* est une *obligation de résultat* et non pas seulement une *obligation de moyens*, comme le prétendent les États-Unis selon le Mexique.

⁵ Arrêt du 31 mars 2004, para 131.

⁶ *Ibid*, para 123.

⁷ *Ibid*, para 124.

⁸ *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis), mesures conservatoires, ordonnance du 16 juillet 2008 (ci-après, ordonnance du 16 juillet 2008), para. 6. Disponible sur : <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/9/519.TD1GUg.html>

⁹ *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis d'Amérique), requête introductive d'instance, 5 juin 2008, (ci-après, requête du 5 juin 2008), préambule. Uniquement disponible en anglais sur : <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/9/508.html>

Au moment où ce commentaire a été écrit (octobre 2008), la cour étudiait le fond de l'affaire. Cependant, avant que cette étape ne soit achevée, elle a dû se prononcer sur une demande en indication de mesures conservatoires demandant à ce qu'aucune exécution n'ait lieu tant que la CIJ n'aura pas rendu son arrêt sur le fond. Le 16 juillet, celle-ci rendait sa décision sur cette demande. Dans l'ordonnance en indication de mesures conservatoires, la cour traite, entre autres, de l'argument relatif à l'« obligation de résultat » et à l'« obligation de moyens ». Sur ce point, elle conclut que :

« s'il semble que les deux Parties voient dans [...] l'arrêt *Avena* une *obligation internationale de résultat*, elles n'en paraissent pas moins diverger d'opinion quant 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 États-Unis, à l'échelon fédéral et à celui des États, et si cette obligation s'impose à ces autorités.* »¹⁰

En d'autres termes, l'« obligation de résultat » existe, mais à qui s'applique-t-elle étant donnée la structure des États-Unis et la division de l'autorité publique et des pouvoirs législatifs entre le gouvernement fédéral et les différents États ? Sur cette question, la cour observe que :

« les États-Unis ont admis “qu'ils [étaient] responsables en droit international des actes de leurs entités politiques”, notamment “des autorités fédérales, des autorités des États 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* »¹¹.

La cour a également observé qu'« en particulier, l'agent des États-Unis a reconnu devant la cour que “les États-Unis seraient incontestablement responsables, en application du principe de l'engagement de la responsabilité de l'État, à raison de faits internationalement illicites commis par les autorités d'États [fédérés]” »¹².

Après avoir rappelé l'affirmation du Mexique selon laquelle « l'urgence de l'indication de mesures conservatoires ne saurait non plus faire de doute »¹³, la Cour arrive à la conclusion que :

« les États-Unis d'Amérique prendront toutes les mesures nécessaires pour que [les cinq ressortissants mexicains] ne soient pas exécutés tant que n'aura pas été rendu l'arrêt sur la demande en interprétation présentée par les États-Unis du Mexique, à moins et jusqu'à ce que ces cinq ressortissants mexicains aient bénéficié du réexamen et de la révision prévus [dans] l'arrêt [...] *Avena*. »¹⁴

Jusqu'ici tout va bien. Il est cependant surprenant de constater que cette ordonnance n'a été rendue qu'avec une majorité de sept juges contre cinq. Quels furent les arguments contre ? Ce n'est pas une surprise de voir que les principaux arguments étaient traités dans l'opinion dissidente du juge américain, M. Buergenthal. Selon lui, il n'y a pas de désaccord sur la question

¹⁰ Ordonnance du 16 juillet 2008, para. 55. Emphase ajoutée.

¹¹ *Ibid*, para. 77.

¹² *Ibid*.

¹³ *Ibid*, para. 21.

¹⁴ *Ibid*, para. 80 II (a).

de savoir si l'arrêt *Avena* renvoyait ou non à une obligation de résultat. Le juge était plutôt concerné par le point central qui était que « le Mexique n'a pas produit la moindre preuve à l'appui de son affirmation selon laquelle les Parties seraient en désaccord quant au sens et à la portée de ce paragraphe [153 (9)] de l'arrêt *Avena*¹⁵. M. Buergenthal poursuit en affirmant qu'en l'espèce, une des Parties fait une demande relative à un différent dont l'existence n'est soutenue devant la cour par aucun élément de preuve pertinent¹⁶. De plus, le juge américain affirme que l'ordonnance n'ajoute rien aux obligations qui continuent d'incomber aux États-Unis en vertu [...] de l'arrêt *Avena*, « à savoir de ne pas exécuter l'un quelconque des ressortissants mexicains concernés tant qu'il n'aura pas bénéficié du réexamen et de la révision prescrits par cet arrêt »¹⁷. Trois autres juges (MM. Owada, Tomka et Keith) exprimèrent leur vif regret de ne pouvoir souscrire à l'ordonnance rendue par la cour, avançant que « les considérations humanitaires sur lesquelles repose peut-être cette décision ne sauraient prévaloir sur le respect des dispositions du statut de la cour »¹⁸. De leur point de vue, le Mexique n'a pas établi qu'une contestation l'oppose aux États-Unis sur le sens et la portée de l'arrêt *Avena* de 2004. Par conséquent, la demande en interprétation devrait être rejetée et la demande en indication de mesures conservatoires devrait également être rejetée puisqu'elle ne se rattache à aucune procédure pendante. Enfin, d'après le juge Skotnikov, qui a émis une opinion dissidente, la cour a fait fausse route. D'après lui, l'arrêt *Avena* est limpide et la véritable question n'est pas celle de son interprétation, mais simplement de son exécution.

Pendant ce temps, aux États-Unis

Pendant que nous attendons l'arrêt de la CIJ sur la demande en interprétation, il est intéressant de voir comment les États-Unis ont réagi à l'arrêt de 2004 sur le plan interne. On pourrait dire qu'il y a eu deux éléments importants. Le premier est la publication d'un mémorandum sur la question par le président Bush, qui soutient la CIJ ; le second, un arrêt de la Cour suprême américaine qui fait exactement le contraire.

Le mémorandum présidentiel

Le *premier*, le mémorandum de 2005 du président George W. Bush au ministre américain de la justice, indique que les États-Unis se conformeront à leurs obligations internationales suite à l'arrêt de la CIJ, en faisant en sorte que les cours des États *mettent en œuvre* la décision conformément aux principes généraux de courtoisie¹⁹. Cette déclaration a abouti à un grand débat

¹⁵ Résumé de l'ordonnance du 16 juillet 2008, opinion dissidente de M. le juge Buergenthal, para. 4. Voir supra note 4 sur le para. 153 (9) de l'arrêt du 31 juillet 2004.

¹⁶ Ordonnance du 16 juillet 2008, opinion dissidente de M. le juge Buergenthal, para 25.

¹⁷ Résumé de l'ordonnance du 16 juillet 2008, opinion dissidente de M. le juge Buergenthal, para. 4.

¹⁸ Ordonnance du 16 juillet 2008, opinion dissidente de MM. les juges Owada, Tomka et Keith annexée au résumé de l'ordonnance du 16 juillet 2008, para 1.

¹⁹ « by having State courts *give effect* to the decision in accordance with general principles of comity », Memorandum « Compliance with the Decision of the International Court of Justice in *Avena* », dated February 28, 2005, *International legal materials*, N° 4, 2005 , p. 964-965. Emphase ajoutée.

sur la question de savoir si le mémorandum présidentiel devait être lu comme un ordre ou une demande²⁰.

L'arrêt de la Cour suprême américaine

Le *second* est un arrêt de la Cour suprême de mars 2008, dans l'affaire *Medellín v. Texas*. Medellín, le ressortissant mexicain dont la date d'exécution avait été fixée, faisait valoir que le mémorandum du président était une application légitime de son pouvoir exécutif. La Cour suprême a jugé le contraire :

« While a treaty may constitute an international commitment, it is not binding domestic law unless Congress has enacted statutes implementing it or the treaty itself conveys an intention that it be 'self-executing' and is ratified on that basis. [...] The President's authority to act, as with the exercise of any governmental power, 'must stem either from an act of Congress or from the Constitution itself »²¹

Plus parlant encore, la Cour suprême a jugé que les pouvoirs du président l'autorisent à « exécuter les lois, non à les créer »²². La Cour suprême en est donc arrivée à la conclusion que l'arrêt *Avena* ne relève pas du droit national et qu'en conséquence, le président ne peut s'appuyer sur son pouvoir exécutif en l'espèce. L'arrêt de la cour pénale d'appel du Texas a donc été confirmé²³.

L'opinion dissidente du juge Breyer

C'est à n'en pas douter un raisonnement compréhensible et défendable. Quoi qu'il en soit, la vérité est au fond d'un puits. Qu'en est-il donc de l'opinion dissidente exprimée par le juge Breyer, rejointe par les juges Souter et Ginsburg ? Ils soutiennent que la clause de primauté (*supremacy clause*) de la constitution américaine prévoit que les traités conclus sous l'autorité des États-Unis sont la loi suprême du pays et s'imposent donc aux juges dans chaque État²⁴. Cette clause signifie, selon l'opinion dissidente, que les tribunaux doivent considérer un traité comme l'équivalent d'un acte législatif dès lors qu'il s'applique par lui-même sans le concours d'une disposition législative²⁵. Ayant formulé la question de cette manière, le juge Breyer

²⁰ Voir Jordan J. Paust, « Medellín, Avena, the Supremacy of Treaties, and Relevant Executive Authority », *Suffolk Transnational Law Review*, Vol. 31, nr. 2, 2008, p. 301-333. Cet article contient de nombreuses références bibliographiques.

²¹ US Supreme Court Decision, *Medellín v. Texas*, 25 mars 2008, para 1 (a). [Lire le document en anglais](#). Traduction non-officielle : si un traité peut constituer un engagement international, il ne s'impose aux tribunaux nationaux que si le Congrès en a édicté les décrets d'application ou si ce traité lui-même sous-entend qu'il soit auto-exécutoire et qu'il est ratifié sur cette base. [...] L'autorité du président pour agir, comme pour l'exercice de tout pouvoir gouvernemental, doit découler, soit d'un acte du Congrès, soit de la constitution elle-même.

²² *Ibid*, para 3.

²³ *Ibid*.

²⁴ « all Treaties [...] which shall be made [...] under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby », US Supreme Court Decision, *Medellín v. Texas*, 25 mars 2008, Dissenting opinion Justice Breyer, p. 1. [Lire le document en anglais](#).

²⁵ « whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision », *Ibid*.

développe un argument intéressant : dans son mémorandum, le président Bush avait établi que les tribunaux nationaux devaient appliquer l'arrêt *Avena* et que le Congrès n'avait rien fait pour suggérer le contraire²⁶. Dans ce contexte, le juge Breyer continue en affirmant qu'il est convaincu que les obligations découlant du traité, et donc l'arrêt, qui repose sur la reconnaissance par les États-Unis de la compétence de la CIJ, s'imposent aux tribunaux au même titre que le ferait un acte législatif fédéral²⁷. Cette « conviction » est suivie d'une série d'arguments qui sort du champ de ce commentaire. Laissez-moi en sélectionner les plus pertinents, qui donnent également aux juristes internationaux une vision claire du débat :

- Le différend émerge au point d'achoppement entre un droit individuel et des règles ordinaires de procédure pénale. Cependant, M. Breyer observe que la Cour suprême a jugé que des clauses contenues dans des traités et portant sur des questions procédurales similaires étaient directement applicables. De plus, le vocabulaire prudent de la convention de Vienne est, d'après le juge de la Cour suprême, clair. Pour ces raisons, il n'est pas surprenant que, lorsque le Congrès a ratifié la convention, le Département d'État a rapporté qu'elle était considérée comme entièrement auto-exécutoire et qu'elle ne nécessitait aucune législation pour permettre sa mise en œuvre²⁸.
- La logique suggère qu'une clause contenue dans un traité, qui prévoit des jugements « définitifs » et « contraignants » pour « résoudre » un différend relatif au traité, est auto-exécutoire dans la mesure où ce jugement porte sur le sens d'une clause sous-jacente qui est elle-même auto-exécutoire. De plus, quel sens cela aurait-il (1) de faire une promesse auto-exécutoire, (2) de promettre d'accepter comme définitif un arrêt de la CIJ portant sur l'interprétation de cette promesse auto-exécutoire et pourtant (3) d'insister pour que cet arrêt ne soit pas auto-exécutoire (c'est-à-dire que le Congrès devrait ratifier un décret d'application spécifique)²⁹ ?
- Pour le juge Breyer, l'approche très différente de la majorité a des implications pratiques particulièrement néfastes. Les États-Unis sont partie à au moins 70 traités qui contiennent des clauses prévoyant la résolution des différends devant la CIJ qui sont similaires au protocole en l'espèce, et nombre de ces traités contiennent des clauses similaires à celles que la Cour suprême avait précédemment jugées auto-exécutoires (des clauses qui concernent, par exemple, le droit de propriété, le droit commercial et contractuel, les

²⁶ « President Bush has determined that domestic courts should enforce... [*Avena*] ... and that [...] Congress has done nothing to suggest the contrary », *Ibid*, p. 2

²⁷ « I believe the treaty obligations, and hence the judgment, resting as it does upon the consent of the United States to the ICJ's jurisdiction, bind the courts no less than would "an act of the [federal] legislature" », *Ibid*.

²⁸ « it is consequently not surprising that, when Congress ratified the Convention, the State Department reported that the "Convention is considered entirely self-executive and does not require any implementing or complementing legislation" », *Ibid*, p. 20.

²⁹ « (...) logic suggests that a treaty provision providing "final" and "binding" judgments that "settle" treaty-based disputes is self-executing insofar as the judgment in question concerns the meaning of an underlying treaty provision that is itself self-executing » et : « What sense would it make (1) to make a self-executing promise and (2) to promise to accept as final an ICJ judgment interpreting that self-executing promise, yet (3) to insist that the judgment itself is not self-executing (*i.e.*, that Congress must enact specific legislation to enforce it)? », *Ibid*, pp. 20-21.

marques déposées, la responsabilité civile, les droits des diplomates étrangers, l'imposition, la compétence des tribunaux nationaux, etc.)³⁰.

- Pour le juge Breyer, reconnaître les obligations des États-Unis découlant d'un traité comme étant auto-exécutoires, comme cela a été le cas dans l'arrêt de la CIJ (et par conséquent reconnaître que cet arrêt est directement applicable) ne menace pas de créer un conflit constitutionnel avec les autres branches, n'impose pas de s'engager dans des activités non judiciaires et ne requiert pas la création d'un nouveau droit à faire valoir. La seule question concerne l'application de l'arrêt de la CIJ en tant que droit contraignant applicable aux parties à une procédure pénale particulière que le droit texan crée indépendamment du traité. Il répète que la question devant les juges de la Cour suprême n'impliquait pas la création d'un droit individuel à faire valoir³¹.

Tout cela (et plus encore) amène le juge Breyer à la conclusion que les obligations des États-Unis suite à l'arrêt *Avena* sont directement applicables devant les tribunaux sans intervention supplémentaire du Congrès autre que la ratification par le Sénat des traités pertinents³². D'après lui, la majorité arrive à une conclusion différente parce qu'elle traite du mauvais sujet (l'expression textuelle explicite de l'auto-exécution) en utilisant les mauvais standards (la clarté) au mauvais endroit (dans le langage des traités)³³. Pour le juge Breyer, en faisant cela, la majorité de la Cour suprême menace de priver des individus, notamment des hommes d'affaire, des propriétaires, des bénéficiaires d'un testament, du personnel consulaire et d'autres, de procédures efficaces de règlement des différends que de nombreux traités, notamment des traités de nature commerciale, garantissent³⁴. Il est intéressant de noter qu'il ne joue *pas* la carte des droits de l'homme comme *lex specialis* etc., mais au contraire, il lie l'affaire présente (qui est au moins *en rapport* avec la question des droits de l'homme) à des affaires appartenant au domaine économique ou commercial. Je vois la pertinence et l'exactitude de l'argumentation centrale de la majorité, mais personnellement, je préfère la voie prise par le juge Breyer dans son opinion dissidente. Il ne reste qu'à attendre la réaction de la CIJ.

³⁰ « (...) the majority's very different approach has seriously negative practical implications. The United States has entered into at least 70 treaties that contain provisions for ICJ dispute settlement similar to (...) the Protocol before us » ; « many of these treaties contain provisions similar to those this Court has previously found self-executing – provisions that involve, for example, property rights, contract and commercial rights, trademarks, civil liability for personal injury, rights of foreign diplomats, taxation, domestic-court jurisdiction, and so forth », *Ibid*, pp. 23-24.

³¹ « (...) to find the United States' treaty obligations self-executing as applied to the ICJ judgment (and consequently to find that judgment enforceable) does not threaten constitutional conflict with other branches; it does not require us to engage in non judicial activity; and it does not require us to create a new cause of action. The only question before us concerns the application of the ICJ judgment as binding law applicable to the parties in a particular criminal proceeding that Texas law creates independently of the treaty. I repeat that the question before us does not involve the creation of a private right of action (and the majority's reliance on authority regarding such a circumstance is misplaced) », *Ibid*, pp. 25-26.

³² « without further congressional action beyond Senate ratification of the relevant treaties », *Ibid*, p. 26.

³³ « because it looks for the wrong thing (explicit textual expression about self-execution) using the wrong standard (clarity) in the wrong place (the treaty language) », *Ibid*.

³⁴ « threatens to deprive individuals, including businesses, property owners, testamentary beneficiaries, consular officials, and others, of the workable dispute resolution procedures that many treaties, including commercially oriented treaties, provide. » *Ibid*.

Le sort de José Ernesto Medellín Rojas

José Ernesto Medellín Rojas a été exécuté le 5 août 2008, comme prévu. Les autorités texanes ont eu le sentiment qu'elles pouvaient ignorer l'ordonnance de la CIJ, soutenues en cela par la Cour suprême et contrariées par l'administration fédérale américaine. L'affaire Medellín a soulevé un grand nombre de questions passionnantes sur la relation entre droit international et droit américain et sur la manière dont le président américain et le Cour suprême sont en désaccord sur un certain nombre de questions juridiques. Il est extrêmement regrettable, cependant, que cela n'ait pas permis de lui sauver la vie. Au minimum, la Cour suprême et les autorités du Texas auraient pu trouver un moyen de reporter l'exécution jusqu'à ce que la CIJ se prononce sur le fond.