

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE TOMKA

Protection diplomatique — Distinction entre droit de l'Etat et droit de l'individu — Invocation du droit de l'individu devant une juridiction internationale par l'Etat de sa nationalité — Exception de non-épuisement des voies de recours internes.

Interprétation de l'obligation d'informer en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36.

Obligation de cessation — Caractère continu ou non de l'acte illicite — Non-pertinence que les cas individuels sont pendants devant les juridictions internes et de la réparation appropriée pour l'obligation de cessation.

1. Ayant voté pour le dispositif du présent arrêt, je voudrais, néanmoins, préciser ma position sur certains points de droit évoqués dans le raisonnement de la Cour.

I. PROTECTION DIPLOMATIQUE

2. Le Mexique, en soumettant cette affaire à la Cour, prétend faire valoir ses propres droits qui auraient été violés par les Etats-Unis ainsi que son droit à la protection diplomatique de ses cinquante-deux ressortissants dont les droits individuels, selon lui, auraient été de même violés par les Etats-Unis.

3. Les Etats-Unis ont, en ce qui concerne l'exercice de la protection diplomatique, soulevé deux exceptions à la recevabilité des réclamations mexicaines. Selon la première exception, qui nous intéresse ici, la demande mexicaine doit être jugée irrecevable par la Cour parce que les voies de recours internes n'ont pas été épuisées et restent disponibles dans les cinquante-deux cas.

4. Il ressort du paragraphe 40 de l'arrêt que la Cour accepte cette exception des Etats-Unis à la recevabilité de la demande du Mexique fondée sur l'exercice de la protection diplomatique. La Cour y observe

«que les droits individuels que les ressortissants mexicains tirent de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sont des droits dont la réalisation doit, en tout cas en premier lieu, être recherchée dans le cadre du système juridique interne des Etats-Unis».

La Cour en conclut que

«[c]e n'est qu'une fois ce processus mené à son terme et les voies de recours internes épuisées que le Mexique pourrait faire siennes des

SEPARATE OPINION OF JUDGE TOMKA

[Translation]

Diplomatic protection — Distinction between rights of the State and individual rights — Invocation of individual rights before an international court by State of nationality — Objection based on non-exhaustion of local remedies.

Interpretation of the obligation to provide information under Article 36, paragraph 1 (b).

Obligation of cessation — Whether wrongful act is of a continuing nature — Pendency of individual cases before domestic courts and form of reparation not pertinent to obligation of cessation.

1. Having voted in favour of the operative part of this Judgment, I nonetheless wish to clarify my position on certain points of law mentioned in the Court's reasoning.

I. DIPLOMATIC PROTECTION

2. In bringing this case before the Court, Mexico seeks to assert its own rights, which it claims to have been violated by the United States, as well as its right to diplomatic protection of its 52 nationals, whose individual rights are also alleged to have been violated by the United States.

3. The United States raised two objections to the admissibility of the Mexican claims based on the exercise of diplomatic protection. The first objection, that which concerns us here, was that the Mexican claim should be held inadmissible by the Court on the ground that local remedies had not been exhausted and were still available in the 52 cases.

4. It would appear from paragraph 40 of the Judgment that the Court accepts the United States objection to the admissibility of Mexico's claim based on the exercise of its right of diplomatic protection. In that paragraph, the Court observes that

“the individual rights of Mexican nationals under paragraph 1 (b) of Article 36 of the Vienna Convention are rights which are to be asserted, at any rate in the first place, within the domestic legal system of the United States”.

The Court concludes:

“Only when that process is completed and local remedies are exhausted would Mexico be entitled to espouse the individual

demandes individuelles de ses ressortissants par le mécanisme de la protection diplomatique».

En d'autres termes, la demande du Mexique fondée sur la protection diplomatique pourrait être considérée irrecevable et l'exception des Etats-Unis relative au non-épuisement des voies de recours internes pourrait presque atteindre son objectif. L'exception est néanmoins rejetée par la Cour, mais pour une autre raison.

5. La Cour rejette l'exception parce qu'une telle exception ne s'applique pas à la demande présentée par le Mexique en son nom propre (mais je doute que les Etats-Unis aient visé dans leur exception la demande du Mexique présentée en son nom propre).

6. Pour pouvoir statuer sur les violations alléguées des obligations dont les Etats-Unis étaient tenus envers les ressortissants mexicains en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, la Cour se réfère à — ce que j'appellerais — une nouvelle théorie, et n'invoque pour l'étayer aucune jurisprudence antérieure. La Cour explique que, dans des circonstances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'Etat et des droits individuels, l'Etat (dans notre cas 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.

7. Dans la présente affaire, à mon sens, la Cour ne pouvait arriver à la conclusion que les droits individuels des ressortissants mexicains avaient été violés que si elle acceptait la prétention du Mexique selon laquelle cet Etat exerçait son droit à la protection diplomatique. Pour établir la violation des droits individuels (les droits des individus), il faut les invoquer sur la scène internationale. Quand l'Etat invoque les droits de ses nationaux, il prend fait et cause, en son nom propre, pour ces nationaux en raison du préjudice qu'ils ont subi; en d'autres termes, cet Etat exerce la protection diplomatique. La raison principale pour le Mexique de soumettre l'affaire à la Cour était le préjudice allégué qu'auraient subi ses ressortissants. Ce sont ses ressortissants — et leur sort — qui préoccupent principalement le Mexique. Afin de leur donner une dernière chance dans le système judiciaire des Etats-Unis, il était d'importance cruciale d'établir les violations des obligations des Etats-Unis, en vertu de la convention de Vienne, à l'égard de ces ressortissants mexicains et le préjudice qui leur est ainsi causé. J'estime que c'est davantage la violation des droits d'un individu et le préjudice qui lui est causé que la violation du droit appartenant au Mexique et le préjudice causé ainsi à l'Etat qui peuvent jouer un certain rôle dans le cadre des procédures pénales aux Etats-Unis.

8. Si on situe cette affaire dans le cadre de la protection diplomatique, on ne peut négliger l'exception soulevée par les Etats-Unis selon laquelle les ressortissants mexicains n'ont pas épuisé les voies de recours internes.

9. Face à cet argument des Etats-Unis, le Mexique soutient que la

claims of its nationals through the procedure of diplomatic protection.”

In other words, Mexico's claim based on diplomatic protection could be regarded as inadmissible and the United States objection based on the failure to exhaust local remedies might appear to have succeeded. The Court nonetheless rejects the objection on a different ground.

5. The Court rejects the objection because such an objection does not apply to the claim submitted by Mexico in its own name (although I doubt whether the United States objection was directed at Mexico's claim in its own name).

6. In order to be able to rule on the alleged violations by the United States of its obligations to Mexican nationals under Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention, the Court relies on what is in my view a novel doctrine, without citing any prior jurisprudence in support thereof. The Court explains that, in the special circumstances of interdependence of the rights of the State and of individual rights, the State (in this case 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 its nationals under Article 36, paragraph 1 (*b*).

7. In the present case, in my view, the Court could only reach the conclusion that the individual rights of Mexican nationals had been violated if it accepted Mexico's claim that that State was exercising its right to diplomatic protection. In order for a violation of individual rights (the rights of individual nationals), to be established, such rights have to be pleaded before an international court. When the State invokes the rights of its nationals, it acts in its own name on their behalf, on account of the wrong done to them: in other words, that State exercises diplomatic protection. Mexico's main reason for bringing the case before the Court was the alleged wrong done to its nationals. It is its nationals — and their fate — with which Mexico is primarily concerned. In order to give them a final chance within the United States judicial system, it was vital to establish violations by the United States of its obligations to Mexican nationals under the Vienna Convention, and the resultant injury to them. In my view, it is the violation of the rights of an individual and the wrong done to that individual, rather than the violation of a right of Mexico and the resultant injury to that State, that may have a certain role to play in the context of criminal proceedings in the United States.

8. If this case is viewed in the context of diplomatic protection, we cannot simply ignore the United States objection that the Mexican nationals have failed to exhaust local remedies.

9. Faced with this argument on the part of the United States, Mexico

majorité des ressortissants mexicains concernés ont, en vain, formé des recours aux Etats-Unis. Il ajoute que la doctrine de la carence procédurale a, de toute manière, empêché la plupart d'entre eux de faire valoir leurs demandes, les éléments produits n'ayant pas été présentés au stade antérieur de la procédure — précisément parce que les autorités américaines n'avaient pas informé les intéressés de leurs droits comme elles y étaient tenues par le paragraphe 1 de l'article 36.

Quant aux autres ressortissants, le Mexique prétend que les Etats-Unis ont présenté de façon inexacte l'obligation d'épuisement des voies de recours internes en laissant entendre qu'il s'agissait d'une règle absolue. Il invoque l'opinion individuelle du juge Tanaka dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, selon laquelle «la règle n'impose pas, semble-t-il, aux intéressés d'engager une action manifestement illusoire et dépourvue de portée, ni de tenter à nouveau une action qui s'est déjà révélée vaine» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 145*). Selon le Mexique, un ressortissant étranger formant un recours judiciaire pour violation de l'article 36 n'aura jamais gain de cause aux Etats-Unis, car les juridictions des Etats-Unis déclarent soit que l'article 36 ne crée pas de droit individuel, soit qu'un ressortissant étranger qui a été privé des droits qu'il tenait de l'article 36, mais qui a en revanche bénéficié de ceux prévus par la Constitution et les lois des Etats-Unis, ne peut établir l'existence d'un préjudice et donc obtenir réparation. Le Mexique avance d'ailleurs que la règle de l'épuisement des voies de recours internes est limitée aux recours juridictionnels et que la recevabilité d'une requête devant la Cour n'est pas assujettie à la condition préalable de l'épuisement des recours en grâce.

10. La Commission du droit international qui actuellement prépare un projet d'articles sur la protection diplomatique formule quatre exceptions dont souffre la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Seule la première d'entre elles nous intéresse dans la présente affaire. Selon cette exception, point n'est besoin d'épuiser les recours internes lorsqu'ils n'assurent aucune possibilité raisonnable de réparation efficace. C'est au demandeur qu'il revient de prouver

«que, dans les circonstances de l'espèce et eu égard au système juridique de l'Etat défendeur, il n'y a aucune possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace» (Rapport de la Commission du droit international, 2003, Nations Unies, doc. A/58/10, p. 76, par. 3).

11. Le Mexique prétend que pas une seule juridiction aux Etats-Unis n'a fait droit à un recours pour violation de l'article 36 de la convention de Vienne.

12. Si les Etats-Unis soulignent que, des cinquante-deux affaires invoquées devant la Cour par le Mexique, quasiment toutes (à l'exception de trois, c'est-à-dire quarante-neuf) demeurent pendantes, nombre d'entre elles n'ayant pas encore dépassé le stade du premier pourvoi en appel, ils n'ont en revanche pas réfuté l'assertion du Mexique critiquant la pratique

maintains that the majority of the Mexican nationals concerned did file appeals in the United States, unsuccessfully. It adds that, in any event, the doctrine of procedural default prevented most of them from asserting their claims, since the matters on which they relied had not been submitted at an earlier stage of the proceedings — precisely because the American authorities had failed to inform those concerned of their rights, as they had an obligation to do under Article 36, paragraph 1.

As for their other nationals, Mexico claims that the United States presented the obligation to exhaust local remedies incorrectly by implying that it is an absolute rule. Mexico relies on the separate opinion of Judge Tanaka in the *Barcelona Traction* case, according to which: “The rule does not seem to require from those concerned a clearly futile and pointless activity, or a repetition of what has been done in vain.” (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 145.) According to Mexico, a foreign national seeking a judicial remedy on the ground of a breach of Article 36 would never succeed in the United States, since the United States courts hold either that Article 36 does not create an individual right, or that a foreign national who has been denied his Article 36 rights but given his constitutional and statutory rights, cannot establish prejudice and therefore cannot get relief. Mexico further contends that the rule of exhaustion of local remedies is restricted to judicial remedies, and that the admissibility of an application to the Court is not subject to the precondition of exhausting clemency procedures.

10. The International Law Commission, which is currently preparing draft articles on diplomatic protection, has framed four exceptions to the local remedies rule. Only the first of these concerns us here. Under this exception, there is no need to exhaust local remedies when they provide no reasonable possibility of effective redress. It is for the claimant to prove

“that in the circumstances of the case, and having regard to the legal system of the respondent State, there is no reasonable possibility of an effective redress” (Report of the International Law Commission, 2003, United Nations doc. A/58/10, p. 93, para. 3).

11. Mexico claims that no single court in the United States has ever granted a judicial remedy for a violation of Article 36 of the Vienna Convention.

12. Although the United States maintains that almost all of the 52 cases put in issue by Mexico before the Court (save for three, leaving 49) remain pending, many of them not yet having gone beyond the first direct appeal of the conviction, it has on the other hand failed to refute Mexico’s criticism of the practice of the United States courts of con-

des juridictions des Etats-Unis consistant à refuser uniformément toute forme de réparation pour la violation d'une obligation dictée par l'article 36 de la convention de Vienne.

13. Il aurait ainsi été possible à la Cour de parvenir à la conclusion que le Mexique a démontré que la condition de l'épuisement des voies de recours internes ne s'appliquait pas dans la présente affaire pour ce qui est de la demande présentée dans le cadre de la protection diplomatique.

II. L'INTERPRÉTATION *RATIONE TEMPORIS* DE L'OBLIGATION D'INFORMER EN VERTU DE L'ALINÉA *b)* DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 36

14. J'ai des doutes quant à l'interprétation par la Cour de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36. Selon cette interprétation, contenue dans le paragraphe 63 de l'arrêt, l'obligation de donner l'information requise par cet alinéa ne s'applique qu'à partir du moment où les autorités qui interviennent dans les procédures d'arrestation prennent conscience que la personne arrêtée est un ressortissant étranger ou lorsqu'il existe des raisons de penser qu'il s'agit probablement d'un ressortissant étranger.

Je trouve que cette interprétation n'est pas bien fondée. Si ce procédé d'interprétation des normes de droit international devait trouver une application plus large, il risquerait d'affaiblir la protection que les mécanismes de sauvegarde des droits de l'homme ou le droit international humanitaire accordent à certains sujets (par exemple aux enfants).

15. L'obligation que l'article 36 de la convention de Vienne impose à l'Etat de résidence n'est pas subordonnée à la connaissance, par les autorités dudit Etat, que la personne arrêtée est un étranger. L'obligation d'informer intervient dès lors qu'un étranger est placé en détention. Cette arrestation constitue un fait objectif suffisant, en soi, pour engager l'obligation de l'Etat de résidence.

16. La connaissance n'entre en jeu ni en ce qui concerne l'existence ou l'applicabilité de l'obligation d'informer prévue à l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36, ni en ce qui concerne la violation de cette obligation. L'ignorance n'est pas une circonstance excluant l'illicéité. *Ignorantia non excusat*. Les autorités étatiques doivent déployer toute la diligence requise dans l'exercice de leurs pouvoirs et rien ne les empêche de s'intéresser, dès le début de l'arrestation, à la nationalité du détenu. S'il prétend être ressortissant du pays où il est arrêté, il ne peut plus invoquer le fait qu'il n'avait pas été informé de ses droits en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. Informer une personne détenue que, si elle est ressortissante d'un autre Etat, la convention de Vienne lui confère certains droits, constitue, sans doute, la meilleure façon d'éviter un manquement quelconque aux obligations découlant, pour les autorités de l'Etat de résidence, de l'article 36 de la convention. Mais ces autorités ne

sistently refusing any form of relief for the violation of an obligation under Article 36 of the Vienna Convention.

13. It would thus have been possible for the Court to conclude that Mexico has shown that the condition of exhaustion of local remedies did not apply in the present case to its claim under the head of diplomatic protection.

II. INTERPRETATION *RATIONE TEMPORIS* OF THE OBLIGATION TO INFORM UNDER ARTICLE 36, PARAGRAPH 1 (*b*)

14. I have misgivings as to the interpretation by the Court of Article 36, paragraph 1 (*b*). According to that interpretation, which is set out in paragraph 63 of the Judgment, the obligation under this subparagraph to provide information to the individual arises only once it is realized by the arresting authorities that the person is a foreign national, or once there are grounds to think that person is probably a foreign national.

I consider that this interpretation is not well founded. Were such an approach to the interpretation of the norms of international law to be applied more widely, there is a danger that it might weaken the protection accorded to certain subjects (for example, children) under the procedures for safeguarding human rights or under international humanitarian law.

15. The obligation laid on the receiving State by Article 36 of the Vienna Convention does not depend on the authorities of the said State knowing that the person arrested is a foreigner. The obligation to provide information arises as soon as a foreigner is detained. Such an arrest constitutes an objective fact sufficient in itself to activate the receiving State's obligation.

16. Knowledge of the facts plays no role, either in respect of the existence or applicability of the obligation to provide information under Article 36, paragraph 1 (*b*), or in respect of the violation of that obligation. Ignorance is not a circumstance precluding wrongfulness. *Ignorantia non excusat*. The State authorities must show due diligence in the exercise of their powers, and there is nothing to prevent them from making enquiry, as soon as the arrest is made, in regard to the nationality of the person detained. If that person claims to be a national of the country in which he has been arrested, he can no longer rely on the fact that he was not informed of his rights under Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention. Informing a person in custody that the Vienna Convention accords him certain rights if he is a national of another State is undoubtedly the best way of avoiding any breach of the obligations incumbent upon the authorities of the receiving State under Article 36

sauraient justifier leurs omissions en invoquant leurs mépris ou erreurs de jugement.

III. CESSATION

17. La Cour déclare qu'elle ne saurait accueillir la demande du Mexique tendant à ce que les Etats-Unis d'Amérique cessent leurs violations de l'article 36 de la convention de Vienne à l'égard du Mexique et de ses cinquante-deux ressortissants, parce que le Mexique n'a pas établi que les violations des obligations des Etats-Unis en vertu de l'article 36 auraient eu un caractère continu (arrêt, par. 148).

18. Je partage cette conclusion de la Cour. Mais la Cour y ajoute un autre élément. Elle observe que :

«comme ces cinquante-deux cas individuels se trouvent actuellement à différents stades de la procédure pénale devant les juridictions américaines, ils sont pendants; et la Cour a déjà indiqué, en ce qui les concerne, ce qu'elle considère comme le remède approprié, c'est-à-dire le réexamen et la révision à raison de la violation de la convention de Vienne».

19. J'estime que le fait que les cas individuels soient pendants devant les juridictions des Etats-Unis est sans pertinence pour l'obligation de cessation. C'est le caractère continu ou non de la violation qui est déterminant pour l'existence de l'obligation de cessation. La Cour ne peut ordonner la cessation de l'acte illicite que si cet acte a un caractère continu.

20. La référence au fait que les cas soient pendants devant les juridictions internes pourrait prêter à confusion en créant l'impression que la demande du Mexique relative à la cessation ne saurait être accueillie par la Cour, étant donné que le non-épuisement des voies de recours internes aux Etats-Unis soit rend la demande prématurée et de ce fait irrecevable, soit ne permet pas de constater que l'obligation en cause a déjà été violée. Mais cette seconde hypothèse est clairement à exclure car la Cour, dans le même paragraphe 148, confirme que le réexamen et la révision sont le remède approprié en raison de la violation (qui devait être constatée d'abord) de la convention de Vienne.

21. Le caractère du remède approprié (ou de la réparation appropriée) est de même sans pertinence en ce qui concerne l'obligation de cessation.

(Signé) Peter TOMKA.

of the Convention. But those authorities cannot justify their omissions by relying on their own mistakes or errors of judgment.

III. CESSATION

17. The Court states that it cannot uphold Mexico's claim requiring the United States to cease its violations of Article 36 of the Vienna Convention with regard to Mexico and its 52 nationals, since Mexico has not established that the violations by the United States of its obligations under Article 36 are continuing (Judgment, para. 148).

18. I share the Court's conclusion here. Yet the Court adds a further element, observing:

"inasmuch as these 52 individual cases are at various stages of criminal proceedings before the United States courts, they are in the state of *pendente lite*; and the Court has already indicated in respect of them what it regards as the appropriate remedy, namely review and reconsideration by reference to the breach of the Vienna Convention".

19. I consider that the fact that individual cases are still pending before the United States courts is not pertinent to the obligation of cessation. It is the continuing nature or otherwise of the violation which determines whether the obligation of cessation exists. The Court can only order the cessation of a wrongful act if that act continues.

20. The reference to the fact that the cases are still pending before domestic courts might cause confusion by giving the impression that Mexico's claim requiring cessation cannot be upheld by the Court because the failure to exhaust local remedies in the United States either makes the claim premature, and hence inadmissible, or else precludes the Court from finding that the obligation concerned has already been violated. Yet this second hypothesis must clearly be rejected, since the Court, in the same paragraph 148, confirms that what constitutes the appropriate remedy is review and reconsideration by reference to the breach of the Vienna Convention (a breach which first has to be established).

21. By the same token, the nature of the appropriate remedy (or form of reparation) is not pertinent to the obligation of cessation.

(Signed) Peter TOMKA.