

## SEPARATE OPINION OF JUDGE KOROMA

*Issue of procedural default in relation to breach — Court's findings — Misgivings — Orders for provisional measures under the Court's Statute binding — Need for caution not to cast doubt on previous orders issued.*

1. Although I support the Court's findings in this case, there are one or two conclusions about which I have some misgivings, in particular to the extent that they are also embodied in the operative paragraph of the Judgment.

2. Germany has asked the Court to adjudge and declare

“that the United States, by applying rules of its domestic law, in particular the doctrine of procedural default, which barred Karl and Walter LaGrand from raising their claims under the Vienna Convention on Consular Relations, and by ultimately executing them, violated its international legal obligation to Germany under Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention to give full effect to the purposes for which the rights accorded under Article 36 of the said Convention are intended”.

3. In paragraph 125 of the Judgment, the Court states that it

“can determine the existence of a violation of an international obligation. *If necessary, it can also hold that a domestic law has been the cause of this violation.* In the present case the Court has made its findings of violations of the obligations under Article 36 of the Vienna Convention when it dealt with the first and second submission of Germany. *But it has not found that a United States law, whether substantive or procedural in character, is inherently inconsistent with the obligations undertaken by the United States in the Vienna Convention.*” (Emphasis added.)

But then, the Court goes on to say that:

“*In the present case the violation of Article 36, paragraph 2, was caused by the circumstances in which the procedural default rule was applied, and not by the rule as such.*” (Emphasis added.)

Earlier in the Judgment, the Court had stated as follows:

“Under these circumstances, the procedural default rule had the

OPINION INDIVIDUELLE DE M. KOROMA

[Traduction]

*Question de la carence procédurale du point de vue de la violation — Conclusions de la Cour — Doutes — Force obligatoire des ordonnances en indication de mesures conservatoires aux termes du Statut de la Cour — Nécessité d’user de prudence afin de ne pas jeter le doute sur les ordonnances rendues par le passé.*

1. Tout en souscrivant aux décisions de la Cour en l’espèce, je nourris certains doutes quant à une ou deux conclusions, d’autant qu’elles figurent également dans le dispositif de l’arrêt.

2. L’Allemagne a prié la Cour de dire et juger que

«en appliquant des règles de leur droit interne, notamment la doctrine dite de la «carence procédurale», qui ont empêché Karl et Walter LaGrand de faire valoir leurs réclamations au titre de la convention de Vienne sur les relations consulaires, et en procédant finalement à leur exécution, les Etats-Unis ont violé l’obligation juridique internationale, dont ils étaient tenus à l’égard de l’Allemagne en vertu du paragraphe 2 de l’article 36 de la convention de Vienne, de permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles sont prévus les droits énoncés à l’article 36 de ladite convention».

3. Au paragraphe 125 de l’arrêt, la Cour constate

«qu’elle peut établir la violation d’une obligation internationale. *Si nécessaire, elle peut aussi constater qu’une loi interne a été la cause de cette violation.* La Cour, en la présente instance, a conclu, lorsqu’elle a traité de la première et de la deuxième conclusion de l’Allemagne, à la violation des obligations existant au titre de l’article 36 de la convention de Vienne. *Mais elle n’a pas trouvé de loi américaine, de fond ou de procédure, qui, par nature, soit incompatible avec les obligations que la convention de Vienne impose aux Etats-Unis.*» (Les italiques sont de moi.)

La Cour ajoute cependant que :

«*En la présente instance, la violation du paragraphe 2 de l’article 36 a découlé des circonstances dans lesquelles a été appliquée la règle de la carence procédurale, et non de la règle elle-même.*» (Les italiques sont de moi.)

Plus haut dans son arrêt, la Cour avait affirmé :

«Dans ces conditions, la règle de la carence procédurale a eu pour

effect of preventing 'full effect [from being] given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended'" (para. 91; emphasis added).

4. Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention provides that:

"The rights referred to in paragraph 1 of this article shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the receiving State, subject to the proviso, however, that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended."

The paragraph thus sets out how the rights referred to in paragraph 1 are to be exercised and the conditions for their application.

5. Among the rights set out in Article 36, paragraph 1, are the following: the right to request the competent authorities of the receiving State to inform the relevant consular post without delay of an arrest or detention; the right to have any communication addressed by a detained or arrested person forwarded to the relevant consular post by the receiving State authorities without delay; and the right of the sending State that its nationals be informed without delay of their right to consular notification. In my opinion, these rights are the rights referred to in Article 36, paragraph 2, of the Convention and they are obligations for the receiving State. For them to be violated therefore, the competent authorities of the receiving State must have failed to comply with them. Clearly, the breach of the obligation that occurred in the present case was caused neither by the procedural default rule nor by its application. It was not because of the procedural default rule that the LaGrand brothers were not informed in a timely manner of their rights to consular protection or assistance. In my view, neither the rule nor its application can be held in this regard to have violated Article 36, paragraph 2, of the Convention, as it was not the rule which prevented full effect being given to the rights under Article 36, paragraph 1. Indeed, as the Court itself has held, the doctrine of procedural default is not inherently inconsistent with the obligations assumed by the United States under the Convention. On the other hand, it is both inconsistent and unsustainable to hold that the violation of Article 36, paragraph 2, in the present case *was caused by its application, and not by the rule as such*. Having thus formulated its conclusion, the Court would appear to be saying that the rule is simultaneously both consistent and inconsistent with the United States obligations under the Convention. If, as the Court would appear to hold, the rule is a proper part of the United States criminal justice system, the Court cannot at the same time hold that its application on this occasion is the cause of the violation of the United States obligations. The point which the Court should have determined, in my view, was not whether aspects of the criminal process were the cause of the breach of the obligations, which they were not, but rather whether the obligations assumed under the Convention were breached as a result of the non-observance of the rele-

effet d'empêcher « *la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article* ». » (Par. 91; les italiques sont de moi.)

4. Au paragraphe 2 de son article 36, la convention de Vienne dispose :

« Les droits visés au paragraphe 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article. »

Cette disposition définit ainsi la manière dont les droits visés au paragraphe 1 doivent être exercés et leurs conditions d'application.

5. Parmi les droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36 figurent : le droit de demander aux autorités compétentes de l'Etat de résidence d'aviser sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi d'une arrestation ou d'une mise en détention ; le droit à ce que toute communication adressée au poste consulaire par une personne arrêtée ou incarcérée soit transmise sans retard par les autorités de l'Etat de résidence ; le droit de l'Etat d'envoi de voir ses ressortissants informés de leur droit de notification consulaire. A mon sens, ces droits sont ceux qui sont visés au paragraphe 2 de l'article 36 de la convention et ils obligent l'Etat de résidence. Aussi leur violation suppose-t-elle que les autorités compétentes de l'Etat de résidence ont manqué à l'obligation de les respecter. A l'évidence, la violation en question dans la présente affaire n'est imputable ni à la règle de la carence procédurale, ni à son application. Ce n'est pas à cause de la règle de la carence procédurale que les frères LaGrand n'ont pas été informés en temps opportun de leurs droits à la protection ou à l'assistance consulaires. Je ne pense pas que l'on puisse considérer que la règle ou son application a constitué violation du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention, car ce n'est pas cette règle qui a empêché de donner plein effet aux droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36. Comme la Cour l'a d'ailleurs dit elle-même, la doctrine de la carence procédurale n'est pas en soi contraire aux obligations contractées par les Etats-Unis en vertu de la convention. En revanche, dire que la violation du paragraphe 2 de l'article 36 *est due non pas à la règle en tant que telle, mais à son application*, est à la fois incohérent et injustifiable. En formulant ainsi sa conclusion, la Cour semble dire que la règle est à la fois en conformité et en contradiction avec les obligations imposées par la convention aux Etats-Unis. Si, comme elle semble le penser, la Cour reconnaît que la règle fait partie intégrante de la justice pénale aux Etats-Unis, elle ne peut en même temps dire que c'est son application en l'espèce qui est à l'origine de la violation par les Etats-Unis de leurs obligations. A mon avis, la question sur laquelle la Cour aurait dû se prononcer était non pas celle de savoir si certains aspects de la procédure pénale étaient à l'origine de la violation des obligations, ce qui n'était pas le cas, mais plutôt celle de savoir si la violation des obligations imposées par la convention était due au non-

vant provisions. In other words, the breach of the relevant obligations would still have occurred to the extent that the relevant provision of the Convention had not been complied with irrespective of the criminal process.

6. But lest there be a misunderstanding of my position, I strongly subscribe to the position that everyone is entitled to benefit from judicial guarantees, including the right to appeal a conviction and sentence, and this position is universally shared by States. For me, the main issue which the Court is required to determine is whether the United States conduct, in not informing Germany and the LaGrand brothers promptly of their rights under the Convention, was inconsistent with the United States obligation to Germany under the Convention, as well as the appropriate remedies for that breach.

7. I also cannot concur entirely with the reasoning of the Court regarding its finding on Article 41 of the Statute. The real issue is whether the Order for provisional measures issued by the Court on 3 March 1999 was binding on the United States, and not the interpretation of Article 41 of the Statute which the Court decided to undertake. I do not think its jurisprudence on this matter was in doubt. Nor do I subscribe to the theory of the linguistic ambiguity of the said provision. In my view the meaning of the provision is clear and objective and there can be no fundamental misunderstanding as to its purpose and meaning. It is also part of the Statute of the Court. The object and purpose of an order for provisional measures is to preserve and protect the rights and interests of the parties in a dispute before the Court, pending the final decision of the Court. It is for the Court to grant or reject a request for an order. It follows that, when an order is granted in accordance with the Statute, it is binding. Otherwise, there would be no purpose in making an order, or the purpose would be defeated. This is how I have understood the provision and this Judgment should be seen in that light and not as casting doubt, albeit unwittingly, on previous orders for provisional measures issued by this Court.

8. Finally, with regard to operative paragraph 128 (7) of the Judgment and as I have stated above, it is my understanding that everyone, irrespective of nationality, is entitled to the benefit of fundamental judicial guarantees, including the right of appeal or review against conviction and sentence, irrespective of nationality. In other words the judicial process must be fair and regular.

*(Signed)* Abdul G. KOROMA.

---

respect des dispositions pertinentes. C'est-à-dire qu'il y aurait de toute manière eu violation des obligations en question dans la mesure où la disposition pertinente de la convention n'avait pas été respectée, indépendamment des questions de procédure pénale.

6. Afin de dissiper tout malentendu quant à ma position, je tiens à préciser que j'adhère pleinement au principe selon lequel chacun a droit à des garanties judiciaires, dont le droit d'interjeter appel contre une condamnation ou une décision, principe adopté par les Etats du monde entier. Pour moi, la question principale sur laquelle la Cour était appelée à se prononcer était celle de savoir si les Etats-Unis — en n'informant pas en temps opportun l'Allemagne et les frères LaGrand des droits qui leur étaient reconnus par la convention — s'étaient soustraits à l'obligation que la convention leur imposait à l'égard de l'Allemagne. La Cour devait également déterminer le mode de réparation approprié de cette violation.

7. Je ne peux pas non plus souscrire totalement au raisonnement sur lequel s'appuie la Cour pour parvenir à la conclusion qu'elle énonce sur l'article 41 du Statut. La véritable question consistait à déterminer si l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour le 3 mars 1999 liait les Etats-Unis, et non à s'engager dans l'interprétation de l'article 41 du Statut. Je ne pense pas que la jurisprudence de la Cour à cet égard soit incertaine, pas plus que je n'adhère à la théorie de l'ambiguïté linguistique de cette disposition. Pour moi, le sens en est clair et sans équivoque et ni sa signification, ni son objet ne peuvent prêter à contresens. Cette disposition fait également partie du Statut de la Cour. Une ordonnance en indication de mesures conservatoires a pour objet et pour but de préserver et protéger les droits et intérêts des parties à une instance devant la Cour en attendant que celle-ci rende une décision définitive. C'est la Cour qui accueille ou rejette une demande de mesures conservatoires. Par voie de conséquence, lorsque la Cour rend une ordonnance en application du Statut, l'ordonnance a force obligatoire. Si tel n'était pas le cas, il serait vain de rendre une ordonnance, puisqu'elle serait vouée à l'échec. C'est ainsi que je comprends cette disposition et c'est ainsi qu'il faut entendre le présent arrêt, et non comme jetant le doute, bien qu'involontairement, sur les ordonnances en indication de mesures conservatoires que la Cour a rendues jusqu'ici.

8. Enfin, en ce qui concerne le point 7 du paragraphe 128 du dispositif de l'arrêt, comme je l'ai déjà dit, je suis d'avis que chacun, quelle que soit sa nationalité, a droit à des garanties judiciaires fondamentales, dont le droit de faire appel d'une condamnation ou d'une peine ou d'en demander la révision, sans qu'aucune considération de nationalité n'entre en ligne de compte. Autrement dit, la procédure judiciaire doit être équitable et régulière.

(Signé) Abdul G. KOROMA.