

## SEPARATE OPINION OF JUDGE AD HOC SEPÚLVEDA

*Third case before the Court claiming breaches in the application and interpretation of Vienna Convention on Consular Relations — Basic agreement with the findings of the Court, but reservations about certain conclusions — Untimely objections on jurisdiction and admissibility — Restricted interpretation of the responsibility of States*

*The right to diplomatic protection of nationals — The nature of the obligations incumbent upon the United States and to whom are these obligations owed — The institution of diplomatic protection and the institution of consular assistance*

*The recognition of the existence of individual rights in the Vienna Convention — The local remedies rule, the doctrine of procedural default and the denial of justice — The “futility” principle — Clemency is not a judicial remedy and thus is not a remedy to be exhausted — Severe restrictions on review and reconsideration because of the procedural default rule — Post-LaGrand experience shows remote possibilities of meaningful and effective review and reconsideration*

*Unfounded interpretation of the right of consular officers to arrange legal representation — The Miranda warning, fundamental due process rights and Article 36*

*The nature of the reparation claimed — Meaning of review and reconsideration of convictions and sentences — Lack of effectiveness — Legal basis to declare the cessation of breaches of Article 36 — Previous cases decided by the Court — Insufficient development of the law of State responsibility*

1. The present case constitutes a third attempt by the International Court of Justice to resolve issues related to the interpretation and application of the Vienna Convention on Consular Relations. For a third time, the Court is requested to define the nature and scope of certain international obligations established in that treaty and the consequences produced by a breach of the Convention. On this third opportunity, the Court is asked to adjudge whether the United States has “violated its international legal obligations to Mexico, in its own right and in the exercise of its right to diplomatic protection” of 52 Mexican nationals on death row. The Court is also required to determine whether Mexico has been deprived of the right it has to provide consular protection and whether the 52 Mexican nationals on death row were deprived of their right to receive such consular protection. An affirmative answer to these questions must mean that an international wrongful act of a State entails

OPINION INDIVIDUELLE DE M LE JUGE *AD HOC*  
SEPÚLVEDA

[Traduction]

*Troisième affaire dans laquelle la Cour est saisie d'allégations de violations dans l'application et l'interprétation de la convention de Vienne sur les relations consulaires — Approuve dans l'ensemble la décision de la Cour, mais avec des réserves sur certaines conclusions — Exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité non présentées en temps voulu — Interprétation restrictive du droit de la responsabilité des Etats*

*Droit des Etats à assurer la protection diplomatique de leurs ressortissants — Nature des obligations incombant aux Etats-Unis, et bénéficiaires de celles-ci — L'institution de la protection diplomatique et celle de l'assistance consulaire*

*Reconnaissance de l'existence de droits individuels dans la convention de Vienne — Règle de l'épuisement des voies de recours internes, doctrine de la carence procédurale et deni de justice — Condition d'effectivité des voies de recours internes — Procédure de recours en grâce exclue des recours judiciaires et, partant, sans incidence au regard de la règle de l'épuisement — Sérieuses restrictions imposées au réexamen et à la révision par la règle de la carence procédurale — Après-LaGrand démontrant la médiocrité des chances d'obtenir un réexamen et une révision véritables et effectifs*

*Interprétation infondée du droit des fonctionnaires consulaires de pourvoir à la représentation en justice de leurs ressortissants — Lecture des droits Miranda, droits fondamentaux de la défense et article 36*

*Nature de la réparation demandée — Sens du reexamen et de la révision des verdicts de culpabilité et des peines — Défaut d'efficacité — Base juridique pour ordonner la cessation des violations de l'article 36 — Affaires tranchées précédemment par la Cour — Contribution insuffisante au développement du droit de la responsabilité des Etats*

1 La présente affaire constituait la troisième tentative de la Cour internationale de Justice en vue de résoudre des questions liées à l'interprétation et à l'application de la convention de Vienne sur les relations consulaires. Pour la troisième fois, la Cour était invitée à définir la nature et la portée de certaines obligations internationales énoncées dans ce traité ainsi que les conséquences engendrées par une violation de la convention. En cette troisième occasion, la Cour était priée de dire si les Etats-Unis «[avaient] violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'à cet Etat d'assurer la protection diplomatique» de cinquante-deux Mexicains condamnés à mort. La Cour était également priée de déterminer si le Mexique avait été privé de son droit d'assurer une protection consulaire et les cinquante-deux ressortissants mexicains condamnés à mort privés de leur droit de bénéficier de cette protection consulaire. Une

legal consequences, the most important one being that Mexico is entitled to reparation for those injuries. Yet in the present Judgment, the Court provides only a partial satisfaction to Mexico's claims, establishing in its findings a restricted and limited perspective on a number of matters, especially those related to the essence of the reparations owed.

2. Even if I may be basically in agreement with most of the findings of the Court, I have misgivings and reservations about the reasoning employed by the Court to reach certain conclusions. Such reasoning is reflected in various operative paragraphs of the Judgment. Not being able to concur with all of its terms, I wish to point out the arguments that lead me to question aspects of the Judgment which I may regard as unsatisfactory.

## I

3. The Court should have rejected, as untimely, the United States objections regarding the jurisdiction of the Court and the admissibility of Mexico's Application. It is true that paragraph 1 of Article 79 of the Rules of Court characterizes as preliminary an objection "the decision upon which is requested before any further proceedings". The effect of the timely presentation of such an objection is that the proceedings on the merits are suspended (Art. 79, para. 5). There is a general understanding that the United States did not submit a preliminary objection but then no other objection of any sort should have been recognized as suitable, if the text of Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court is to be strictly interpreted and applied. The text states that

"Any objection by the respondent to the jurisdiction of the Court or to the admissibility of the application shall be made in writing as soon as possible, and not later than three months after the delivery of the Memorial."

The United States presented its objections to jurisdiction and admissibility far beyond the time-limit prescribed by the Rules of Court. More than four months elapsed before the United States provided to the Court a number of objections. Thus it is at least arguable that "An objection that is not presented as a preliminary objection in accordance with paragraph 1 of Article 79 does not thereby become inadmissible", and that a party "failing to avail itself of the Article 79 procedure may forfeit the right to bring about a suspension of the proceedings on the merits, but can still argue the objection along with the merits", as the Court has established (Judgment, para. 24). The basic issue relates to the interpretation of the above-quoted first phrase of Article 79, paragraph 1: "Any objection." Following a literal interpretation, any objection has to be submitted within a defined period of time, in accordance with the Rules

réponse affirmative à ces questions avait nécessairement un corollaire : le fait internationalement illicite d'un Etat entraîne des conséquences juridiques, la plus importante étant ici que le Mexique a droit à obtenir réparation au titre de ces préjudices. Or, dans le présent arrêt, la Cour ne donne que partiellement satisfaction aux demandes du Mexique, exposant dans ses conclusions un point de vue restreint et limité sur un certain nombre de questions, en particulier celles liées à la nature des réparations dues.

2 Quoique fondamentalement d'accord avec l'essentiel de la décision de la Cour, je ne puis m'empêcher de nourrir quelques réticences et réserves quant au raisonnement suivi par celle-ci pour parvenir à certaines conclusions. Ce raisonnement transparait dans plusieurs paragraphes du dispositif de l'arrêt. Ne pouvant m'associer à tous les termes de ce dernier, je tiens à exposer les arguments qui m'ont conduit à remettre en question certains de ses aspects qui ne me semblent pas satisfaisants.

## I

3 Les exceptions d'incompétence de la Cour et d'irrecevabilité de la requête du Mexique soulevées par les Etats-Unis auraient dû être rejetées comme soulevées hors délai. Certes, le paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de la Cour qualifie de préliminaire toute exception «sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive». La présentation en temps utile d'une telle exception a pour effet de suspendre la procédure sur le fond (art 79, par 5). Il est incontesté que les Etats-Unis n'ont pas soulevé d'exception préliminaire. Une stricte interprétation et application du paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de la Cour ne permettait dès lors de considérer aucune autre exception comme recevable. Le texte dit que

«[t]oute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête [soulevée par le défendeur] doit être présentée par écrit dès que possible, et au plus tard trois mois après le dépôt du mémoire»

Les Etats-Unis ont soulevé leurs exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité bien après le délai prescrit par le Règlement de la Cour. Plus de quatre mois se sont écoulés avant que les Etats-Unis ne présentent à la Cour un certain nombre d'exceptions. Il est donc à tout le moins permis de s'interroger sur le bien-fondé des deux affirmations de la Cour selon lesquelles «[u]ne exception qui n'est pas soulevée sous la forme d'une exception préliminaire conformément au paragraphe 1 de l'article 79 ne devient pas pour autant irrecevable» et une partie «qui n'use pas de la procédure prévue à l'article 79 perd sans doute le droit d'obtenir la suspension de la procédure sur le fond, mais n'en peut pas moins faire valoir cette exception en même temps que ses arguments au fond» (arrêt, par 24). La question essentielle qui se pose touche à l'interprétation de la première phrase, citée plus haut, du paragraphe 1 de l'article 79 «toute

of Court. The United States did not comply with such time-limit and its objections should have been rejected by the Court

4. On the other hand, I can certainly accept the observation made by the Court that “many of its objections are of such a nature that they would in any event probably have had to be heard along with the merits” (Judgment, para 24) By examining very attentively each one of the objections to jurisdiction and admissibility advanced by the United States, the Court has provided a richer legal foundation to the basis of its competence, defining and reaffirming the nature of its role as a tribunal with the powers to determine the scope of the international obligations that are a matter of a dispute between the parties

## II

5 On two previous occasions the Court has rejected the notion that it is assuming the role of ultimate appellate tribunal in national criminal proceedings. To this effect the Court has found that

“the function of this Court is to resolve international legal disputes between States, *inter alia* when they arise out of the interpretation or application of international conventions, and not to act as a court of criminal appeal” (*Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v United States of America), Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I C J Reports 1998, p 257, para 38*).

In the *LaGrand* Judgment, the Court again established the essence of the legal objectives it fulfils, according to its own Statute What is required from the Court is

“to do no more than apply the relevant rules of international law to the issues in dispute between the Parties to this case. The exercise of this function, expressly mandated by Article 38 of its Statute, does not convert this Court into a court of appeal of national criminal proceedings” (*LaGrand, Judgment, I C J Reports 2001, p 486, para 52*)

6 The Court has also established that a dispute regarding the appropriate remedies for the violation of the Vienna Convention on Consular Relations “is a dispute that arises out of the interpretation or application of the Convention and this is within the Court’s jurisdiction” (*ibid.*, p 485, para 48)

7 Mexico’s final submissions seek to achieve the settlement of an international legal dispute arising out of the interpretation of the Vienna Convention on Consular Relations, with a specific reference to Article 36 Its basic argument is that the application of Article 36 by

exception » Si l'on interprète cette disposition littéralement, toute exception doit être présentée dans un délai déterminé, conformément au Règlement de la Cour. Les Etats-Unis n'ont pas respecté ce délai et leurs exceptions auraient dû être rejetées par la Cour.

4 Cela dit, je reconnais avec la Cour que, probablement, « bon nombre des exceptions qu[e les Etats-Unis] ont soulevées [auraient de toute manière dû], en raison de leur nature, être examinées en même temps que les arguments sur le fond » (arrêt, par 24). En se penchant très attentivement sur chacune des exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité soulevées par les Etats-Unis, la Cour a affirmé les bases juridiques de sa compétence, définissant et confirmant la nature du rôle qui est le sien en tant que juridiction investie du pouvoir de déterminer la portée des obligations internationales qui font l'objet d'un différend entre les parties.

## II

5 A deux reprises déjà, la Cour a rejeté l'idée qu'elle jouerait le rôle d'une juridiction de dernière instance dans des procédures pénales internes. Elle a ainsi conclu que

«[s]a fonction [était] de régler des différends juridiques internationaux entre Etats, notamment lorsqu'ils découlent de l'interprétation ou de l'application de conventions internationales, et non pas d'agir en tant que cour d'appel en matière criminelle» (*Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, C I J Recueil 1998, p 257, par 38*)

Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a une nouvelle fois précisé l'essence de la mission juridique qui, conformément à son Statut, est la sienne. Ce qui est demandé à la Cour, c'est exclusivement

«d'appliquer les règles pertinentes de droit international aux questions litigieuses opposant les [p]arties à l'instance. L'exercice de cette fonction, expressément prévu par l'article 38 de son Statut, ne fait pas de cette Cour une juridiction statuant en appel sur des questions pénales soumises aux tribunaux internes » (*LaGrand, arrêt, C I J Recueil 2001, p 486, par 52*)

6 La Cour a également considéré qu'un différend portant sur les voies de droit à mettre en œuvre en cas de violation de la convention de Vienne sur les relations consulaires était « un différend concernant l'interprétation ou l'application de la convention et qui de ce fait [relevait] de la compétence de la Cour » (*ibid*, p 485, par. 48).

7 Dans ses conclusions finales, le Mexique demandait le règlement d'un différend juridique international né de l'interprétation de la convention de Vienne sur les relations consulaires, et plus précisément de l'article 36 de celle-ci, son principal argument étant que la manière dont les

the United States is inconsistent with its international legal obligations towards Mexico. It follows that if such a breach has been found by the Court, as it happens in the present case, the international law of State responsibility is to come into operation, providing the remedial action that is due as a consequence of an internationally wrongful act.

8 Thus the jurisdiction of the Court in this case is beyond doubt and its functions are well defined. Furthermore, there is no question that the Court is empowered to determine the legal consequences that arise from an international wrongful act. Such consequences entail the obligation to make reparations. The Court can also impose a duty on the State that has committed the internationally wrongful act to perform the obligation it has breached. The Court may order the cessation of a wrongful conduct. But in the present Judgment, the Court has opted in favour of a restricted interpretation of the law of State responsibility, providing a limited reach to the claims for reparation sought by Mexico. The effect of this decision is not only to assign insufficient relief to a breach of an international obligation, but also to miss the opportunity before the Court to substantially develop the international legal foundations of the responsibility of States, to contribute to the jurisprudence of the reparations that are incumbent upon the State that is found to have committed an internationally wrongful act, and to define the nature and scope of the right to a reparation that an injured State is entitled to. An unsatisfactory rule on the remedial action that is to be assumed by a State found in a breach of a treaty obligation or of a customary rule may mean a chain of proceedings before the Court in the forthcoming future, as a result of an inconclusive determination of how to remedy a violation of international duties by States.

### III

9 In its final submission, Mexico requests the Court to adjudge and declare that the United States "violated its international legal obligations to Mexico, in its own right and in the exercise of its right to diplomatic protection of its nationals" by failing to comply with the duties imposed to it by Article 36, paragraph 1 (a), (b) and (c).

10 In the operative part of the present Judgment, the Court has found that the United States is in breach of Article 36, paragraph 1 (a), (b) and (c). Basically, the Court has decided that:

"by not informing, without delay upon their detention, the 51 Mexican nationals of their rights under Article 36, paragraph 1 (b), of the Vienna Convention the United States of America breached the obligations incumbent upon it under that subparagraph" (Judgment, para. 153 (4)),

"by not notifying the appropriate Mexican consular post without delay of the detention of the 49 Mexican nationals and thereby

Etats-Unis appliquaient l'article 36 était contraire à leurs obligations juridiques internationales envers lui. Dès lors, si la Cour constate une telle violation, comme tel est le cas en l'espèce, le droit international de la responsabilité des Etats et les remèdes qu'il prévoit en cas de fait internationalement illicite trouvent à s'appliquer.

8 La compétence de la Cour ne fait donc aucun doute en l'espèce, et ses fonctions sont bien définies. La Cour est en outre parfaitement habilitée à déterminer les conséquences juridiques découlant d'un fait internationalement illicite. L'obligation de réparation fait partie de ces conséquences. La Cour peut aussi imposer à l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Elle peut ordonner la cessation d'un comportement illicite. Mais, dans le présent arrêt, la Cour a penché pour une interprétation restrictive du droit de la responsabilité des Etats, limitant la portée des remèdes demandés par le Mexique. Ainsi, non seulement a-t-elle édicté dans cette décision des remèdes insuffisants à la violation d'une obligation internationale, mais encore a-t-elle manqué l'occasion qui lui était donnée d'apporter une contribution non négligeable au développement des fondements juridiques internationaux du droit de la responsabilité des Etats, d'enrichir la jurisprudence relative à la réparation due par l'Etat jugé responsable d'un fait internationalement illicite, et de définir la nature et la portée du droit qu'a l'Etat lésé d'obtenir réparation. La caractérisation insuffisante des mesures de réparation qui doivent être mises en œuvre par un Etat ayant violé une obligation conventionnelle ou une règle coutumière pourrait signifier, pour la Cour, des saisines en chaîne dans un avenir proche, simplement parce que sa décision n'indique pas de manière déterminante comment remédier à la violation d'obligations internationales par les Etats.

### III

9 Dans ses conclusions finales, le Mexique prie la Cour de dire et juger que les Etats-Unis ont « violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants » en manquant aux obligations qui leur incombaient en vertu des alinéas *a)*, *b)* et *c)* du paragraphe 1 de l'article 36.

10 Dans le dispositif du présent arrêt, la Cour conclut que les Etats-Unis ont violé les alinéas *a)*, *b)* et *c)* du paragraphe 1 de l'article 36. En substance, la Cour considère que

« en n'informant pas sans retard, lors de leur détention, les cinquante et un ressortissants mexicains des droits qui sont les leurs en vertu de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, les Etats-Unis d'Amérique ont violé les obligations leur incombant en vertu dudit alinéa » (arrêt, par. 153, point 4),

« en ne notifiant pas sans retard au poste consulaire mexicain approprié la détention des quarante-neuf ressortissants mexicains et en



depriving the United Mexican States of the right, in a timely fashion, to render the assistance provided for by the Vienna Convention to the individuals concerned, the United States of America breached the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (b)” (Judgment, para. 153 (5));

“in relation to the 49 Mexican nationals the United States of America deprived the United Mexican States of the right, in a timely fashion, to communicate with and have access to those nationals and to visit them in detention, and thereby breached the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (a) and (c), of the Convention” (*ibid* , para 153 (6))

11 It is sufficiently clear that the United States of America is in violation of treaty obligations incumbent upon it. What is not sufficiently clear in the present Judgment is the nature of the obligations incumbent upon the United States and, more importantly, to whom are these obligations owed? Obviously, the answer to this question has an intimate relationship with the claim made by Mexico that the United States has breached “its international legal obligations to Mexico in its own right and in the exercise of diplomatic protection of its nationals”.

#### IV

12 In the *LaGrand* Judgment it is possible to find an authoritative response to these legal matters. In that case, Germany contended that

“the breach of Article 36 by the United States did not only infringe upon the rights of Germany as a State party to the [Vienna] Convention but also entailed a violation of the individual rights of the LaGrand brothers” (*LaGrand, Judgment, ICJ Reports 2001*, p 492, para 75)

Thus Germany invoked its right of diplomatic protection, seeking relief against the United States also on this specific ground

13 The Court provided in *LaGrand* a definition of the obligations incumbent upon the United States under Article 36 of the Vienna Convention the recognition that this Article creates individual rights, that such rights may be invoked before the Court by the national State of the detained person, and that these rights were violated in the *LaGrand* case

14 According to the Court, in the terms established in *LaGrand*, the obligation incumbent upon the United States are as follows

“Article 36, paragraph 1 (b), spells out the obligations the receiving State has toward the detained person and the sending State. It provides that, at the request of the detained person, the receiving State

privant ainsi les Etats-Unis du Mexique du droit de rendre en temps utile aux intéressés l'assistance prévue par la convention, les Etats-Unis d'Amérique ont violé les obligations leur incombant en vertu de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36» (arrêt, par 153, point 5),

«en ce qui concerne les quarante-neuf ressortissants mexicains . les Etats-Unis d'Amérique ont privé les Etats-Unis du Mexique du droit, en temps utile, de communiquer avec ces ressortissants et de se rendre auprès d'eux lorsqu'ils sont en détention, et ont de ce fait violé les obligations leur incombant en vertu des alinéas *a*) et *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention» (arrêt, par 153, point 6)

11 Il est suffisamment clair que les Etats-Unis d'Amérique ont violé des obligations conventionnelles leur incombant. Ce qui n'est pas assez clair dans le présent arrêt, c'est la nature de ces obligations et, surtout, les bénéficiaires de celles-ci. De toute évidence, la réponse à cette question est intimement liée à l'allégation du Mexique selon laquelle les Etats-Unis ont violé «leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants»

#### IV

12. Or, l'arrêt *LaGrand* offre une solide réponse à ces questions juridiques. Dans cette affaire, l'Allemagne soutenait que

«la violation de l'article 36 par les Etats-Unis ne port[ait] pas seulement atteinte [à ses] droits . en tant qu'Etat partie à la convention [de Vienne], mais constitu[ait] également une violation des droits individuels des frères LaGrand» (*LaGrand*, arrêt, C I J Recueil 2001, p 492, par 75)

L'Allemagne invoquait donc son droit de protection diplomatique, faisant valoir ce même moyen pour demander réparation de la part des Etats-Unis.

13 La Cour a défini dans l'arrêt *LaGrand* les obligations qui incombent aux Etats-Unis en vertu de l'article 36 de la convention de Vienne : elle a reconnu que cet article créait des droits individuels, que lesdits droits pouvaient être invoqués devant elle par l'Etat dont la personne détenue avait la nationalité et que ces droits avaient été violés dans l'affaire *LaGrand*.

14 Voici, selon les termes utilisés par la Cour dans l'arrêt *LaGrand*, les obligations qui incombent aux Etats-Unis.

«l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 énonce les obligations que l'Etat de résidence a vis-à-vis d'une personne détenue et de l'Etat d'envoi. Il dispose que, à la demande de la personne mise en déten-

must inform the consular post of the sending State of the individual's detention 'without delay' It provides further that any communication by the detained person addressed to the consular post of the sending State must be forwarded to it by authorities of the receiving State 'without delay' Significantly, this subparagraph ends with the following language 'The said authorities shall inform the person concerned without delay of *his rights* under this subparagraph' (emphasis added) Moreover, under Article 36, paragraph 1 (c), the sending State's right to provide consular assistance to the detained person may not be exercised 'if he expressly opposes such action' The clarity of these provisions, viewed in their context, admits of no doubt. It follows, as has been held on a number of occasions, that the Court must apply these as they stand" (*LaGrand, Judgment, I C J Reports 2001*, p. 494, para. 77.)

15 The clarity that the Court found, in the context of *LaGrand*, of the provisions of Article 36, is no longer found in the context of the present case It seems evident that, in the present case, the previously recognized clarity now admits many doubts and that, now, these provisions must not be applied as they stand

## V

16 Clarity is needed to determine whether Mexico has a right to diplomatic protection of its nationals and whether the individual rights already recognized by the Court as having been created may be invoked, in the present case, by the national State of the detained person The answer provided in the Judgment does not sufficiently cover the substance of Mexico's claims. The Court observes that

"violations of the rights of the individual under Article 36 may entail a violation of the rights of the sending State, and that violations of the rights of the latter may entail a violation of the rights of the individual In these special circumstances of interdependence of the rights of the State and of individual rights, Mexico may, in submitting a claim in its own name, request the Court to rule on the violation of rights which it claims to have suffered both directly and through the violation of individual rights conferred on Mexican nationals under Article 36, paragraph 1 (b) The duty to exhaust local remedies does not apply to such a request" (Judgment, para 40)

17 This statement contained in the present Judgment introduces an undesirable element of vagueness with respect to what had already been advanced in the *LaGrand* Judgment In this latter Judgment, issues related to diplomatic protection, consular assistance and the creation of individual rights by Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention

tion, l'Etat de résidence doit informer « sans retard » le poste consulaire de l'Etat d'envoi de la détention de l'individu. Il dispose en outre que toute communication par la personne détenue adressée au poste consulaire de l'Etat d'envoi doit lui être transmise par les autorités de l'Etat de résidence « sans retard ». Il est significatif que cet alinéa se termine par la disposition suivante : lesdites autorités « doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa » (les italiques sont de la Cour). En outre, en vertu de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 36, le droit de l'Etat d'envoi de prêter son assistance consulaire à la personne en détention ne peut s'exercer si celle-ci « s'y oppose expressément ». La clarté de ces dispositions, lues dans leur contexte, ne laisse en rien à désirer. De ce fait, et comme il a été jugé à plusieurs reprises, la Cour est tenue de les appliquer telles qu'elles sont » (*LaGrand, arrêt, C I J Recueil 2001, p 494, par 77.*)

15 Les dispositions de l'article 36 ne semblent plus aussi claires pour la Cour en la présente espèce que cela n'était le cas dans l'affaire *LaGrand*. Il semble évident que la clarté qu'elle y avait précédemment trouvée laisse maintenant à désirer et que, aujourd'hui, ces dispositions ne doivent pas être appliquées telles quelles.

## V

16 De la clarté, il en faut pour déterminer si le Mexique a le droit d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants et si les droits individuels dont la Cour a déjà reconnu l'existence peuvent être invoqués en l'espèce par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité. Le présent arrêt n'apporte qu'une réponse insuffisante aux demandes du Mexique. La Cour fait observer que :

« toute violation des droits que l'individu tient de l'article 36 risque d'entraîner une violation des droits de l'Etat d'envoi et que toute violation des droits de ce dernier risque de conduire à une violation des droits de l'individu. Dans ces circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'Etat et des droits individuels, le Mexique peut, en soumettant une demande en son nom propre, inviter la Cour à statuer sur la violation des droits dont il soutient avoir été victime à la fois directement et à travers la violation des droits individuels conférés à ses ressortissants par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36. L'obligation d'épuiser les voies de recours internes ne s'applique pas à une telle demande. » (Arrêt, par 40)

17 Cette affirmation figurant dans le présent arrêt introduit un flou inopportun par rapport à ce qui avait déjà été dit dans l'arrêt *LaGrand*. Dans ce dernier, la Cour avait très bien cerné les questions relatives à la protection diplomatique, à l'assistance consulaire et à la création de droits individuels par le paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de

had been substantially defined. Also matters concerning the problems that arise with the application of the procedural default rule and the question of the exhaustion of local remedies were properly and adequately settled by the Court in *LaGrand*. In the present Judgment, all these issues are examined under a totally different light, one that is not in every aspect in full harmony and accordance with the *LaGrand* Judgment.

18. In *LaGrand*, the Court rejected as unfounded the claim made by the United States that “the Vienna Convention deals with consular assistance — it does not deal with diplomatic protection.” In its submissions, the United States assumed wrongfully that

“Legally, a world of difference exists between the right of the consul to assist an incarcerated national of his country, and the wholly different question whether the State can espouse the claims of its nationals through diplomatic protection. The former is within the jurisdiction of the Court under the Optional Protocol, the latter is not.” (*LaGrand, Judgment, I C J Reports 2001*, p 482, para 40)

In its objections to the jurisdiction of the Court, the United States tried to introduce a distinction between jurisdiction over treaties and jurisdiction over customary law, observing that “even if a treaty norm and a customary norm were to have exactly the same content”, each would have its “separate applicability”.

19. The Court provided an impeccable legal reasoning explaining why the arguments of the United States were untenable.

“The Court cannot accept the United States objections. The dispute between the Parties as to whether Article 36, paragraph 1 (a) and (c), of the Vienna Convention have been violated in this case in consequence of the breach of paragraph 1 (b) does relate to the interpretation and application of the Convention. This is also true of the dispute as to whether paragraph 1 (b) creates individual rights and whether Germany has standing to assert those rights on behalf of its nationals. Moreover, the Court cannot accept the contention of the United States that Germany’s claim based on the individual rights of the *LaGrand* brothers is beyond the Court’s jurisdiction because diplomatic protection is a concept of customary international law. *This fact does not prevent a State party to a treaty, which creates individual rights, from taking up the case of one of its nationals and instituting international judicial proceedings on behalf of that national, on the basis of a general jurisdictional clause in such a treaty*” (*LaGrand, Judgment, I C J Reports 2001*, pp 482-483, para 42, emphasis added.)

20. In its final submissions, Mexico clearly distinguishes between the institution of diplomatic protection and the institution of consular assistance. It asks the Court to adjudge and declare

Vienne, tout comme elle avait réglé de la manière qui convenait les questions liées à l'application de la doctrine de la carence procédurale et à la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Or, dans le présent arrêt, l'ensemble de ces questions est examiné sous un tout autre angle, qui n'est pas toujours pleinement en accord avec l'arrêt *LaGrand*.

18. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a rejeté comme infondée l'allégation des Etats-Unis selon laquelle «la convention de Vienne traite de l'assistance consulaire et non de la protection diplomatique». Dans leurs conclusions, les Etats-Unis avaient affirmé à tort que

«Juridiquement un monde sépare le droit du consul d'assister un ressortissant de son pays incarcéré et la question totalement différente de savoir si l'Etat peut endosser les réclamations de ses ressortissants au titre de la protection diplomatique. Le premier entre dans le champ de la compétence de la Cour, en vertu du protocole de signature facultative, non la seconde » (*LaGrand*, arrêt, C I J Recueil 2001, p 482, par. 40)

Dans leurs exceptions à la compétence de la Cour, les Etats-Unis avaient tenté d'introduire une distinction entre la compétence en matière conventionnelle et la compétence en matière coutumière, faisant observer que «[m]ême si une norme conventionnelle et une norme coutumière avaient exactement le même contenu», chacune aurait une «applicabilité distincte».

19 La Cour exposa un raisonnement juridique irréprochable expliquant pourquoi les arguments des Etats-Unis ne tenaient pas

«La Cour ne saurait retenir les objections formulées par les Etats-Unis. En effet, le différend qui oppose les Parties sur le point de savoir si les alinéas *a)* et *c)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne ont été violés en l'espèce du fait de la violation de l'alinéa *b)* a trait à l'interprétation et à l'application de la convention. Il en est de même du différend sur le point de savoir si l'alinéa *b)* crée des droits pour les particuliers et si l'Allemagne a qualité pour faire valoir ces droits au nom de ses ressortissants. Par ailleurs, la Cour ne peut accepter la thèse des Etats-Unis selon laquelle la demande de l'Allemagne fondée sur les droits individuels des frères *LaGrand* ne relève pas de sa compétence, au motif que la protection diplomatique serait une notion de droit international coutumier. *Cela ne fait pas obstacle à ce qu'un Etat partie à un traité qui crée des droits pour les individus puisse prendre fait et cause pour l'un de ses ressortissants et mettre en mouvement l'action judiciaire internationale en faveur de ce ressortissant sur la base d'une clause attributive de compétence figurant dans un tel traité* » (*LaGrand*, arrêt, C I J Recueil 2001, p 482-483, par 42, les italiques sont de moi)

20. Dans ses conclusions finales, le Mexique fait clairement la différence entre l'institution de la protection diplomatique et celle de l'assistance consulaire. Il prie la Cour de dire et juger

“(1) that the United States of America violated its international legal obligations to Mexico, in its own right and in the exercise of its right of diplomatic protection of its nationals, by failing to inform, without delay, the 52 Mexican nationals after their arrest of their right to consular notification and access under Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations, and by depriving Mexico of its right to provide consular protection and the 52 nationals’ right to receive such protection as Mexico would provide under Article 36 (1) (a) and (c) of the Convention ”

21 The reading of this submission makes obvious that there are two different kinds of breaches: one is related to obligations owed to Mexico in its own right and in the exercise of its right of diplomatic protection of its nationals, the second one has to do with Mexico’s deprivation of its right to consular assistance and the corresponding right of its nationals to receive such assistance. It is to be understood that

“diplomatic protection consists of resort to diplomatic action or other means of peaceful settlement by a State adopting in its own right the cause of its national in respect of an injury to that national arising from an internationally wrongful act of another State”,

according to the definition of the International Law Commission. That is precisely the basis of Mexico’s claim.

22 It is believed that the Court, in response to Mexico’s submission, should have recognized, as a matter of its right to exercise diplomatic protection, the espousal by Mexico at the international level of the claims of the 52 Mexican nationals whose individual rights have been denied, amounting to the denial of justice through the judicial process of the United States. Such a recognition would have been particularly relevant in the cases of Mr Fierro Reyna, Mr Moreno Ramos and Mr Torres Aguilera, three cases in which all judicial remedies have been exhausted. But the right of diplomatic protection of Mexico is also valid in the case of the other 49 Mexican nationals, since the application of the doctrine of procedural default by United States courts means, for all practical purposes, that there are no remedies to exhaust, and that the futility rule becomes fully operative, as will be explained later on.

23 Had the Court followed its previous jurisprudence and applied it in the present case, it would have been acting in line with the *LaGrand*

«1) [que] les Etats-Unis d'Amérique ont violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat 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 1 de l'article 36 de la convention»

21 Il ressort clairement de cette conclusion qu'il existe deux sortes de violation l'une touche les obligations envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants, l'autre tient au fait que le Mexique a été privé de son droit d'accorder son assistance consulaire et que ses ressortissants ont été privés du droit correspondant de bénéficier de cette assistance Aux termes de la définition de la Commission du droit international, il faut entendre par

«protection diplomatique .. le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un Etat qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'une des personnes ayant sa nationalité à raison d'un préjudice subi par cette dernière découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre Etat»

C'est précisément sur cette base que le Mexique fonde sa demande

22 J'incline à penser que, en réponse a la conclusion du Mexique, la Cour aurait dû reconnaître à cet Etat, au titre de son droit à exercer sa protection diplomatique, la faculté d'endosser à l'échelle internationale les revendications des cinquante-deux Mexicains s'étant vu dénier leurs droits individuels — déni de justice engendré par le processus judiciaire des Etats-Unis Pareille reconnaissance aurait été particulièrement pertinente dans les cas de MM Fierro Reyna, Moreno Ramos et Torres Aguilera, trois cas dans lesquels toutes les voies de recours internes ont été épuisées. Mais le Mexique avait également le droit d'exercer sa protection diplomatique dans le cas des quarante-neuf autres ressortissants mexicains, puisque l'application de la doctrine de la carence procédurale par les tribunaux américains signifie, dans la pratique, qu'il n'y a aucune voie de recours à épuiser, donnant ainsi plein effet, comme je l'expliquerai plus loin, au principe selon lequel une voie de recours interne, pour être considérée comme telle, doit être effective.

23 Si la Cour avait suivi sa jurisprudence antérieure pour l'appliquer en l'espèce, elle aurait agi dans le droit fil de l'arrêt *LaGrand*, dans lequel



Judgment, where the Court rejected the argument made by the United States that "the right of a State to provide consular assistance to nationals detained in another country, and the right of a State to espouse the laws of its nationals through diplomatic protection, are legally different concepts" (*LaGrand, Judgment, I C J Reports 2001*, p 493, para. 76). The Court also rejected in *LaGrand* the contention of the United States that "rights of consular notification and access under the Vienna Convention are rights of States, and not of individuals, even though these rights may benefit individuals by permitting States to offer them consular assistance" (*ibid.*) One would have thought that these claims by the United States were put to rest, definitively and convincingly by the Court when it stated that

"the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article I of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person. These rights were violated in the present case" (*LaGrand, Judgment, I C J Reports 2001*, p 494, para 77.)

24 If individual rights were violated in the *LaGrand* case, and if individual rights are being violated in the present case, then it follows from these premises that there is only one legal, obvious and necessary conclusion that the individual rights of the 52 Mexican nationals may be invoked in this Court by Mexico. A contrary conclusion is incompatible with the decision of the Court in the *LaGrand* Judgment.

## VI

25 Furthermore, the present Judgment departs substantially from the findings in the *LaGrand* Judgment in a number of other aspects, related to the circumstances in which local remedies must be exhausted, to application of the procedural default rule and to the question of denial of justice

26 The rules that are to be applied in order to settle the issue of the exhaustion of local remedies have previously been decided by the Court. They are linked to the doctrine of procedural default. In *LaGrand*, the Court found that

"the procedural default rule prevented them from attaching any legal significance to the fact, *inter alia*, that the violation of the rights set forth in Article 36, paragraph 1, prevented Germany, in a timely fashion, from retaining private counsel for them and otherwise assisting in their defence as provided for by the Convention. Under these circumstances, the procedural default rule had the effect of preventing 'full effect [from being] given to the purposes for which the rights accorded under this Article are intended', and thus violated paragraph 2 of Article 36" (*LaGrand, Judgment, I C J. Reports 2001*, pp 497-498, para 91 )

elle avait rejeté l'argument des Etats-Unis selon lequel «le droit pour un Etat d'apporter une assistance consulaire à des ressortissants détenus dans un pays étranger et le droit pour un Etat d'endosser les revendications de ses ressortissants par la voie de la protection diplomatique sont des concepts juridiquement différents» (*LaGrand, arrêt, C.I.J Recueil 2001*, p 493, par 76). Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour avait également rejeté la thèse américaine selon laquelle «ce sont les Etats et non les individus qui sont titulaires des droits que reconnaît la convention de Vienne en matière de notification consulaire, même si les individus peuvent bénéficier de ces droits, du fait que les Etats sont autorisés à leur offrir une assistance consulaire» (*ibid*) Ces arguments des Etats-Unis semblaient avoir été définitivement réfutés par cette conclusion de la Cour.

«le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité En l'espèce, ces droits ont été violés » (*LaGrand, arrêt, C I J Recueil 2001*, p 494, par 77)

24 Si des droits individuels ont été violés dans l'affaire *LaGrand*, et si des droits individuels ont été violés dans la présente affaire, une seule conclusion juridique, évidente et nécessaire, s'impose le Mexique peut invoquer devant la Cour les droits individuels des cinquante-deux ressortissants mexicains. Toute conclusion contraire est incompatible avec la décision énoncée par la Cour dans l'arrêt *LaGrand*

## VI

25 En outre, la présente décision s'écarte substantiellement des conclusions énoncées dans l'arrêt *LaGrand* à plusieurs autres égards, qui ont trait aux circonstances dans lesquelles les voies de recours internes doivent être épuisées, à l'application de la règle de la carence procédurale et à la question du déni de justice

26 La Cour a déjà déterminé quelles règles devaient être appliquées pour trancher la question de l'épuisement des voies de recours internes Ces règles sont liées à la doctrine de la carence procédurale Dans *LaGrand*, la Cour a conclu que

«la règle de la carence procédurale empêchait [les tribunaux américains] d'attacher des conséquences juridiques au fait, notamment, que la violation des droits prévus au paragraphe 1 de l'article 36 n'avait pas permis à l'Allemagne d'assurer en temps opportun aux frères *LaGrand* le concours d'avocats privés et de les assister, de manière générale, dans leur défense, comme le prévoit la convention Dans ces conditions, la règle de la carence procédurale a eu pour effet d'empêcher «la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article» et a ainsi violé les dispositions du paragraphe 2 de l'article 36 » (*LaGrand, arrêt, C I J Recueil 2001*, p 497-498, par 91)

27. It is generally accepted by the Court that the procedural default rule represents a bar to obtain a remedy in respect of the violation of the rights contained in the Vienna Convention. Thus Mexico's claims cannot be rejected on the basis of the non-exhaustion of local remedies, as "it was the United States itself which failed to carry out its obligations under the Convention", as was rightly established by the Court in *LaGrand*.

28. Local remedies must be exhausted, but not if the exercise is "a clearly futile and pointless activity" (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, I C J Reports 1961*, p. 145). The need for the principle of the exhaustion of local remedies to have a degree of effectiveness was provided by the Court when it found that

"for an international claim to be admissible, it is sufficient if the essence of the claim has been brought before the competent tribunals and pursued as far as permitted by local law and procedures, *and without success*" (*Elettronica Sicula S p A (ELSI), Judgment, I C J Reports 1989*, p. 46, para. 59, emphasis added)

29. The United Nations International Law Commission (ILC) has been working on the topic of diplomatic protection for a number of years. The Special Rapporteur, in his Third Report, submitted to the ILC a draft Article by which local remedies do not need to be exhausted if they provide no reasonable possibility of an effective redress. Thus the non-recourse to local remedies require a tribunal to

"examine circumstances pertaining to a particular claim which may not be immediately apparent, such as the independence of the judiciary, the ability of local courts to conduct a fair trial, *the presence of a line of precedents adverse to the claimant and the conduct of the respondent State*. The reasonableness of pursuing local remedies must therefore be considered in each case" (ILC, Third Report on Diplomatic Protection, A/CN.4/523, 7 March 2002, para. 45, emphasis added)

30. There is an evident need to examine the nature of the remedies that are to be exhausted. For these purposes, the "futility rule" is to be applied. There is a clear support to the notion that

"the local remedies which must be exhausted include remedies of a legal nature 'but not extra-legal remedies or remedies as of grace', or those whose 'purpose is to obtain a favor and not to indicate a right'. Administrative or other remedies which are not judicial or quasi-judicial in character and are of a discretionary character therefore fall outside the application of the local remedies rule" (ILC,

27 D'une manière générale, la Cour reconnaît que la règle de la carence procédurale empêche d'obtenir réparation en cas de violation des droits énoncés dans la convention de Vienne. Les demandes du Mexique ne sauraient dès lors être rejetées au motif que les voies de recours internes n'auraient pas été épuisées, puisque ce sont les États-Unis qui ont «eux-mêmes failli à l'exécution de leur obligation .. en vertu de la convention», comme la Cour l'a déclaré très justement dans l'arrêt *LaGrand*.

28 Les voies de recours internes doivent certes être épuisées, mais non si la tentative d'y parvenir est «manifestement illusoire et dépourvue de portée» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, C I J Recueil 1961*, p 145). Le principe de l'épuisement des voies de recours internes doit s'appliquer, mais jusqu'à un certain point, comme l'a précisé la Cour en déclarant que

«pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès» (*Elettronica Sicula S.p A (ELSI)*, arrêt, *C I J Recueil 1989*, p 46, par 59, les italiques sont de moi)

29 La Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies (CDI) étudie la question de la protection diplomatique depuis plusieurs années. Dans son troisième rapport, le rapporteur spécial a présenté à la CDI un projet d'article d'après lequel il n'est pas nécessaire d'épuiser les voies de recours internes si celles-ci n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace. C'est pourquoi la dérogation à la règle de l'épuisement des voies de recours internes exige du tribunal qu'il

«interroge les circonstances qui entourent la demande considérée, qui ne sont peut être pas immédiatement apparentes, par exemple l'indépendance du pouvoir judiciaire, l'aptitude des tribunaux internes à juger en toute équité, l'existence d'une jurisprudence défavorable au demandeur et le comportement de l'Etat défendeur. On appréciera au cas par cas s'il est raisonnable d'exercer des recours internes» (CDI, troisième rapport sur la protection diplomatique, doc A/CN.4/523, 7 mars 2002, par. 45, les italiques sont de moi)

30. Il y a manifestement lieu d'examiner la nature des recours à épuiser. Il faut pour cela s'interroger sur l'effectivité de ceux-ci. Il est clairement admis que

«[L]es recours internes qui doivent être épuisés comprennent les recours de nature juridique «mais non les recours extra-juridiques ni les recours gracieux» ni ceux dont «le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit». Les recours administratifs et autres qui ne sont pas judiciaires ni quasi judiciaires et ont un caractère discrétionnaire ne sont donc pas couverts par la règle de l'épuisement des

Third Report on Diplomatic Protection, A/CN 4/523, 7 March 2002, para 14 )

Thus clemency is not a local remedy that must be exhausted, and, as the Court has found in the present Judgment, clemency is “not sufficient in itself to serve as an appropriate means of ‘review and reconsideration’” (para 143) The reason for this finding is that “the process of review and reconsideration should occur within the overall judicial proceedings relating to the individual defendant concerned” (Judgment, para. 141). Thus the Court regards clemency as a non-judicial procedure

31 The ILC Special Rapporteur on Diplomatic Protection establishes in his commentary, included in his Third Report, that there is no need to exhaust local remedies when such remedies are ineffective or the exercise of exhausting such remedies would be futile The reason for this is that a claimant is not required to exhaust justice in a foreign State “when there is no justice to exhaust” (ILC, Third Report on Diplomatic Protection, A/CN 4/523, 7 March 2002). As a result of the application of the procedural default rule by the United States courts to the Mexican nationals that are under Mexico’s diplomatic protection, it is not suitable to sustain that there is a need to exhaust local remedies when it has already been found that the doctrine of procedural default imposes a judicial bar to such remedial action, thus establishing a legal impediment to a municipal redress

## VII

32 As interpreted by the Court in the *LaGrand* Judgment, Article 36, paragraph 2, imposes a number of obligations on the parties:

- (a) As a consequence of the determination made by the Court of the nature of the rights contained in Article 36, paragraph 1, “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, Judgment, I C J Reports 2001*, p 497, para 89)
- (b) The specific application of the “procedural default” rule becomes problematical when the rule does not “allow the detained individual to challenge a conviction and sentence” by claiming that a breach of the “without delay” consular notification has occurred, “thus preventing the person from seeking and obtaining consular assistance from the sending State” (*ibid.*, p 497, para 90)
- (c) At the request of the detained person, the sending State has the right to arrange for his legal representation
- (d) The procedural default rule is an impediment for the United States

recours internes » (CDI, [deuxième] rapport sur la protection diplomatique, [doc A/CN 4/514, 28 février 2001], par. 14 )

La procédure de recours en grâce n'est donc pas une voie de recours interne qu'il faut épuiser et, comme la Cour l'a dit dans le présent arrêt, cette procédure «ne saurait suffire à elle seule à constituer un moyen approprié de «réexamen et revision»» (par 143) Si la Cour est parvenue à cette conclusion, c'est parce que «le réexamen et la revision [devraient avoir] lieu dans le cadre de la procédure judiciaire globale par laquelle passe chaque accusé» (arrêt, par. 141) La Cour regarde donc le recours en grâce comme une procédure extra-judiciaire

31 Selon le commentaire que le rapporteur spécial de la CDI sur la protection diplomatique a fait figurer dans son troisième rapport, point n'est besoin d'épuiser les recours internes lorsque ces recours sont inefficaces ou que cette tentative est nécessairement vouée à l'échec; en effet, un demandeur n'est pas tenu d'épuiser les voies de droit dans un Etat étranger «lorsqu'il n'y a pas de voies de droit à épuiser» (CDI, troisième rapport sur la protection diplomatique, doc A/CN 4/523, 7 mars 2002). Les tribunaux américains ayant appliqué la règle de la carence procédurale aux ressortissants mexicains bénéficiant de la protection diplomatique du Mexique, on ne saurait affirmer la nécessité d'épuiser les voies de recours internes alors qu'il a déjà été conclu que la doctrine de la carence procédurale, en y faisant judiciairement obstacle, empêchait toute réparation à l'échelon national

## VII

32 Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a interprété le paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne comme imposant un certain nombre d'obligations aux parties

- a) compte tenu des conclusions de la Cour sur la nature des droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36, «les «droits» visés au paragraphe 2 désignent non seulement les droits de l'Etat d'envoi, mais aussi ceux des personnes détenues» (*LaGrand*, arrêt, C I J Recueil 2001, p 497, par 89),
- b) l'application dans un cas d'espèce de la règle de la «carence procédurale» devient problématique lorsque cette règle «ne permet pas à une personne détenue de faire recours contre sa condamnation et sa peine» au motif qu'il n'y a pas eu de notification consulaire «sans retard», «empêchant par là même cette personne de solliciter et d'obtenir l'assistance consulaire de l'Etat d'envoi» (*ibid*, p 497, par 90),
- c) si la personne détenue en fait la demande, l'Etat d'envoi a le droit de pourvoir à sa représentation en justice;
- d) la règle de la carence procédurale a empêché les juridictions des Etats-

courts to attach “any legal significance to the fact, *inter alia*, that the violation of the rights set forth in Article 36, paragraph 1, prevented Germany, in a timely fashion, from retaining private counsel for [its nationals] and otherwise assisting in their defence as provided for by the Convention” (*ICJ Reports 2001*, pp 497-498, para 91)

- (e) The procedural default rule had the effect, under these circumstances, of preventing “full effect [from being] given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended’, and thus violated paragraph 2 of Article 36” (*ibid*, p 498, para 91).

33. Yet, according to the evidence provided in the written and oral proceedings, the United States courts, even after *LaGrand*, still continue to apply the procedural default rule in the same manner as those courts did in the pre-*LaGrand* phase. The reason submitted by the United States is that “procedural default rules will possibly preclude such claim on direct appeal or collateral review, unless the court finds there is cause for the default and prejudice as a result of these alleged breach” (Counter-Memorial of the United States of America (CMUS), para 665). However, no court in the United States has found that “there is cause for the default and prejudice” in cases of a Vienna Convention claim, under the argument that Article 36 rights are not constitutional rights.

34. In this context, it may be useful to recall what Justice Stevens, of the United States Supreme Court, had to say on the matter. The Supreme Court declined to grant *certiorari* to hear a recent case, but in this separate opinion, Justice Stevens stated

“applying the procedural default rule to Article 36 claims is not only in direct violation of the Vienna Convention, but it is also manifestly unfair. The ICJ’s decision in *LaGrand* underscores that a foreign national who is presumptively ignorant of his right to notification should not be deemed to have waived the Article 36 protection simply because he failed to assert that right in a state criminal proceeding” (CR 2003/24, para 244 )

35. The actual and accepted practice of the United States courts on the interpretation and application of Article 36, paragraph 2, and of the *LaGrand* Judgment imposes severe restrictions on the concept of review and reconsideration, since it fails to provide a legal remedy that may be in agreement with the letter and the spirit of the Vienna Convention and *LaGrand*. The United States courts are condemned to repetition, since a legal straightjacket is imposed by the prevailing system, a system that

Unis «d'attacher des conséquences juridiques au fait, notamment, que la violation des droits prévus au paragraphe 1 de l'article 36 n'avait pas permis à l'Allemagne d'assurer en temps opportun [à ses ressortissants] le concours d'avocats privés et de les assister, de manière générale, dans leur défense, comme le prévoit la convention» (*CIJ Recueil 2001*, p 497-498, par 91),

- e) dans ces conditions, l'application de la règle de la carence procédurale a eu pour effet d'empêcher «la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits [étaient] accordés en vertu du présent article» et a ainsi violé les dispositions du paragraphe 2 de l'article 36» (*ibid*, p 498, par 91).

33 Pourtant, d'après les éléments de preuve produits lors des procédures écrite et orale, les juridictions des Etats-Unis continuent, même après l'affaire *LaGrand*, d'appliquer la règle de la carence procédurale de la même manière qu'elles le faisaient avant celle-ci. Le motif avancé par les Etats-Unis est que «les règles relatives à la carence procédurale feront peut-être obstacle à ce que le moyen tiré de cette violation soit soulevé dans le cadre de l'appel direct ou des voies de recours parallèles, à moins que la juridiction ne conclue que cette carence était justifiée et que la violation alléguée a causé un préjudice» (contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique (CMEU), par 6.65). Or, aucune juridiction aux Etats-Unis n'a conclu «que cette carence était justifiée et que la violation alléguée a[vait] causé un préjudice» lorsqu'une violation de la convention de Vienne a été invoquée, et ce au motif que les droits tirés de l'article 36 ne sont pas des droits constitutionnels.

34 Dans ce contexte, il peut être utile de rappeler ce que le juge Stevens, de la Cour suprême des Etats-Unis, a dit sur ce point. La Cour suprême a récemment refusé de délivrer une ordonnance de *certiorari* pour connaître d'une affaire, mais le juge Stevens n'en a pas moins déclaré, dans son opinion individuelle, que

«appliquer la règle de la carence procédurale à des moyens tirés de la violation de l'article 36 constitue non seulement une violation directe de la convention de Vienne, mais aussi une injustice manifeste. La décision de la CIJ en l'affaire *LaGrand* insiste sur le fait qu'un ressortissant étranger qui ignore vraisemblablement son droit de notification ne doit pas être présumé avoir renoncé aux protections prévues par l'article 36 au seul motif qu'il n'aurait pas fait valoir ce droit dans le cadre d'une procédure pénale étatique» (CR 2003/24, par 244).

35 La pratique concrète et reconnue des juridictions américaines quant à l'interprétation et à l'application du paragraphe 2 de l'article 36 et de l'arrêt *LaGrand* nuit considérablement au respect du principe de réexamen et de révision, cette pratique n'ouvrant aucune voie de droit qui puisse s'accorder avec la lettre et l'esprit de la convention de Vienne et de l'arrêt *LaGrand*. Les juridictions des Etats-Unis sont condamnées à se répéter, prisonnières qu'elles sont d'un carcan juridique né du système



does not regard a breach of Article 36 as a breach of a constitutional right.

36. The detained foreign person subject to a trial in the judicial system of the United States will find himself trapped in a cloistered legal situation. He may be unaware of his rights to consular notification and communication. And then due to the failure of the competent authorities to comply with Article 36, he will be unable to raise the violation of his rights as an issue at trial. Because of that, and since he did not claim his rights at the proper judicial time due to ignorance, federal and state courts will hold the doctrine of procedural default, which will bring about the defeat of remedies for the violation of rights established by Article 36. As a result of this chain of judicial events, there will be a legal impossibility to escape from this entrapment unless a way out is provided by a precise definition of the purposes that are to be achieved by a process of review and reconsideration. Such a definition must break the barrier that imposes a recurrent and absurd circular legal argument, one that paralyzes any meaningful remedial action that may be undertaken when there is a breach of Article 36.

37. In the present Judgment the Court correctly states (para 112) that the problem to which attention was drawn in the *LaGrand* case, and which is also pertinent in the present case,

“arises when the procedural default rule does not allow the detained individual to challenge a conviction and sentence by claiming, in reliance on Article 36, paragraph 1, of the Convention, that the competent national authorities failed to comply with their obligation to provide the requisite consular information “without delay”, thus preventing the person from seeking and obtaining consular assistance from the sending State.” (*I C J Reports 2001*, p 497, para 90) ”

On this basis, the Court concluded in *LaGrand* that “the procedural default rule prevented counsel for the LaGrands to effectively challenge their convictions and sentences other than on United States constitutional grounds” (*I C J Reports 2001*, p. 497, para 91). But what is even more relevant is the finding of the Court in the present case: “This statement of the Court seems equally valid in relation to the present case, where a number of Mexican nationals have been placed exactly in such a situation” (Judgment, para 112.) Furthermore, there is one additional important conclusion:

“the Court simply notes that the procedural default rule has not been revised, nor has any provision been made to prevent its application in cases where it has been the failure of the United States itself to inform that may have precluded counsel from being in a position to have raised the question of a violation of the Vienna Convention in the initial trial” (Judgment, para 113)

actuel, qui ne voit pas dans une violation de l'article 36 la violation d'un droit constitutionnel

36 Dans le système judiciaire des Etats-Unis, un étranger détenu en instance de jugement se trouvera dans une impasse juridique. Peut-être n'a-t-il pas connaissance des droits qui sont les siens en matière de notification et de communication consulaires. Dans ce cas, les autorités compétentes ne respectant pas l'article 36, il ne pourra pas, au procès, tirer grief de la violation de ses droits. A cause de cela, et du fait que l'intéressé aura manqué, par ignorance, de faire valoir ses droits au bon moment de la procédure judiciaire, les juridictions fédérales et étatiques appliqueront la règle de la carence procédurale, qui fera échec aux recours intentés pour remédier à la violation des droits établis par l'article 36. Par suite de cet enchaînement d'événements judiciaires, il sera juridiquement impossible de sortir de cette ornière, à moins de vaincre cette difficulté en définissant précisément les objectifs du processus de réexamen et de révision. C'est par une telle définition que pourra être levé l'obstacle créé par ce cercle vicieux juridiquement absurde qui paralyse tout véritable recours susceptible d'être formé lorsqu'il y a violation de l'article 36.

37 Dans le présent arrêt, la Cour rappelle à juste titre (par. 112) que le problème qui était en cause dans l'affaire *LaGrand*, et qui intéresse aussi notre affaire,

«se pose lorsque la règle de la carence procédurale ne permet pas à une personne détenue de faire recours contre sa condamnation et sa peine en prétendant, sur la base du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention, que les autorités nationales compétentes ne se seraient pas acquittées de leur obligation d'informer «sans retard» les autorités consulaires compétentes, empêchant par là même cette personne de solliciter et d'obtenir l'assistance consulaire de l'Etat d'envoi » (*C I J Recueil 2001*, p. 497, par 90) »

Sur cette base, la Cour avait conclu dans l'affaire *LaGrand* que «la règle de la carence procédurale a[avait] empêché les avocats des *LaGrand* de remettre en cause de façon efficace, si ce n'est sur la base du droit constitutionnel des Etats-Unis, leurs condamnations et leurs peines» (*C I J Recueil 2001*, p. 497, par. 91). Mais ce qui revêt encore davantage de pertinence, c'est ce que la Cour déclare en la présente espèce. «Cette conclusion paraît être aussi valable dans la présente affaire, où un certain nombre de ressortissants mexicains se sont retrouvés exactement dans la même situation » (Arrêt, par. 112) On relèvera une autre conclusion importante :

«la Cour se contentera de noter 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 dans les cas où le défaut d'information imputable aux Etats-Unis eux-mêmes n'aurait pas permis aux avocats de soulever en première instance la question de la violation de la convention de Vienne» (arrêt, par. 113)

38 In examining the issue of the procedural default doctrine, the Court seems to agree, in the first instance, with the contention made by Mexico, the argument as expressed by Mexico being basically the following

“‘a defendant who could have raised, but fails to raise, a legal issue at trial will generally not be permitted to raise it in future proceedings, on appeal or in a petition for a writ of *habeas corpus*’ [Memorial of Mexico (MM), para. 224] The rule requires exhaustion of remedies, *inter alia*, at the state level and before a *habeas corpus* motion can be filed with federal courts. In the *LaGrand* case, the rule in question was applied by the United States federal courts; in the present case, Mexico also complains of the application of the rule in certain state courts of criminal appeal [MM, paras 228-229]” (Judgment, para 111 )

39 There seems to be an essential coincidence between Mexico’s arguments and the reasoning contained in the present Judgment. The Court establishes the following basic premises

- (a) “the procedural default rule has not been revised, nor has any provision been made to prevent its application in cases where it has been the failure of the United States itself to inform that may have precluded counsel from being in a position to have raised the question of a violation of the Vienna Convention in the initial trial”,
- (b) “[i]t thus remains the case that the procedural default rule may continue to prevent courts from attaching legal significance to the fact, *inter alia*, that the violation of the rights set forth in Article 36, paragraph 1, prevented Mexico, in a timely fashion, from retaining private counsel for certain nationals and otherwise assisting in their defence”,
- (c) “[i]n such cases, application of the procedural default rule would have the effect of preventing ‘full effect [from being] given to the purposes for which the rights accorded, under this Article are intended’, and thus violate paragraph 2 of Article 36”;
- (d) “in several of the cases cited in Mexico’s final submissions the procedural default rule has already been applied, and that in others it could be applied at subsequent stages in the proceedings” (Judgment, para 113)

40 Being in essence in agreement with these fundamental premises, the Court and Mexico then part company and reach different conclusions. Mexico contends that the United States has violated and continues to violate the Vienna Convention

“By applying provisions of its municipal law to defeat or foreclose remedies for the violation of rights conferred by Article 36 — thus failing to provide meaningful review and reconsideration of severe

38 Lorsqu'elle examine la question de la doctrine de la carence procédurale, la Cour semble tout d'abord donner raison au Mexique, l'argument formulé par ce dernier étant essentiellement le suivant

«le défendeur qui aurait pu soulever une question de droit lors d'un procès, mais ne l'a pas fait, n'est généralement pas autorisé à le faire dans les étapes suivantes de la procédure, en appel ou au stade de la requête en *habeas corpus* [mémoire du Mexique, par 224]» Cette règle exige que soient épuisées les voies de recours, entre autres au niveau de l'Etat, avant qu'un recours en *habeas corpus* puisse être introduit devant les juridictions fédérales Dans l'affaire *LaGrand*, la règle en question était celle qu'avaient appliquée les juridictions fédérales américaines, dans la présente espèce, le Mexique se plaint aussi de l'application de cette règle par certaines cours d'appel pénales au niveau des Etats [*ibid*, par 228-229] » (Arrêt, par. 111)

39 Les arguments du Mexique et le raisonnement contenu dans le présent arrêt semblent se rejoindre sur l'essentiel. La Cour énonce les prémisses fondamentales suivantes

- a) «la règle de la carence procédurale n'a pas été révisée et il n'a pas davantage été pris de dispositions pour empêcher son application dans les cas où le défaut d'information imputable aux États-Unis eux-mêmes n'aurait pas permis aux avocats de soulever en première instance la question de la violation de la convention de Vienne»;
- b) «[i]l se peut ainsi que la règle de la carence procédurale continue à empêcher les tribunaux d'attacher une portée juridique notamment au fait que la violation des droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36 a empêché le Mexique de retenir en temps utile les services d'avocats privés pour assurer la représentation de certains de ses ressortissants et de les assister d'autre façon dans leur défense»,
- c) «[d]ans ces hypothèses, l'application de la règle de la carence procédurale aurait pour effet d'empêcher «la pleine réalisation des fins pour lesquelles [d]es droits sont accordés en vertu [dudit] article» et violerait par conséquent le paragraphe 2 de l'article 36»,
- d) «dans plusieurs des cas visés dans les conclusions finales du Mexique la règle de la carence procédurale a déjà trouvé application et dans d'autres elle pourrait être appliquée dans la suite de la procédure» (arrêt, par 113)

40 Essentiellement d'accord avec ces prémisses fondamentales, la Cour et le Mexique divergent ensuite, pour parvenir à des conclusions différentes Le Mexique soutient que,

«[e]n appliquant les dispositions de leur droit interne pour rejeter ou empêcher les recours au titre de la violation des droits conférés par l'article 36 — et en ne permettant pas, de ce fait, un réexamen et

sentences imposed in proceedings that violated Article 36.” (MM, p 93, para 226 )

41 One first issue in Mexico’s argument is related to the continuity in the non-compliance and the non-applicability, in the courts of the United States, of the concept of “review and reconsideration” mandated in *LaGrand* But there is an additional element

“despite this Court’s clear analysis in *LaGrand*, U S 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” (MM, p 93, para 227).

42 More as an expression of hope than as a reflection of the mechanics that have been imposed in the United States courts by the application of the procedural default doctrine, the present Judgment finds that, with the exception of Mr. Fierro (case No 31), Mr Moreno (case No. 39) and Mr Torres (case No. 53), where conviction and sentence have become final, in none of the other 49 cases

“have the criminal proceedings against the Mexican nationals concerned already reached a stage at which there is no further possibility of judicial re-examination of those cases, that is to say, all possibility is not yet excluded of ‘review and reconsideration’ of conviction and sentence, as called for in the *LaGrand* case It would therefore be premature for the Court to conclude at this stage that, in those cases, there is already a violation of the obligations under Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention ” (Judgment, para 113.)

43 The Court may be right in leaving open a possibility of a process of review and reconsideration and in finding that it is premature to conclude that there is already a breach of Article 36 But if the post-*LaGrand* experience is of any value, the potential to submit the rule of procedural default to a meaningful and effective system of review and reconsideration by the courts of the United States is rather remote Notwithstanding the clear mandate provided in the *LaGrand* Judgment, the aftermath of *LaGrand* provides evidence that there is little judicial wish in the United States courts to “allow the review and reconsideration of the conviction and sentence by taking account of the violation of the rights set forth” in the Vienna Convention, as ordered by the Court in the *LaGrand* Judgment

44 The fact is that, as has been already stated, no judicial review and

une revision effectifs des peines sévères imposées au terme de procédures entachées de violations de l'article 36» (mémoire du Mexique, p 93, par 226),

les Etats-Unis ont violé et continuent de violer la convention de Vienne

41. Un premier élément de l'argumentation du Mexique a trait au caractère continu du non-respect et de la non-applicabilité, dans les tribunaux américains, du principe de «réexamen et de revision» prescrit en l'affaire *LaGrand*. Mais il y a un élément supplémentaire

«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 compétentes n'avaient pas respecté l'article 36» (mémoire du Mexique, p. 93, par 227)

42. Exprimant davantage une aspiration qu'une réflexion sur les mécanismes qu'impose aux tribunaux américains l'application de la doctrine de la carence procédurale, le présent arrêt conclut que, si l'on excepte les cas de MM Fierro (n° 31), Moreno (n° 39) et Torres (n° 53) — dont la déclaration de culpabilité et la peine ont acquis un caractère définitif —, dans aucun des quarante-neuf autres cas

«les procédures pénales engagées contre les ressortissants mexicains n'en sont . encore arrivées au stade où il n'existerait plus aucune possibilité de recours judiciaire, autrement dit, il n'est pas encore exclu que les verdicts de culpabilité et les peines soient «réexaminés et révisés», comme le demandait la Cour dans l'affaire *LaGrand*. Il serait donc prématuré de la part de la Cour de conclure à ce stade qu'il y a déjà, dans ces cas, violation des obligations découlant du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne » (Arrêt, par. 113)

43. Peut-être la Cour a-t-elle raison de ne pas écarter toute possibilité de réexamen et de revision et de juger prématuré de conclure qu'il y a déjà violation de l'article 36. Mais si l'on tire quelque enseignement de l'expérience acquise depuis *LaGrand*, on sait que les chances de soumettre la règle de la carence procédurale à un système véritable et effectif de réexamen et de revision par les juridictions des Etats-Unis sont plutôt minces. Nonobstant les termes sans équivoque utilisés dans cette décision, l'après-*LaGrand* démontre que les juridictions des Etats-Unis ne sont guère enclines à «permettre le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus» dans la convention de Vienne, ainsi que la Cour le leur a ordonné dans l'arrêt *LaGrand*.

44. Le fait est que, comme il a déjà été dit, le réexamen et la revision

reconsideration is left for Mr Fierro (case No. 31), Mr Moreno (case No 39), and Mr Torres (case No 53), since there are no further judicial remedies for these three Mexican nationals who, according to the Court, have been at risk of execution at least from the time the Court ordered provisional measures on 5 February 2003, obligating the United States to take all necessary steps to ensure that they were not executed before the Court rendered judgment on Mexico's claims. In addition to these three cases, ten Mexican nationals are unable to challenge their convictions and sentences on the basis of violations of Article 36, paragraph 1, because their ability to do so has been barred by the procedural default doctrine. Furthermore, 18 Mexican nationals will find themselves in a similar situation, because they did not raise the Vienna Convention claims at trial. Again, because of the procedural default rule, they will also be barred from challenging their convictions and sentences on this basis, once they attempt to raise the claim on appeal or in post-conviction proceedings that are still ongoing (CR 2003/24, p 69, para 245)

45 It seems far beyond the realm of the possible that these 31 Mexican nationals can rely, once they have no further judicial redress, or once they are subject to the application of the procedural default doctrine, on a process of judicial review and reconsideration by the United States courts. The room for legal manoeuvring is already too narrow to deposit any realistic hope in an effective and meaningful judicial remedy once the procedural default rule is put into operation. One cannot but share the view provided by the Court in the present Judgment:

“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 and is limited to seeking the vindication of his rights under the United States Constitution.” (Judgment, para 134)

Yet having reached such an unobjectionable conclusion, the Court does not follow its holding to its ultimate consequences, remaining much too shy as to the redress that should be provided. It is not unreasonable to assume that once the judicial process is completed and the remedies for the violations are finally unavailable, a denial of justice may come into being, unleashing a chain of legal consequences at the international level.

## VIII

46 According to Article 36, paragraph 1 (c), consular officers have the right to arrange for the legal representation of a national who is in prison, custody or detention. Such a right is particularly important in

judiciaires ne peuvent plus être appliqués à MM Fierro (cas n° 31), Moreno (cas n° 39) et Torres (cas n° 53), puisque aucune voie de recours judiciaire n'est plus ouverte à ces trois ressortissants mexicains qui, d'après la Cour, risquent d'être exécutés depuis, au moins, qu'elle a indiqué des mesures conservatoires le 5 février 2003, obligeant les Etats-Unis à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir que les intéressés ne seraient pas exécutés avant qu'elle statue sur les demandes du Mexique. Outre ces trois cas, dix ressortissants mexicains sont, de par la doctrine de la carence procédurale, dans l'incapacité de contester, sur la base des violations du paragraphe 1 de l'article 36, le verdict de culpabilité et la peine prononcés à leur encontre. En outre, dix-huit ressortissants mexicains vont se trouver dans une situation similaire faute d'avoir excipé de la convention de Vienne au procès. Là encore, à cause de la règle de la carence procédurale, les ressortissants en question seront empêchés de contester sur cette base le verdict de culpabilité et la peine prononcés à leur encontre, dès lors qu'ils tenteront de faire valoir ce moyen dans des procédures en appel ou celles, toujours pendantes, engagées après leur condamnation (CR 2003/24, p 69, par 245)

45 Il semble tout à fait utopique de penser que ces trente et un ressortissants mexicains pourront compter, une fois qu'ils auront épuisé tous les recours en justice ou dès lors que la doctrine de la carence procédurale leur sera appliquée, sur un processus de réexamen et de révision judiciaires de la part des tribunaux américains. La marge de manœuvre, du point de vue juridique, est déjà bien trop restreinte pour autoriser quelque espoir raisonnable que ce soit de former un recours juridique effectif et véritable une fois la règle de la carence procédurale mise en œuvre. On ne peut que partager les vues exprimées par la Cour dans le présent arrêt

«Le 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 et ne peut que chercher à faire valoir ses droits au titre de la Constitution des Etats-Unis » (Arrêt, par 134)

Pourtant, après être parvenue à une conclusion si indiscutable, la Cour ne va pas jusqu'au bout de son raisonnement, restant par trop timorée quant au remède à appliquer. Il n'est pas déraisonnable de penser que, une fois le processus judiciaire parvenu à son terme et les recours en violation définitivement exclus, un déni de justice risque de voir le jour, déclenchant une série de conséquences juridiques à l'échelon international

## VIII

46 Aux termes de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 36, les fonctionnaires consulaires ont le droit de pourvoir à la représentation en justice d'un ressortissant qui est incarcéré, en état de détention préventive ou



cases in which a severe penalty may be imposed. In a peculiar interpretation of the nature of this right, in the present Judgment it is pointed out that

“the exercise of the rights of the sending State under Article 36, paragraph 1 (c), depends upon notification by the authorities of the receiving State. It may be, however, that information drawn to the attention of the sending State by other means may still enable its consular officers to assist in arranging legal representation.”  
(Judgment, para 104)

And then the Judgment reaches a conclusion that may have no factual or legal support

“the Mexican consular authorities learned of their national’s detention in time to provide such assistance, either through notification by United States authorities (*albeit belatedly in terms of Article 36, paragraph 1 (b)*), or through other channels” (*ibid*, emphasis added)

in the case of the 16 Mexican nationals that are listed in the Judgment, providing their name and the number of their case

47 A review of these 16 cases should lead to a different conclusion. In most if not all cases legal representation was badly needed from the very beginning, when such assistance is of the utmost necessity and benefit. In certain of the quoted cases the legal representation was provided when the Mexican national had already been convicted. There are certain cases of severe mental illness that required proper legal representation at an early stage of the trial, one that could have been provided by a consular officer ready to assist also in the impaired and disadvantaged condition of the mentally ill Mexican national. There are cases of mental retardation, a circumstance that facilitated incriminating statements made without a lawyer being present, which later negatively affected the Mexican national during his trial. There are certain cases of confessions obtained through torture, an event that would certainly contradict the notion that notification was not so late as to effectively preclude arranging legal representation. There are certain cases of Mexican nationals that understood no English whatsoever, be it written or spoken, and yet had to sign self-incriminating statements without the benefit of an interpreter or of a Spanish-speaking lawyer. There are certain cases where Mexican consular officials learned of the arrest of a Mexican national three years after his arrest, once he had been already sentenced to death.

48 From a legal point of view, a matter of great concern must be the notion implicit in the Judgment that notification under Article 36, paragraph 1 (b), albeit not made “without delay”, was not so late as to effectively preclude legal representation (Judgment, para 104). In most if not

toute autre forme de détention. Ce droit est particulièrement important lorsque l'intéressé risque une peine sévère. Or, dans une interprétation singulière de la nature de ce droit, le présent arrêt indique que

«l'exercice des droits de l'Etat d'envoi en vertu de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 36 est tributaire de la notification opérée par les autorités de l'Etat de résidence. Des éléments d'information portés à la connaissance d'un Etat d'envoi par d'autres moyens peuvent toutefois permettre à ses fonctionnaires consulaires de prêter leur assistance en vue de pourvoir à la représentation en justice d'un ressortissant de cet Etat » (Arrêt, par 104)

Puis l'arrêt en vient à une conclusion qui n'a peut-être de fondement ni factuel, ni juridique. dans le cas des seize ressortissants mexicains énumérés dans l'arrêt par leur nom et le numéro correspondant à leur cas,

«les autorités consulaires mexicaines ont appris la détention en temps utile pour fournir une telle assistance, soit par la notification donnée par les autorités américaines (*bien que celle-ci eût été tardive au sens de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36*), soit par d'autres moyens» (*ibid*, les italiques sont de moi)

47 Une analyse de ces seize cas devrait conduire à une conclusion différente. Dans la plupart d'entre eux, sinon tous, l'intéressé aurait sérieusement eu besoin d'être représenté en justice dès le début de la procédure, lorsque cette assistance est le plus nécessaire et le plus profitable. Dans plusieurs des cas cités, il a été pourvu à la représentation en justice du ressortissant mexicain alors que celui-ci avait déjà été déclaré coupable. Dans certains cas, l'accusé, souffrant d'une grave maladie mentale, aurait dû bénéficier d'une représentation en justice adéquate à un stade précoce de la procédure judiciaire, représentation qu'aurait pu assurer un fonctionnaire consulaire disposé à lui venir également en aide dans sa situation handicapante et défavorisée. Dans d'autres cas, le ressortissant mexicain, souffrant d'arriération mentale, a témoigné plus facilement contre lui-même hors la présence d'un avocat, ce qui lui a ensuite porté préjudice au procès. Ailleurs encore, des aveux ont été obtenus par la torture, ce qui exclut assurément l'idée que la notification n'était pas tardive au point d'empêcher effectivement le Mexique de pourvoir à la représentation en justice de son ressortissant. Certains des ressortissants mexicains ne comprenaient ni ne lisaient un seul mot d'anglais et ont pourtant dû signer, sans bénéficier de l'aide d'un interprète ou d'un avocat hispanophone, des déclarations dans lesquelles ils se mettaient en cause. Dans d'autres cas enfin, les fonctionnaires consulaires mexicains ont appris l'arrestation d'un ressortissant mexicain trois ans plus tard, une fois l'intéressé déjà condamné à la peine capitale.

48 D'un point de vue juridique, on ne peut qu'être gravement préoccupé par la notion, implicitement contenue dans l'arrêt, selon laquelle la notification prévue à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36, bien que non intervenue «sans retard», n'a pas été tardive au point d'empêcher

all of the 16 cases quoted there was no consular notification made by the competent authorities, which has already been found to be a violation of Vienna Convention obligations. In the operative part of the Judgment, the Court clearly establishes that the United States is in breach of the obligations imposed upon it by Article 36, paragraph 1 (a), (b) and (c). Three fundamental breaches are found by the Court (not informing without delay of the rights of 51 Mexican nationals, not notifying the appropriate Mexican consular post without delay of the arrest of 48 Mexican nationals, depriving Mexico of the right to provide, *in a timely fashion*, assistance to the individuals concerned, depriving Mexico of the right, *in a timely fashion*, to communicate with and have access to its nationals and to visit them in detention). Yet it seems rather odd that the Court, in spite of these findings, establishes, with no further argument, that "Mexican consular authorities learned of their national's detention in time to provide" legal assistance. Furthermore, the "without delay" breach, already established by the Court, radically contradicts the idea that legal representation may be provided at a later period, belatedly, whatever the circumstances of the detention and whatever the stage of the trial may be, without infringing Article 36, paragraph 2. This exegesis of the Vienna Convention finds no foundation in the text of the treaty and defeats the traditional rules of hermeneutics. But, in addition to the breach of Article 36, nothing in the Vienna Convention allows for such an interpretation, one that subjectively declares whether or not legal representation in accordance with Article 36, paragraph 1 (c), is being provided at the right time. Such an interpretation does not comply with the Vienna Convention or with any of the previous holdings of the Court. Yet its consequences are most damaging. It means excluding from the decision of the Court those 16 cases quoted in paragraph 104 of the present Judgment. If, as Mexico claims, it has been deprived specifically to arrange legal representation, and consequently its nationals were deprived of the possibility of receiving the corresponding assistance, under Article 36, paragraph 1 (c), and the claim is to be applicable only to the 34 Mexican nationals listed in paragraph 106 (4) of the Judgment and mentioned in finding No. 7 of its operative part, then the dramatic effect is that, without any legal or factual basis, Mexico and 16 Mexican nationals are being deprived of their right to provide and receive legal representation in criminal proceedings that have resulted in their being on death row. Such a dramatic effect runs contrary to previous findings by the Court:

"It follows that when the sending State is unaware of the detention of its nationals due to the failure of the receiving State to pro-

effectivement la représentation en justice (arrêt, par 104) Dans la plupart, sinon dans la totalité, des seize cas cités, les autorités compétentes n'ont pas procédé à la notification consulaire, ce qui a déjà été jugé contraire aux obligations dictées par la convention de Vienne Dans le dispositif de son arrêt, la Cour établit clairement que les Etats-Unis ont violé les obligations leur incombant en vertu des alinéas *a*), *b*) et *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 La Cour constate que trois violations fondamentales ont été commises (en n'informant pas sans retard les cinquante et un ressortissants mexicains de leurs droits, en ne notifiant pas sans retard au poste consulaire mexicain approprié l'arrestation des quarante-huit ressortissants mexicains, privant le Mexique du droit de prêter assistance, *en temps utile*, aux intéressés, en privant le Mexique du droit, *en temps utile*, de communiquer avec ses ressortissants et de se rendre auprès d'eux lorsqu'ils sont en détention). Il semble donc plutôt curieux que la Cour, malgré ces conclusions, déclare sans autre explication que «les autorités consulaires mexicaines ont appris la détention de leur ressortissant en temps utile pour lui fournir» une assistance juridique En outre, la violation de l'obligation d'agir «sans retard», déjà établie par la Cour, contredit radicalement l'idée que la représentation en justice puisse être assurée à une période ultérieure, tardivement, quels que soient les circonstances de la détention et le degré d'avancement de la procédure judiciaire, sans qu'il y ait là violation du paragraphe 2 de l'article 36. Cette exégèse de la convention de Vienne ne trouve aucun fondement dans le texte de cette dernière, et défie les règles de l'herméneutique Mais, outre la violation de l'article 36, rien dans la convention de Vienne n'autorise pareille interprétation, qui consiste à déclarer subjectivement s'il est ou non pourvu au bon moment à la représentation en justice du ressortissant, conformément à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36. Une telle interprétation ne respecte ni la convention de Vienne, ni aucune des décisions antérieures de la Cour Or, ses conséquences sont des plus néfastes Elle impose d'exclure de la décision de la Cour les seize cas qui sont cités au paragraphe 104 du présent arrêt Si le Mexique a, comme il le prétend, été privé spécifiquement du droit de pourvoir à la représentation en justice de ses ressortissants, en conséquence de quoi ces derniers ont été privés de la possibilité de bénéficier de l'assistance correspondante, en vertu de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 — et cette allégation doit s'appliquer uniquement aux trente-quatre ressortissants mexicains qui sont énumérés à l'alinéa 4 du paragraphe 106 de l'arrêt et mentionnés au point 7 du dispositif —, alors la conséquence tragique en est que, sans motif juridique ou factuel, le Mexique et seize de ses ressortissants se trouvent privés de leur droit de représentation en justice (d'y pourvoir pour le premier et d'en bénéficier pour les seconds) dans le cadre de procédures pénales qui ont fait que les accusés se trouvent aujourd'hui dans le couloir de la mort Cette conséquence tragique va à l'encontre des déclarations antérieures de la Cour

«Il s'ensuit que, lorsque l'Etat d'envoi n'a pas connaissance de la détention de l'un de ses ressortissants, parce que l'Etat de résidence

vide the requisite consular notification without delay, . . . the sending State has been prevented for all practical purposes from exercising its rights under Article 36, paragraph 1. It is immaterial for the purposes of the present case whether the LaGrands would have sought consular assistance from Germany, whether Germany would have rendered such assistance, or whether a different verdict would have been rendered. It is sufficient that the Convention conferred these rights, and that Germany and the LaGrands were in effect prevented by the breach of the United States from exercising them, had they so chosen." (*LaGrand, Judgment, I C J Reports 2001*, p 492, para. 74 )

49 The purpose of Article 36 is to facilitate the exercise of consular functions related to nationals of the sending State. It imposes a number of obligations on the receiving State and provides certain rights of consular protection on behalf of a national of the sending State that has been "arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner". Whenever such an event may happen, the receiving State "shall, without delay, inform the consular post of the sending State". Additionally, "consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention . . . to arrange for his legal representation". Surely the essential objective of this principle is to guarantee that the protected national who is in prison, custody or detention has the benefit of expert legal advice before any action is taken potentially detrimental to his rights. As a consequence of this principle, the notification should be given immediately and prior to interrogation, especially in the case of serious crimes, if the exercise of right is to be useful.

## IX

50 The right of the consular officer to arrange for the legal representation of the protected national is beyond question. If the competent authorities of the receiving State are under the obligation to inform the protected national, without delay, of his rights of consular assistance, which include arranging for legal representation, in accordance with Article 36, then this principle can be regarded as closely related, in spirit and content, to the Miranda warning. The Advise of Rights established in the Miranda warning comprises seven elements. Four of them are directly linked to legal representation:

- (a) you have the right to talk to a lawyer for advice before we ask you any questions,
- (b) you have the right to have a lawyer with you during your questioning,
- (c) if you cannot afford a lawyer, one will be appointed for you before any questioning if you wish, and

n'a pas effectué sans retard la notification consulaire requise, l'Etat d'envoi se trouve dans l'impossibilité pratique d'exercer, à toutes fins utiles, les droits que lui confère le paragraphe 1 de l'article 36. Peu importe à cet égard de savoir, aux fins de la présente instance, si les LaGrand auraient sollicité l'assistance consulaire de l'Allemagne, si l'Allemagne leur aurait apporté une telle assistance et si un verdict différent aurait alors été prononcé. Il suffit de constater que la convention conférerait ces droits, et que l'Allemagne et les LaGrand, eussent-ils souhaité s'en prévaloir, ont en fait été empêchés de le faire en raison de la violation commise par les Etats-Unis » (*LaGrand, arrêt, C I J Recueil 2001*, p 492, par. 74)

49 Le but de l'article 36 est de faciliter l'exercice des fonctions consulaires à l'égard de ressortissants de l'Etat d'envoi. Cet article impose certaines obligations à l'Etat de résidence et établit certains droits à la protection consulaire en faveur du ressortissant de l'Etat d'envoi qui a été « arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention ». Dès lors qu'une telle chose se produit, l'Etat de résidence « doit ] avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi ». De plus, « [ ] les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention et de pourvoir à sa représentation en justice ». L'objectif essentiel de ce principe ne peut être que de garantir que le ressortissant protégé qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention bénéficie des conseils d'un avocat compétent avant que ne soit prise aucune mesure susceptible de léser ses droits. De ce principe, il découle que, sauf à perdre sa raison d'être, la notification doit avoir lieu immédiatement et avant l'interrogatoire, surtout dans le cas de crimes graves.

## IX

50 Le droit qu'a le fonctionnaire consulaire de pourvoir à la représentation en justice du ressortissant protégé ne saurait être contesté. Si les autorités compétentes de l'Etat de résidence sont tenues d'informer sans retard ce ressortissant de son droit à l'assistance consulaire — et, partant, à ce qu'il soit pourvu à sa représentation en justice — en application de l'article 36, alors ce principe peut être considéré comme étroitement lié, tant par la lettre que par l'esprit, à la règle *Miranda*. La lecture des droits *Miranda*, établie par la règle du même nom, comprend sept éléments, dont quatre sont directement liés à la représentation en justice :

- a) la personne placée en état d'arrestation a le droit de consulter un avocat avant le début de l'interrogatoire,
- b) elle a le droit d'exiger la présence d'un avocat pendant l'interrogatoire,
- c) si elle n'a pas les moyens d'engager un avocat elle-même, il lui en sera commis un d'office avant le début de l'interrogatoire, si elle le souhaite, et

(d) if you decide to answer questions now without a lawyer present, you have the right to stop answering at any time

51. To be useful, the consular right to arrange for the legal representation of the protected national should be exercised by the sending State as soon as possible. There should be a corresponding obligation on the part of the receiving State not to undertake any action that may affect the rights of the protected person. To this effect, it may be useful to quote *LaGrand*

“the procedural default rule prevented them from attaching any legal significance to the fact, *inter alia*, that the violation of the rights set forth in Article 36, paragraph 1, prevented Germany, *in a timely fashion*, from retaining private counsel for them and otherwise assisting their defence as provided for by the Convention” (*LaGrand, Judgment, I C J Reports 2001*, pp 497-498, para. 91, emphasis added)

52. The essence of the controversy centres on the nature and scope of the rights provided by Article 36. If the United States courts deny that the Vienna Convention creates individual rights no conciliation will be found with the *LaGrand* Judgment, which has already recognized the existence of such individual rights. The issue to be decided is whether a breach of Article 36 will mean, under certain circumstances, a breach of a constitutional right, thus violating the principle of due process of law and the individual rights of the foreign national subject to a trial.

53. The Miranda warning, an integral part of the United States system of constitutional rights, includes a number of principles related to legal representation, regarded as fundamental due process rights. One of the purposes of Article 36 is to identify and validate certain individual rights. This principle has been clearly established in the *LaGrand* Judgment. To exercise an individual right there is a need to provide a mechanism for its implementation, since rights do not operate in a void. The importance of this mechanism is particularly relevant whenever there is a breach of the corresponding obligations, imposing a duty to redress the wrong done.

54. The Miranda warning provides the foundation for due process of law of the detained person from the very moment of his arrest. As may be understood by the findings in the *LaGrand* Judgment and in the present Judgment, under certain circumstances Article 36 establishes a number of basic elements to ensure a fair trial from the time a foreign national is subject to custody by competent authorities up to the end of his judicial process. There is an intimate link between the Miranda warning and Article 36 in the sense that both aim at creating a scheme of protection of rights that directly impinge on the fairness of a trial. This scheme of protection may and should become effective and operative from the very first

d) si elle décide de répondre sur le champ sans être assistée d'un avocat, elle a le droit de cesser de répondre à tout moment

51 L'effectivité du droit consulaire qu'a l'Etat d'envoi de pourvoir à la représentation en justice du ressortissant protégé est subordonnée à l'exercice sans délai de ce droit. L'Etat de résidence doit avoir l'obligation concomitante de ne rien entreprendre qui puisse porter atteinte aux droits de la personne protégée. Il n'est peut-être pas inutile, à cet égard, de citer l'arrêt *LaGrand*

«la règle de la carence procédurale empêchait [les tribunaux américains] d'attacher des conséquences juridiques au fait, notamment, que la violation des droits prévus au paragraphe 1 de l'article 36 n'avait pas permis à l'Allemagne d'assurer *en temps opportun* aux frères LaGrand le concours d'avocats privés et de les assister, de manière générale, dans leur défense, comme le prévoit la convention» (*LaGrand, arrêt, C I J Recueil 2001*, p. 497-498, par. 91; les italiques sont de moi)

52 Le cœur de la controverse réside ici dans la nature et dans la portée des droits prévus par l'article 36. Si les tribunaux américains refusent de reconnaître que la convention de Vienne crée des droits individuels, il sera difficile de concilier ce refus avec le contenu de l'arrêt *LaGrand*, qui a déjà reconnu l'existence de tels droits individuels. La question à trancher est celle de savoir si une violation de l'article 36 vaudra, dans certaines circonstances, violation d'un droit constitutionnel, portant dès lors atteinte au principe d'une procédure régulière et aux droits individuels du ressortissant étranger en instance de jugement.

53 Lors de la lecture des droits *Miranda*, qui fait partie intégrante du système américain de droits garantis par la Constitution, sont énoncés un certain nombre de principes touchant à la représentation en justice et considérés comme fondamentaux pour les droits de la défense. Comme l'a clairement établi l'arrêt *LaGrand*, l'un des buts de l'article 36 est d'affirmer certains droits individuels. Pour qu'un droit individuel puisse trouver à s'exercer, un cadre doit être créé dans lequel ce droit pourra être mis en œuvre, un droit ne s'exerçant pas dans le vide. Un tel mécanisme est particulièrement important en cas de manquement aux obligations correspondantes, imposant réparation du tort causé.

54 C'est sur la lecture des droits *Miranda* que repose la régularité de la procédure dont fait l'objet la personne détenue, et ce, dès son arrestation. Ainsi qu'il ressort des conclusions énoncées dans l'arrêt *LaGrand* et dans le présent arrêt, lorsque certaines conditions sont réunies, l'article 36 établit plusieurs principes fondamentaux visant à garantir un procès équitable depuis le moment où le ressortissant étranger est placé en détention par les autorités compétentes jusqu'à la fin de la procédure judiciaire. La lecture des droits *Miranda* et l'article 36 sont intimement liés, en ce sens que tous deux visent à créer un mécanisme de protection des droits qui ont une incidence directe sur le caractère équitable d'un



stages, preserving the rights of the detained person from an interrogation that may do him an unjustified harm at a later period of his judicial process. Under these assumptions, the individual rights of a detained person will be better protected if the corresponding consular officer arranges for his legal representation, involving a defence counsel of quality and with experience in the legal procedures that affect foreign nationals in capital cases. The scheme of protection will also be essential on other issues that are also an integral part of due process of law: plea-bargaining, the gathering of evidence, submission of investigative evidence.

7

55 Consular protection may be an important element for due process of law, especially in capital cases. Depending on the circumstances of each case, individual rights emanating from Article 36 can be equated with constitutional rights when the question to decide is closely related to the fair administration of justice. If this premise is recognized and accepted, then the Fifth Amendment to the United States Constitution can be invoked. This amendment specifically provides for procedural guarantees in cases of “a capital or otherwise infamous crime”, adding that no person shall “be deprived of life, liberty or property, without due process of law”.

56 In *LaGrand*, the Court found that “it would be incumbent upon the United States to allow the review and reconsideration of the conviction and sentence by taking account of the violation of the rights set forth in the Convention”. These rights must be considered fundamental to due process. A distinction has been made by the United States, arguing that those rights are procedural rights and not substantive rights. But it may well be that a violation of a procedural right will profoundly affect due process of law. There has to be a fine line drawn between substantive rights and procedural rights in certain cases. In the *Miranda* warning, is the right to talk to a lawyer for advice before any questions are asked a substantive or a procedural right? Whatever the preference may be the answer to this question, the fact is that the *Miranda* warning is embedded in the constitutional system of the United States and is part of its legal culture. Fundamental procedural rights become an essential element in the protection of individual rights, transforming a legal instrument into a constitutional principle. Thus the rights afforded by Article 36 of the Vienna Convention should be considered fundamental to due process.

57 The Court found, in the *LaGrand* Judgment, that

“Article 36, paragraph 1 (b), spells out the obligations the receiving State has towards the detained person and the sending State

procès Ce mécanisme de protection peut et doit s'enclencher dès les toutes premières étapes, protégeant les droits de la personne détenue lors d'un interrogatoire qui risque de lui causer un préjudice injustifié à un stade ultérieur de la procédure judiciaire instituée à son encontre Les droits individuels d'une personne détenue seront mieux protégés si le fonctionnaire consulaire responsable pourvoit à sa représentation en justice, notamment en lui trouvant un défenseur qualifié et rompu aux procédures visant les ressortissants étrangers qui risquent la peine capitale Ce mécanisme de protection jouera également un rôle essentiel lors d'étapes ultérieures au cours desquelles doivent être protégés des droits intrinsèquement liés aux exigences d'une procédure régulière je pense par exemple à la négociation pénale (*plea bargaining*), à la constitution du dossier de preuve et à la production de preuves recueillies lors de l'enquête

55 La protection consulaire peut se révéler très importante pour garantir la régularité de la procédure, surtout dans les affaires susceptibles de déboucher sur une condamnation à la peine capitale Selon les circonstances propres à chaque affaire, les droits individuels découlant de l'article 36 peuvent être assimilés à des droits constitutionnels lorsque la question à résoudre touche de près à la bonne administration de la justice. En effet, dès lors qu'est remplie cette condition, le cinquième amendement de la Constitution des Etats-Unis peut être invoqué Celui-ci prévoit expressément certaines garanties procédurales en cas de «crime capital ou infamant», ajoutant que nul ne sera «privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure judiciaire régulière»

56. Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a conclu que «les Etats-Unis devraient permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention» Ces droits doivent être considérés comme fondamentaux pour la régularité de la procédure Une distinction a été opérée par les Etats-Unis, qui prétendent que ces droits sont des droits d'ordre procédural, et non des droits substantiels Mais la violation d'un droit procédural peut fort bien gravement entamer la régularité de la procédure judiciaire La distinction entre droits substantiels et droits procéduraux est parfois ténue Parmi les droits *Miranda*, celui de consulter un avocat avant l'interrogatoire est-il un droit substantiel ou un droit procédural? Quelle que soit la réponse, le fait est que ces droits sont solidement ancrés dans le système constitutionnel des Etats-Unis — la lecture des droits *Miranda* fait partie de la culture juridique américaine Les droits procéduraux fondamentaux sont devenus un élément essentiel de la protection des droits individuels, faisant d'un mécanisme juridique un principe constitutionnel C'est pourquoi les droits conférés par l'article 36 de la convention de Vienne doivent être considérés comme fondamentaux pour la régularité de la procédure

57 Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a conclu

«l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 énonce les obligations que l'Etat de résidence a vis-à-vis d'une personne détenue et de l'Etat

Based on the text of these provisions, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article I of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person" (*ICJ Reports 2001*, p 494, para 77)

The sending State is thus the depository of a right to provide consular protection to its detained nationals, and foreign nationals have the right to seek the assistance of its consular officers when detained. By depriving Mexico and its nationals of the exercise of the rights provided in the Vienna Convention and established by the Court in *LaGrand*, the breach committed by the United States has resulted in fundamentally unfair criminal proceedings for the Mexican nationals.

## X

58 Mexico has requested that, "pursuant to the injuries suffered by Mexico in its own right and in the exercise of diplomatic protection of its nationals, [it] is entitled to full reparation for these injuries in the form of *restitutio in integrum*" In the present Judgment, the Court seems, at first, to agree to the petition made by Mexico. It quotes what it considers to be the general principle applicable to the legal consequences of an internationally wrongful act: "It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form" (*Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No 8, 1927, P C I J, Series A, No 9, p 21*). Then the Court takes the argument further by quoting a classical elaboration of what reparation means:

"The essential principle contained in the actual notion of an illegal act — a principle that seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals — is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed" (*Factory at Chorzów, Merits, Judgment No 13, 1928, P C I J, Series A, No 17, p 47*).

59 If the Court had assumed the full consequences of this finding, made by its judicial predecessor, by establishing that, in the present case, the reparation for the violation should lie in "re-establishing the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed", that would have meant answering affirmatively all the remedial actions requested by Mexico.

60 But the Court has preferred to remain aloof from the principle of restoration and concentrate its attention in defining what it considers to be the task of the Court in the present case, which is "to determine what would be adequate reparation for the violation of Article 36" (Judgment, para 121) a concept that according to the Judgment "varies depending

d'envoi. Compte tenu du libellé de ces dispositions, la Cour conclut que le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité » (*C I J Recueil 2001*, p 494, par 77)

L'Etat d'envoi est donc titulaire d'un droit d'exercer sa protection consulaire en faveur de ses ressortissants détenus, de même que les ressortissants étrangers ont le droit de solliciter l'assistance des fonctionnaires de leur consulat lorsqu'ils se trouvent en état de détention. En empêchant le Mexique et ses ressortissants d'exercer les droits prévus dans la convention de Vienne et constatés par la Cour dans l'affaire *LaGrand*, la violation commise par les Etats-Unis a conféré aux procédures pénales engagées à l'encontre des ressortissants mexicains un caractère fondamentalement inique.

## X

58 Le Mexique a soutenu que, « en considération des dommages [qu'il avait] subis dans ses propres droits et dans la personne de ses ressortissants, [il] a[avait] droit à [une] réparation intégrale . par la voie de la *restitutio in integrum* » Dans le présent arrêt, la Cour semble tout d'abord approuver la demande du Mexique. Elle cite un principe général, applicable selon elle aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite : « [c]'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate » (*Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C P J I série A n° 9*, p 21). Puis la Cour développe cet argument en citant une interprétation classique de ce qu'il faut entendre par « réparation »

« Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis » (*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C P J I série A n° 17*, p 47)

59 Si la Cour avait pleinement assumé les conséquences de cette conclusion, énoncée par sa devancière, en établissant que, dans la présente affaire, la réparation de la violation devait consister à « rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis », elle aurait été conduite à approuver tous les remèdes demandés par le Mexique.

60 Mais la Cour a préféré laisser de côté le principe de restitution, s'attachant à définir la tâche qu'elle estimait être la sienne en l'espèce, à savoir « déterminer quelle serait la réparation adéquate des violations de l'article 36 » (arrêt, par 121), notion qui, aux termes de l'arrêt, « dépend des circonstances concrètes de chaque affaire ainsi que de la nature exacte

upon the concrete circumstances surrounding each case and the precise nature and scope of the injury" (Judgment, para. 119) The Judgment concludes that

"the internationally wrongful acts committed by the United States were the failure of its competent authorities to inform the Mexican nationals concerned, to notify Mexican consular posts and to enable Mexico to provide consular assistance. It follows that the remedy to make good these violations should consist in an obligation on the United States to permit review and reconsideration of these nationals' cases by the United States courts" (Judgment, para. 121)

This finding falls short of what Mexico had requested, since Mexico was sustaining its arguments on the basis of the "essential principle" consecrated in the *Chozów Factory* case and previously recognized by this Court, which is to re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed

## XI

61 There is, in the present Judgment, a definition of the character and scope of review and reconsideration of convictions and sentences. The qualification is that it has to be carried out "taking account of the violation of the rights set forth in the Convention", as established in the *LaGrand* Judgment, and "including, in particular, the question of the legal consequences of the violation upon the criminal proceedings that have followed the violation" (Judgment, para. 131). Unfortunately, this qualification is not specifically included in the respective finding that is contained in the operative paragraphs of the Judgment

62 The scope of the obligation to allow "review and reconsideration of the conviction and sentence" has to be interpreted examining Article 36 as a whole. As the Court found in *LaGrand*, the first paragraph of this Article "begins with the basic principle governing consular protection: the right of communication and access" Next comes the modalities of consular notification Then there are the measures consular authorities may take in rendering consular assistance to a detained national If this interrelated system of consular protection is breached, there is a duty of the receiving State to undertake certain measures, which are, according to the *LaGrand* Judgment, the following

- (a) Where the individuals concerned have been subjected to prolonged detention or convicted and sentenced to severe penalties, it would be incumbent upon (the receiving State) to allow the review and reconsideration of the conviction and sentence.
- (b) The review and reconsideration process must take into account the violation of the rights set forth in this Convention.

et de l'importance du préjudice» (arrêt, par 119) La Cour conclut dans l'arrêt que

«les faits internationalement illicites des Etats-Unis consistent en ce que leurs autorités compétentes n'ont pas informé les ressortissants mexicains concernés, n'ont pas averti les postes consulaires mexicains et n'ont pas permis que le Mexique fournisse l'assistance consulaire. Par conséquent, le moyen de remédier à ces violations doit résider dans une obligation des Etats-Unis de permettre le réexamen et la révision du cas de ces ressortissants par les tribunaux américains » (Arrêt, par 121 )

Cette conclusion ne répond pas aux demandes du Mexique, celui-ci ayant fondé sa thèse sur le «principe essentiel», consacré dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* et déjà reconnu par la présente Cour, consistant à «rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis».

## XI

61 Le présent arrêt comporte une définition du caractère et de la portée du réexamen et de la révision des verdicts de culpabilité et des peines. La condition à remplir est que ce réexamen et cette révision doivent se faire «en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention», comme il est établi dans l'arrêt *LaGrand*, «y compris notamment sous l'angle des conséquences juridiques qu'a eues cette violation dans la suite de la procédure pénale» (arrêt, par 131). Malheureusement, cette condition n'est pas expressément reprise dans la conclusion correspondante qui figure dans le dispositif de l'arrêt.

62. Pour apprécier la portée de l'obligation de permettre «le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine», il faut examiner l'article 36 dans son ensemble. Comme la Cour l'a constaté dans l'arrêt *LaGrand*, dans le premier paragraphe de cet article, «[l]e principe de base régissant la protection consulaire est énoncé dès l'abord le droit de communication et d'accès». Viennent ensuite les modalités de notification consulaire. Puis sont énoncées les mesures que les autorités consulaires peuvent prendre pour prêter assistance à un ressortissant détenu. En cas de non-respect de ce régime de protection consulaire, dont les divers éléments sont interdépendants, l'Etat de résidence a l'obligation de prendre certaines mesures qui, aux termes de l'arrêt *LaGrand*, sont les suivantes

- a) dans les cas où l'intéressé aurait fait l'objet d'une détention prolongée ou aurait été condamné à une peine sévère, l'Etat de résidence devrait permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine;
- b) le processus de réexamen et de révision doit tenir compte de la violation des droits prévus par la convention de Vienne,

(c) The obligation to review and reconsider can be carried out in various ways; the choice of means must be left to the receiving State

63 Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention and the *LaGrand* Judgment impose an essential condition: the process of review and reconsideration must take into account the violations of the rights set forth in the Convention and the process must give full effect to the purposes for which the rights accorded in Article 36 are intended. In *LaGrand*, the Court also found the United States in breach of its obligations by “not permitting the review and reconsideration, in the light of the rights set forth in the Convention, of the convictions and sentences of the *LaGrand* brothers” (*LaGrand, Judgment, I C J Reports 2001*, p 515, para 128 (4))

64 Indeed the rights that are stipulated in Article 36, paragraph 1, are to be implemented in accordance with the laws and regulations of the receiving State. But these laws and regulations “must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this Article are intended.” In the present Judgment, it is difficult to find any clarifying statements as to how these obligations are to be implemented and what are the precise conditions that are to be applied in order to ensure that the process of review and reconsideration will be effective and meaningful. Such statements and conditions should be an integral part of the Judgment, particularly in its operative part, as an essential determination of the remedial measures that are being required by the Court.

65 The United States has indicated that, if there has been a breach of Article 36,

“The whole point is simply to examine the conviction and sentence in light of the breach to see whether, in the particular circumstances of the individual case, the Article 36 breach did have some consequences — some impact that impinged upon fundamental fairness and to assess what action with respect to the conviction and sentence that may require” (CR 2003/29, p 20, para. 3 6, Philbin )

It is also said by the United States that it is true that

“if a defendant fails to raise a claim under the Vienna Convention at the proper time, he will be barred by the procedural default rule from raising the claim on appeal. Here again, however, as long as the defendant has preserved his claim relating to the underlying injury, an injury to some substantive right — such as a claim that he did not understand that he was waiving his right to counsel in an interrogation — that claim can be addressed. As a result, an examination of the impact of the Article 36 violation on the trial and its fundamental fairness — which is at the core of review and reconsideration called for by *LaGrand* — is fully available” (CR 2003/29, p 25, para 3 23, Philbin )

c) l'obligation de réexamen et de revision peut être mise en œuvre de diverses façons, le choix des moyens doit revenir à l'Etat de résidence

63. Le paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne et l'arrêt *LaGrand* posent une condition essentielle le processus de réexamen et de revision doit tenir compte des violations des droits énoncés dans la convention et ce processus doit permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits énoncés à l'article 36 sont accordés Dans l'arrêt *LaGrand*, la Cour a également conclu que les Etats-Unis avaient manqué à leurs obligations «en ne permettant pas, à la lumière des droits reconnus par la convention, le réexamen et la revision des verdicts de culpabilité des frères LaGrand et de leurs peines» (*LaGrand, arrêt, C I J Recueil 2001*, p 515, par 128, point 4)

64 Il est vrai que les droits prévus au paragraphe 1 de l'article 36 doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence Mais ces lois et règlements «doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article». Dans le présent arrêt, il est difficile de trouver le moindre éclaircissement sur la manière dont ces obligations doivent être exécutées et sur les conditions précises à observer pour garantir que ce processus de réexamen et de revision sera effectif et véritable Pareils éclaircissements et conditions devraient faire partie intégrante de l'arrêt, et à fortiori du dispositif, en tant qu'ils sont essentiels pour définir les mesures de réparation requises par la Cour

65 Les Etats-Unis ont indiqué que, s'il y a eu violation de l'article 36,

«[l']essentiel est simplement d'examiner le verdict de culpabilité et la peine à la lumière de la violation pour rechercher si, dans les circonstances propres à l'affaire concernée, la violation de l'article 36 a eu la moindre conséquence — la moindre incidence — portant atteinte à l'équité fondamentale du procès, et pour déterminer les mesures éventuellement nécessaires à l'égard du verdict de culpabilité et de la peine» (CR 2003/29, p 20, par 3 6, Philbin)

Ils reconnaissent par ailleurs que

«si un accusé omet de faire valoir un moyen fondé sur la convention de Vienne en temps utile, la règle de la carence procédurale l'empêchera d'en exciper au stade de l'appel Mais là encore, pour autant que l'intéressé a préservé son moyen relatif à l'attente sous-jacente, une atteinte à quelque droit substantiel — s'il fait valoir, par exemple, qu'il n'avait pas conscience de renoncer à son droit de se faire assister d'un conseil lors de l'interrogatoire —, ce moyen-là pourra être considéré Ainsi, l'incidence de la violation de l'article 36 sur le procès et sur l'équité fondamentale de celui-ci — soit l'objet principal du réexamen et de la revision prescrits en l'affaire *LaGrand* — peut parfaitement être examinée» (CR 2003/29, p 25, par 3 23, Philbin)



66 Yet, according to the evidence provided in the written and oral proceedings, the United States courts, even after *LaGrand*, continue to apply the procedural default rule in the same manner as its courts did in the pre-*LaGrand* phase. The reason submitted by the United States is that “procedural default rules will possibly preclude such claim on direct appeal or collateral review, unless the court finds there is cause for the default and prejudice as a result of these alleged breaches” (CMUS, p 111, para 6 65). However, no court in the United States has found that “there is cause for the default and prejudice” in cases of a Vienna Convention claim, under the argument that Article 36 rights are not constitutional rights. The weakness and limitations of ordering a process of review and reconsideration become evident when the results have proven to lack effectiveness.

67. There is a need to define the nature of the obligations imposed by the concept “by means of its own choosing”. If the issue is not properly clarified by the Court, the two Parties in the present case will not have a sufficiently solid legal guideline on the adequate measures to be undertaken in order to find the reparation sought by Mexico and in order to comply with the remedy decided by the Court to relieve the United States of its responsibility. The settlement of this issue is necessary in order to deal with the consequences that arise by virtue of an internationally wrongful act. The responsible State has the duty to make full reparation for the injury caused by its wrongful act. To dispel any potential misunderstandings, there is a precedent that provides a guideline and that can be invoked in order to ensure a clear definition. The Permanent Court of International Justice found that there is a need to

“ensure recognition of a situation at law, once and for all and with binding force as between the Parties; so that the legal position thus established cannot again be called in question in so far as the legal effects ensuing therefrom are concerned” (*Interpretation of Judgments, Nos 7 and 8 (Factory at Chorzów), Judgment No 11, 1927, P C I J, Series A, No 13, p 20*).

68. Full reparation seems unlikely to be achieved if the ambiguity of the notion of “by means of its own choosing” remains and is not strengthened with the addition of some specific measures. From the existing evidence in the pre-*LaGrand* and post-*LaGrand* periods, the United States has followed a pattern of compliance with the Vienna Convention and the Court’s Judgment that is far from satisfactory. To claim that a clemency procedure is a sufficient instrument to carry out the obligations contained in the *LaGrand* Judgment is to ignore the need for an adequate reparation. As the Permanent Court of International Justice found,

“the essential principle is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the

66 Pourtant, d'après les éléments de preuve produits lors des procédures écrite et orale, les juridictions des Etats-Unis continuent, même après l'affaire *LaGrand*, d'appliquer la règle de la carence procédurale de la même manière qu'elles le faisaient avant cette affaire. Le motif avancé par les Etats-Unis est que «les règles relatives à la carence procédurale feront peut-être obstacle à ce que le moyen tiré de cette violation soit soulevé dans le cadre de l'appel direct ou des voies de recours parallèles, à moins que la juridiction ne conclue que cette carence était justifiée et que la violation alléguée a causé un préjudice» (CMEU, p 111, par 6 65). Or, lorsqu'une violation de la convention de Vienne était invoquée, aucune juridiction aux Etats-Unis n'a jusqu'à présent conclu «que cette carence était justifiée et que la violation alléguée a[vait] causé un préjudice», et ce, au motif que les droits tirés de l'article 36 ne sont pas des droits constitutionnels. L'insuffisance qu'il y a à ordonner un processus de réexamen et de révision devient manifeste lorsque les résultats atteints se sont révélés inefficaces.

67 La nature des obligations imposées par l'expression «en mettant en œuvre les moyens de leur choix» appelle une définition. Si la Cour n'apporte pas les précisions voulues sur cette question, les deux Parties à la présente affaire manqueront d'indications juridiques suffisamment solides sur les mesures nécessaires pour mettre en œuvre la réparation demandée par le Mexique et le remède prescrit par la Cour en vue de relever les Etats-Unis de leur responsabilité. Cette question doit être tranchée si l'on veut remédier aux conséquences découlant d'un fait internationalement illicite. L'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le dommage causé par le fait illicite dont il est l'auteur. Afin d'éviter toute méprise, il n'est pas inutile de s'appuyer sur un précédent qui, grâce aux indications qu'il renferme, aidera à définir clairement la marche à suivre. La Cour permanente de Justice internationale a eu l'occasion d'affirmer la nécessité de

«faire reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les Parties, en sorte que la situation juridique ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion, pour ce qui est des conséquences juridiques qui en découlent» (*Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (usine de Chorzów), arrêt n° 11, 1927, série A n° 13, p 20*)

68 Il ne me semble guère possible de parvenir à une réparation intégrale si l'expression «en mettant en œuvre les moyens de leur choix» reste ambiguë et n'est pas renforcée par d'autres mesures spécifiques. A en juger par les éléments factuels datant de l'avant et de l'après-*LaGrand*, la manière dont les Etats-Unis respectent la convention de Vienne et l'arrêt de la Cour est loin d'être satisfaisante. Affirmer que la procédure de recours en grâce constitue un instrument suffisant pour exécuter les obligations énoncées dans l'arrêt *LaGrand*, c'est faire fi de la nécessité d'une réparation adéquate. Comme l'a constaté la Cour permanente de Justice internationale,

«[l]e principe essentiel est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état

situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed” (*Factory at Chorzów, Merits, Judgment No 13, 1928, P C I J, Series A, No 17, p 47*)

69 The remedial action to be provided must determine how the laws and regulations of the United States, introducing an element of effectiveness that has to be mandatory and compulsive, will “enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under [Article 36] are intended” The review and reconsideration of the conviction and sentence has to take into account the breach of the rights set forth in the Convention These rights should be considered as belonging to the category of fundamental rights that impinge on due process of law If full effect is to be given to the purposes of these rights, and if the review and reconsideration has to take into account the nature of the violation of the rights, then the margin in the application of the principle of “by means of its own choosing” becomes far narrower The means must be effective and the choosing has to be very selective

70 Mexico’s request for a meaningful and effective review and reconsideration of convictions and sentences finds support in the Commentary to Article 35 contained in the International Law Commission’s Draft Articles on State Responsibility

“the term ‘juridical restitution’ is sometimes used where restitution *requires or involves the modification of a legal situation either within the legal system of the responsible State or in its legal relations with the injured State Such cases include the revocation, annulment or amendment of a constitutional or legislative provision enacted in violation of a rule of international law, the rescinding or reconsideration of an administrative or judicial measure unlawfully adopted in respect of the person or property of a foreigner* ” (A/56/10, p 240, para 5, emphasis added )

71 Under the assumption that the United States is in breach of an international obligation, that Mexico suffered an injury for which a remedy is sought, and that the United States cannot “rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its obligations”, there are sufficient legal grounds to assume that if the procedural default rule is perpetuated in the United States courts, then there is little future for a meaningful and effective mechanism of judicial review and reconsideration If this assumption remains valid, then it may be indispensable for the Court to recover the concept of “juridical restitution” invoked by the International Law Commission, which becomes applicable when there is a need to modify a legal situation within the legal system of the responsible State It is worth repeating juridical restitution may

qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis» (*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C P J I série A n° 17, p 47*)

69 Le remède prescrit doit préciser comment les lois et règlements des Etats-Unis, en introduisant une obligation d'efficacité, permettront «la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu [de l'article 36]» Le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine doivent tenir compte de la violation des droits prévus par la convention Ces droits doivent être considérés comme des droits fondamentaux influant sur la régularité de la procédure S'il faut permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles ces droits sont accordés, et si le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine doivent tenir compte de la nature de la violation de ces droits, la marge d'interprétation de l'expression «en mettant en œuvre les moyens de leur choix» en est d'autant réduite Les moyens doivent être efficaces et le choix de ceux-ci particulièrement rigoureux

70 La demande du Mexique visant à soumettre les verdicts de culpabilité et les peines à un réexamen et à une révision véritables et effectifs trouve appui dans le commentaire du projet d'article 35 de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat

«[l]e terme «restitution juridique» est parfois employé dans le cas où l'exécution de la restitution requiert ou suppose la modification d'une situation juridique, soit dans le cadre du système juridique de l'Etat responsable, soit dans le cadre de ses relations juridiques avec l'Etat lésé Les hypothèses de restitution juridique sont l'abrogation, l'annulation ou la modification d'une disposition constitutionnelle ou législative promulguée en violation d'une règle du droit international, l'annulation ou le réexamen d'un acte administratif ou d'une décision judiciaire pris illégalement à l'encontre de la personne ou des biens d'un étranger » (Doc A/56/10, p 259, par 5, les italiques sont de moi )

71 Si l'on part du principe que les Etats-Unis ont manqué à une obligation internationale, que le Mexique a subi un préjudice dont il demande la réparation, et que les Etats-Unis ne peuvent «se prévaloir des dispositions de [leur] droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui [leur] incombent», les motifs juridiques sont suffisamment nombreux de penser que si les tribunaux américains continuent d'appliquer la règle de la carence procédurale, il n'y a guère d'avenir pour un mécanisme véritable et effectif de réexamen et de révision judiciaires Si donc les Etats-Unis ont effectivement manqué à une telle obligation internationale, alors peut-être la Cour doit-elle revenir à la notion de «restitution juridique» à laquelle se réfère la Commission du droit international, qui trouve à s'appliquer dès lors qu'il apparaît nécessaire de modifier une situation juridique propre à l'ordre interne de l'Etat responsable Il convient de le rappeler la restitution juridique peut comprendre :

“include the revocation, annulment or amendment of a constitutional or legislative provision enacted in violation of a rule of international law, the rescinding or reconsideration of an administrative or judicial measure unlawfully adopted in respect of the person or property of a foreigner” (A/56/10, p 240, para 5).

It may happen that the judicial measure, if found in breach of an international obligation, has to be rescinded through legislative means

## XII

72 In its final submission, Mexico requests the Court to adjudge that the United States “shall cease its violations of Article 36 of the Vienna Convention with regard to Mexico and its 52 nationals” Yet the Court found that “Mexico has not established a continuing violation of Article 36 of the Vienna Convention with respect to the 52 individuals” (Judgment, para 148) But the continuing violation can be established by examining the cases detailed in the Application of Mexico (paras 67-267) By consulting the specific cases, it becomes clear that there are two elements in the continuous breach of obligations by the United States

- (a) from 1979 to 1999, that is to say during the 20 years considered in Mexico’s Application (in terms of the first arrest and the last arrest of the 52 Mexican nationals included in the Application), there was no compliance on the part of the competent authorities of the United States in the fulfilment of their Article 36 obligations That has already been decided by the Court in the present case;
- (b) in the post-*LaGrand* stage, United States courts continue to apply the doctrine of procedural default. As the Court has stated, “a claim based on the violation of Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention, however meritorious in itself, could be barred in the courts of the United States by the operation of the procedural default rule” (Judgment, para 133) The Court in *LaGrand* had the opportunity to define the scope of the procedural default doctrine:

“In itself, the rule does not violate Article 36 of the Vienna Convention The problem arises when the procedural default rule does not allow the detained individual to challenge a conviction and sentence by claiming that the competent national authorities failed to comply with their obligation to provide the requisite consular information ‘without delay’, thus preventing the person from seeking and obtaining consular assistance from the sending State.” (*LaGrand, Judgment, ICJ Reports 2001, p 497, para 90*)

73 In the post-*LaGrand* phase, the process of review and reconsideration has not meant the inapplicability of the procedural default doctrine

«l'abrogation, l'annulation ou la modification d'une disposition constitutionnelle ou législative promulguée en violation d'une règle du droit international, l'annulation ou le réexamen d'un acte administratif ou d'une décision judiciaire pris illégalement à l'encontre de la personne ou des biens d'un étranger» (doc A/56/10, p. 259, par 5)

Il se peut que la décision judiciaire, si elle est jugée contraire à une obligation internationale, doive être rapportée par la voie législative

## XII

72. Dans ses conclusions finales, le Mexique prie la Cour de juger que les Etats-Unis «devront cesser leurs violations de l'article 36 de la convention de Vienne à l'égard du Mexique et de ses cinquante-deux ressortissants» La Cour a cependant conclu que «le Mexique n'a[va]it pas établi l'existence d'une violation continue de l'article 36 de la convention de Vienne à l'égard des cinquante-deux personnes» (arrêt, par 148) Or, une telle violation continue peut être établie en examinant les cas énumérés dans la requête du Mexique (par 67-267) Si l'on se reporte aux cas particuliers, il devient clair que la violation continue, par les Etats-Unis, des obligations qui sont les leurs comporte deux éléments

- a) de 1979 à 1999, c'est-à-dire pendant les vingt années considérées dans la requête du Mexique (soit de la première à la dernière des cinquante-deux arrestations visées dans celle-ci), les autorités compétentes des Etats-Unis n'ont pas respecté les obligations qu'elles tenaient de l'article 36 La Cour l'a déjà constaté dans la présente affaire,
- b) au stade de l'après-*LaGrand*, les tribunaux américains continuent d'appliquer la doctrine de la carence procédurale Comme l'a déclaré la Cour, «un recours s'appuyant sur la violation du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, si fondé fût-il en soi, pourrait [, par l'effet de la règle de la carence procédurale,] être déclaré irrecevable par les juridictions des Etats-Unis» (arrêt, par. 133) Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a eu l'occasion de définir la portée de la doctrine de la carence procédurale

«En elle-même, cette règle ne viole pas l'article 36 de la convention de Vienne. Le problème se pose lorsque la règle de la carence procédurale ne permet pas à une personne détenue de faire recours contre sa condamnation et sa peine en prétendant que les autorités nationales compétentes ne se seraient pas acquittées de leur obligation d'informer «sans retard» les autorités consulaires compétentes, empêchant par là même cette personne de solliciter et d'obtenir l'assistance consulaire de l'Etat d'envoi» (*LaGrand, arrêt, C I J Recueil 2001, p 497, par. 90*)

73 Depuis l'arrêt *LaGrand*, l'obligation d'assurer un processus de réexamen et de révision ne s'est pas traduite par l'abandon de la doctrine

If the Court has found that the United States is in breach of Article 36 of the Vienna Convention, as it already has, it follows that a cessation of such continuous violations is a proper measure in order to secure an end to a continuing wrongful conduct.

74 According to the arguments submitted during the proceedings, there are 102 Mexican nationals that have been detained and charged with serious felonies after the *LaGrand* Judgment was issued, without being notified of their rights to consular notification and access. In 46 of these 102 cases, the United States effectively does not dispute the violation. Six out of the 46 cases face the potential imposition of the death penalty.

75 The United States provides a number of countervailing arguments but no evidence to contradict the facts submitted by Mexico. The arguments point out that “the United States has demonstrated that its efforts to improve the conveyance of information about consular notification are continuing unabated and are achieving tangible results.” It adds that

“Mexico would have the Court dictate to the United States that it cease applying — and also guarantee that it would in fact not apply — a wide variety of fully proper municipal legal doctrines and decisions, the combined scope of which is staggering” (CMUS, paras 8.36 and 8.38)

76 The United States considers that the 102 cases — or, for that matter, the six cases — submitted by Mexico are “isolated cases.” But the issue is to determine whether there is a continuity in the failure to comply with Article 36 obligations by the United States. That seems to be the case. The United States may undertake a commitment “to ensure implementation of the specific measures adopted in performance of its obligations under Article 36, paragraph 1, of the Convention.” But the effectiveness of this commitment is what is lacking. Thus the need to establish the concrete guidelines that should be followed by the United States. These guidelines must comprise the obligation to cease an internationally wrongful act.

77 The International Law Commission (ILC), in its Draft Articles on State Responsibility, has introduced the criteria governing the extension in time of the breach of an international obligation. In its Commentary to Article 14, paragraph 2, it indicates

“a continuing wrongful act, on the other hand, occupies the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation, provided that the State is bound by the international obligation during that period. Examples of continuing wrongful acts include the maintenance in effect of legislative provisions incompatible with treaty obligations of the enacting State.” (A/56/10, p 139, para 3.)

78. The Court has found, in a number of cases, the need to order the cessation of an unlawful conduct. Examples of these orders include the

de la carence procédurale Si la Cour conclut que les Etats-Unis ont violé l'article 36 de la convention de Vienne, comme elle l'a déjà fait, il s'ensuit que la cessation de ces violations répétées représente une mesure appropriée pour mettre fin à un comportement illicite continu

74 D'après les arguments avancés lors de la procédure, cent deux ressortissants mexicains ont été incarcérés et poursuivis pour des crimes graves après le prononcé de l'arrêt *LaGrand* sans avoir été informés de leurs droits en matière de notification consulaire et d'accès aux autorités consulaires Dans quarante-six de ces cent deux cas, les Etats-Unis ne contestent effectivement pas la violation Dans six de ces quarante-six cas, les détenus concernés risquent la peine de mort

75. Les Etats-Unis opposent un certain nombre d'arguments, mais aucune preuve qui vienne contredire les faits exposés par le Mexique Ils soulignent qu'ils «ont démontré qu'ils poursuivaient sans relâche leurs efforts pour mieux transmettre l'information sur la notification consulaire et que ces initiatives produisaient des résultats concrets», et ajoutent que

«[I]e Mexique voudrait que la Cour ordonne aux Etats-Unis de cesser d'appliquer — et de garantir qu'ils n'appliqueront plus — un éventail stupéfiant de doctrines juridiques et de jurisprudence internes parfaitement valables» (CMEU, par 8 36 et 8 38)

76 Les Etats-Unis considèrent que les cent deux cas — qui se ramènent à six pour ce qui nous occupe ici — invoqués par le Mexique sont des «cas isolés». Mais la question qui se pose est en réalité celle de savoir si la violation, par les Etats-Unis, des obligations énoncées à l'article 36 présente ou non un caractère continu Tel semble être le cas Les Etats-Unis s'engagent peut-être à «assurer la mise en œuvre des mesures spécifiques adoptées en exécution de leurs obligations au titre de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention» Mais ce qui manque à cet engagement, c'est un effet concret D'où la nécessité de formuler des indications pratiques devant être suivies par les Etats-Unis Ces indications doivent comprendre l'obligation de mettre fin à un fait internationalement illicite

77 Dans ses projets d'articles sur la responsabilité de l'Etat, la Commission du droit international a cherché à préciser ce qu'il fallait entendre par violation continue d'une obligation internationale. Dans son commentaire du paragraphe 2 de l'article 14, elle indique

«Par ailleurs un fait illicite continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale, sous réserve toutefois que l'Etat soit lié par cette obligation internationale pendant cette période A titre d'exemples de faits illicites continus, on citera le maintien en vigueur de dispositions législatives incompatibles avec les obligations conventionnelles de l'Etat qui les a promulguées » (Doc A/56/10, p 147, par 3.)

78 Dans plusieurs affaires, la Cour a conclu à la nécessité d'ordonner la cessation d'un comportement illicite Je pense par exemple à l'affaire



case of *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, the case of *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, and the *Arrest Warrant* case

In the *Tehran* case the Court decided unanimously that Iran “must immediately terminate the unlawful detention of the United States Chargé d’Affaires and other diplomatic and consular staff” (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I C J Reports 1980*, para 95).

The Court decided, in the *Nicaragua* case, that “the United States of America is under a duty immediately to cease and to refrain from all such acts as may constitute breaches of the foregoing legal obligation” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America), Merits, Judgment, I C J Reports 1986*, p. 149, para 12)

In the *Arrest Warrant* case the Court found that: “the Kingdom of Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant . . .” (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v Belgium), Judgment, I C J Reports 2002*, p 33, para. 3)

79 The legal reasoning that compels the need for the cessation and non-repetition of a breach of an international obligation is the continued duty of performance. To extend in time the performance of an illegal act would frustrate the very nature and foundations of the rule of law. As the ILC in Article 29 of its Draft Articles on State Responsibility indicates, “The legal consequences of an international wrongful act do not affect the continued duty of the responsible State to perform the obligation breached.” In the Commentary to this Article, the ILC states

“Even if the responsible State complies with its obligations under Part Two to cease the wrongful conduct and to make full reparation for the injury caused, it is not relieved thereby of the duty to perform the obligation breached. The continuing obligation to perform an international obligation, notwithstanding a breach, underlies the concept of a continuing wrongful act . . . and the obligation of cessation” (A/56/10, p 215, para 2)

80 To cease an illegal act and to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require, is not a discretionary matter. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to do precisely that, according to Article 30 of the ILC Draft Articles on State Responsibility. In its Commentary to this Article, the ILC provides a useful consideration

“Where assurances and guarantees of non-repetition are sought by an injured State, the question is essentially the reinforcement of a continuing legal relationship and the focus is on the future, not the past” (A/56/10, p 221, para 11)

des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* ainsi qu'à celles relatives au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* et au *Mandat d'arrêt*

Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique*, la Cour a décidé à l'unanimité que l'Iran «d[evait] faire cesser immédiatement la détention illicite du chargé d'affaires, d'autres membres du personnel diplomatique et consulaire » (*Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, arrêt, C I J Recueil 1980, p 44, par. 95, point 3 a*)

Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, la Cour a décidé que «les Etats-Unis d'Amérique [avaient] l'obligation de mettre immédiatement fin et de renoncer à tout acte constituant une violation des obligations juridiques susmentionnées» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C I J Recueil 1986, p. 149, point 12*).

Dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, la Cour a conclu que «le Royaume de Belgique d[evait], par les moyens de son choix, mettre à néant le mandat d'arrêt » (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c Belgique), arrêt, C I J. Recueil 2002, p 33, point 3*)

79 Le principe juridique qui commande la cessation et la non-répétition de la violation d'une obligation internationale réside dans le caractère continu du devoir d'exécuter l'obligation. Perpétuer la commission d'un fait illicite irait à l'encontre de la nature et des fondements mêmes de l'état de droit. Comme la Commission du droit international l'indique dans son projet d'article 29 sur la responsabilité de l'Etat, «[I]es conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite n'affectent pas le maintien du devoir de l'Etat responsable d'exécuter l'obligation violée» Dans son commentaire de cet article, la CDI précise que

«[m]ême si l'Etat responsable respecte l'obligation prévue dans la deuxième partie de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice cause, il n'est pas dispense de ce fait de son devoir d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Le maintien de l'obligation d'exécuter une obligation internationale, nonobstant une violation de celle-ci, sous-tend la notion de fait illicite continu et d'obligation de cessation » (Doc A/56/10, p 231, par 2)

80 Mettre fin à un fait illicite et offrir des assurances et garanties de non-répétition appropriées, si les circonstances l'exigent, n'est pas une question d'ordre discrétionnaire c'est précisément ce que, aux termes du projet d'article 30 de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'Etat, l'Etat responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de faire. Dans son commentaire de cet article, la CDI apporte une précision utile

«Lorsqu'un Etat lésé cherche à obtenir des assurances et garanties de non-répétition, c'est essentiellement pour renforcer une relation juridique continue et l'accent est mis sur le respect futur d'une obligation et non pas sur sa violation passée» (*ibid*, p 238, par 11)

## XIII

81 Mexico's claims are only partially answered in the present Judgment. Some of the holdings are more modest than the ones that are to be found in the *LaGrand* Judgment. Some even contradict the rulings of *LaGrand*. The limited legal reach provided in the present Judgment may not sufficiently serve the purpose of establishing the grounds for reparations as a result of a wrongful act and the breach of an international obligation. The law of State responsibility may not find in the present Judgment a source of further development.

(Signed) Bernardo SEPULVEDA

## XIII

81 Le présent arrêt ne répond que partiellement aux griefs formulés par le Mexique. Certaines des conclusions qu'il énonce sont plus modestes que celles qui figurent dans l'arrêt *LaGrand*. Certaines vont même jusqu'à contredire ce précédent. Je crains que le présent arrêt n'ait une portée juridique trop limitée pour établir comme il le faudrait les bases de la réparation due pour cause de fait illicite et de violation d'une obligation internationale. Il n'est pas certain que le droit de la responsabilité des Etats y trouve matière à se développer davantage.

(Signé) Bernardo SEPULVEDA

---