

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ : ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่าง
ประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ

นางสาวเพ็ญประภา นวลศิลป์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2555

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์นี้พร้อมทั้งไฟล์ฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ที่
เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository (CUIR)
are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

INTERNATIONAL LAW OF STATE RESPONSIBILITY : A STUDY OF THE JUDGEMENT OF
THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE CASE CONCERNING AVENA AND
OTHER MEXICAN NATIONALS

Miss Penprapa Nuansin

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2012

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ :
ศึกษาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับ
อาวินาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ.

โดย

นางสาวเพ็ญประภา นวลศิลป์

สาขาวิชา

กฎหมายระหว่างประเทศ

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์วิทิต มั่นตาภรณ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท

.....คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์จันตรี สิ้นสุภฤกษ์)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์วิทิต มั่นตาภรณ์)

.....กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติवासะ)

.....กรรมการ
(อาจารย์ ดร.โชติกา วิทยาวารกุล)

.....กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ ดร.วิลาวรรณ มังคละชนะกุล)

เพ็ญประภา นวลศิลป์ : กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ : ศึกษา
คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคน
อื่นๆ. (INTERNATIONAL LAW OF STATE RESPONSIBILITY : A STUDY OF THE
JUDGEMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE CASE
CONCERNING AVENA AND OTHER MEXICAN NATIONALS) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
หลัก : ศ. วิฑิต มั่นตาภรณ์, 302 หน้า.

การละเมิดสิทธิในการแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่คนชาติของรัฐผู้ส่งที่ถูกดำเนินคดีอาญาในดินแดน
ของรัฐผู้รับภายใต้พันธกรณีของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963
มาตรา 36 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง เป็นการละเมิดพันธกรณี
ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ จึงทำให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐและรัฐผู้ละเมิดต้องมีการเยียวยา
ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศนั้น

จากปัญหาดังกล่าวจำเป็นจะต้องศึกษาคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี
เกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) เนื่องจากเป็นคำพิพากษา
ที่ได้เน้นในเรื่องการเยียวยาความเสียหายโดยการให้ศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาพิจารณา
และทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ จนมาถึงคดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาศาล
ยุติธรรมระหว่างประเทศของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติ
เม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009) ที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเน้นย้ำว่าพันธกรณีในการ
พิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นต้องเกิดผลขึ้น
ภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล

เมื่อได้ทำการศึกษาและพิจารณาแล้วพบว่า จำเป็นต้องมีการจำแนกระหว่างหลักกฎหมาย
ความรับผิดชอบของรัฐในระดับระหว่างประเทศและการมีผลโดยตรงของหลักกฎหมายความ
รับผิดชอบของรัฐต่อกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิสิต.....
ปีการศึกษา.....2555.....ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5286005034 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : STATE RESPONSIBILITY / CONSULAR NOTIFICATION / DIPLOMATIC PROTECTION / DUAL NATIONALITY / REVIEW AND RECONSIDERATION / OBLIGATION OF RESULT

PENPRAPA NUANSIN : INTERNATIONAL LAW OF STATE RESPONSIBILITY : A STUDY OF THE JUDGEMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE CASE CONCERNING AVENA AND OTHER MEXICAN NATIONALS. ADVISOR : PROF. VITIT MUNTARBHORN, 302 pp.

The violation of article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations 1963, of the right to a consular notification, by the receiving state, is a breach of international obligation. As a consequence, there should be remedies and compensation from the violating state, according to the principle of state responsibility.

From this mentioned problem, it is necessary to study the judgements of the International court of justice because these judgments concern an increase in the value of reparation, which are unprecedented in the principle of state responsibility. Of relevance are judgements about the breach of the Vienna Convention on Consular Relations 1963 from the International court of justice for reviewing and reconsideration and the request of interpretation of the judgement on the case concerning Avena and other Mexican nationals in 2009, where the Court emphasized the importance the reasonable period of time of review and reconsideration.

From the study, it is important to distinguish between the principle of state responsibility in relation to the international level and the direct outcome of the principle of state responsibility in relation to the internal law of the United States of America.

Department : Laws.....Student's Signature.....
Academic Year : 2012.....Advisor's Signature.....

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความอุปการคุณจากผู้มีพระคุณทั้งหลาย โดยได้รับความช่วยเหลือ ความกรุณา และความเอาใจใส่อย่างดียิ่ง ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านศาสตราจารย์ วิฑิต มันทาภรณ์ ซึ่งเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ท่านอาจารย์ได้สละเวลาให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนตลอดมา ตลอดจนคำแนะนำทางวิชาการอันมีคุณค่า และเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อผู้เขียน อันทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์จันตรี สิ้นศุภฤกษ์ ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ รวมถึงท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ศารทูล สันติवासะ ท่านอาจารย์ ดร. โชติกา วิทยาวรากุล และท่านอาจารย์ ดร. วิลาวัรรณ มังคละชนะกุล ที่ได้กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ท่านอาจารย์เหล่านี้ได้ให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์แก่ผู้เขียนจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดามารดาของผู้เขียน รวมทั้งพี่ของผู้เขียน ที่คอยผลักดันและให้กำลังใจและสนับสนุนให้การทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถสำเร็จลุล่วงไปได้ รวมไปถึงเพื่อนในรุ่นของผู้เขียนที่คอยให้กำลังใจมาโดยตลอด และขอขอบพระคุณเจ้าหน้าที่หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่คอยให้คำแนะนำในเรื่องระเบียบแก่ผู้เขียนเสมอมา

ท้ายที่สุดนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์ทางวิชาการอยู่บ้าง ผู้เขียนขอให้สิ่งเหล่านี้มีประโยชน์ต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และผู้เขียนขอมอบให้เป็นกตเวทิตาแก่บิดามารดาของผู้เขียน รวมทั้งบูรพาจารย์ทุกท่านที่ประสาทวิชาความรู้และคุณธรรมแก่ผู้เขียน ส่วนข้อบกพร่องประการใดๆ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฅ
บทที่	
1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย.....	5
1.3 สมมติฐานของการวิจัย.....	5
1.4 ขอบเขตของการวิจัย.....	6
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย.....	6
2 หลักการและองค์ประกอบทางกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศและความสัมพันธ์กับกงสุล.....	7
2.1 วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ.....	8
2.1.1 ความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในรูปแบบกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ.....	9
2.1.2 ความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในรูปแบบสนธิสัญญา.....	10
2.1.3 ความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในรูปแบบคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศ.....	11
2.1.4 ความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในรูปแบบร่างบทมาตราของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ.....	13

	หน้า
2.2 ความหมายทางกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบ ของรัฐ.....	17
2.3 องค์ประกอบของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ.....	22
2.3.1 การกระทำผิดของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ.....	25
2.3.1.1 การกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่าง ประเทศ.....	26
2.3.1.1.1 การกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ.....	26
2.3.1.1.1.1 การกระทำขององค์กรของรัฐ.....	27
2.3.1.1.1.2 การกระทำของบุคคลอื่นในบางกรณีของรัฐ ต้องรับผิด.....	31
2.3.1.2 การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ.....	34
2.3.1.2.1 ความหมายของพันธกรณีระหว่างประเทศ.....	34
2.3.1.2.2 ความหมายและลักษณะของการละเมิดพันธกรณีระหว่าง ประเทศ.....	35
2.4 ความรับผิดชอบของรัฐจากการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติ ของรัฐผู้ส่ง.....	36
2.4.1 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963.....	36
2.4.2 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง.....	39
2.4.3 การพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับการละเมิด อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963.....	41
2.4.3.1 คดี Breard.....	42
2.4.3.2 คดี LaGrand.....	44
2.4.3.2.1 ความรับผิดชอบของรัฐจากการไม่แจ้งให้คนชาติของ รัฐผู้ส่งที่ถูกดำเนินคดีอาญาทราบถึงสิทธิทางกงสุล โดยไม่ชักช้า.....	46

2.4.3.2.2 ความรับผิดชอบของรัฐจากการไม่แจ้งให้สถานทำการ ทางกงสุลของรัฐผู้ส่งทราบโดยไม่ชักช้า.....	46
2.5 ผลทางกฎหมายของการกระทำผิดของรัฐในทางระหว่างประเทศ.....	47
2.5.1 การหยุดการกระทำและการไม่กระทำซ้ำ.....	47
2.5.2 การชดเชยความเสียหาย.....	48
2.5.2.1 รูปแบบของการชดเชยความเสียหาย.....	50
2.5.2.1.1 การกลับคืนสู่สถานะเดิม.....	50
2.5.2.1.2 การชดใช้ค่าเสียหาย.....	50
2.5.2.1.3 การทำให้พอใจ.....	51
2.6 สิทธิของรัฐผู้เสียหายในการเรียกร้องความรับผิดชอบระหว่างปะเทศ.....	52
2.6.1 การเรียกร้องให้รัฐเข้ามารับผิดชอบ.....	52
2.6.2 สัญชาติของผู้เรียกร้อง.....	54
2.6.2.1 บุคคลสองสัญชาติหรือหลายสัญชาติ.....	62
2.6.3 การสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐ.....	64
2.7 กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐ.....	67
2.7.1 กฎหมายภายในของรัฐในศาลระหว่างประเทศ.....	69
2.7.2 กฎหมายระหว่างประเทศในศาลภายในของรัฐ.....	69
3 ข้อพิจารณาว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศและความ สัมพันธ์กับคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับออสเตรียและ บุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) และคดีคำร้องขอให้มีการ ตีความคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับออสเตรียและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009).....	71
3.1 คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับออสเตรียและบุคคลสัญชาติ เม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004).....	74
3.1.1 ข้อเท็จจริงในคดีและที่มาของการยื่นฟ้องคดีของประเทศเม็กซิโกต่อศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศ.....	74
3.1.2 มาตรการชั่วคราว (Provisional Measures).....	76
3.1.3 เขตอำนาจศาล.....	78
3.1.4 การรับฟ้อง.....	84

3.2 เจื่อนไขของการกระทำผิดของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศในบริบทของคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004).....	91
3.2.1 ประเด็นในเนื้อหาแห่งคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ...	91
3.2.1.1 การกระทำผิดของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง.....	91
3.2.1.1.1 การละเมิดพันธกรณีว่าด้วยเรื่องการแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันในคดีอาญา (มาตรา 36 (1)(b)).....	92
3.2.1.1.2 การละเมิดพันธกรณีว่าด้วยเรื่องการแจ้งให้สถานทำการทางกงสุลทราบโดยไม่ชักช้าถึงเรื่องการดำเนินคดีอาญากับคนชาติของรัฐผู้ส่ง (มาตรา 36 (1)(b)).....	96
3.2.1.1.3 การละเมิดพันธกรณีว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการเข้าถึงคนชาติของกงสุล (มาตรา 36(1)(a)).....	97
3.2.1.1.4 การละเมิดพันธกรณีว่าด้วยเรื่องการเข้าเยี่ยมและการจัดให้มีตัวแทนทางกฎหมายของคนชาติของรัฐผู้ส่ง (มาตรา 36 (1)(c)).....	97
3.2.1.1.5 การละเมิดพันธกรณีว่าด้วยเรื่องการใช้กฎหมายภายในให้สอดคล้องต่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 (มาตรา 36 (2)).....	105
3.2.1.2 การให้ความคุ้มครองทางทูต.....	112
3.2.1.2.1 การเรียกร่องแบบผสม.....	112
3.2.1.3 บุคคลสองสัญชาติ.....	122
3.2.2 ความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง.....	127
3.2.3 การชดใช้เยียวยาความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าด้วยเรื่อง	

การสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง.....	129
3.2.4 การบังคับตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคล สัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004).....	143
3.3 คดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009).....	146
3.3.1 ข้อเท็จจริงในคดีและที่มาของการยื่นฟ้องคดีของเม็กซิโกต่อศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศ.....	146
3.3.2 มาตรการชั่วคราว.....	147
3.3.3 เขตอำนาจศาล.....	148
3.3.3.1 การมีข้อพิพาทระหว่างคู่ความ.....	149
3.3.3.1.1 ข้อพิพาทเกี่ยวกับพันธกรณีตามย่อหน้าที่ 153 (9) ในเรื่องการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวน คำพิพากษาใหม่.....	149
3.3.3.1.2 ปัญหาการมีข้อพิพาทเหนือพันธกรณีที่ต้องเกิดผล ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม.....	151
3.3.3.1.3 ประเด็นผลโดยตรงของพันธกรณีในเรื่องการพิจารณา และทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ตาม ย่อหน้าที่ 153 (9).....	156
3.3.4 การรับฟ้อง.....	158
3.4 เงื่อนไขของการกระทำผิดของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศในบริบทของ คดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009).....	163
3.4.1 การกระทำผิดของรัฐโดยการละเมิดพันธกรณีภายใต้คำพิพากษาของ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ.....	163
3.4.1.1 พันธกรณีภายใต้คำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศ.....	163
3.4.1.2 พันธกรณีภายใต้ย่อหน้า 153(9) ของคำพิพากษาศาลยุติธรรม	

	ในคดีเกี่ยวกับอาวีนา (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) ในเรื่อง	
	การพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่.....	165
	3.4.2 ผลบังคับของคำพิพากษา.....	166
4	บทเรียนของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและ บุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ และคดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษา ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับ อาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆในวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 2009 ต่อกฎหมายระหว่างประเทศ.....	168
4.1	บทเรียนของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและ บุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004).....	168
4.1.1	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในประเด็นการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 ว่าด้วยเรื่อง การสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง.....	168
4.1.2	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องความเสียหาย จากการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง.....	172
4.1.3	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในประเด็นการเยียวยา ความเสียหายจากการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญาว่าด้วย ความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและ การติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง.....	173
4.1.3.1	การหยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดและการรับประกันว่า จะไม่กระทำซ้ำ	177
4.1.3.2	การพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่.....	178
4.1.4	การนำคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้ภายในรัฐ... 179	
4.1.4.1	ผลบังคับตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี เกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004).....	180
4.2	บทเรียนของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีคำร้องขอให้มีการ ตีความคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (9 มกราคม ค.ศ. 2009)....	181

4.2.1 พันธกรณีที่ต้องเกิดผลภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล (obligation of result).....	182
4.3 บทเรียนจากคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนา และบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆในสหรัฐอเมริกา.....	185
4.3.1 การพิจารณาคดีเกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในศาลสหรัฐอเมริกา.....	185
4.3.1.1 José Ernesto Medellín Rojas.....	185
4.3.2 ผลบังคับคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนา และบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	187
4.3.2.1 ผลบังคับในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา.....	189
4.3.2.2 หลักการผลบังคับในตัวเอง (Self-executing).....	191
4.3.2.2.1 คำนิยามของการมีผลบังคับในตัวเอง.....	191
4.3.2.2.2 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ ทางกงสุล ค.ศ. 1963.....	191
4.3.2.2.3 พิธีสารเลือกรับอนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963.....	192
4.3.3 บันทึกความเข้าใจของประธานาธิบดี.....	193
4.3.4 สิทธิของปัจเจกชนในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล มาตรา 36	195
4.3.5 รัฐบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้ายและโทษประหารชีวิต (The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA)).....	197
5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	199
5.1 บทสรุป.....	199
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	202
รายการอ้างอิง.....	205
ภาคผนวก.....	214
ภาคผนวก ก Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) 31 March 2004.....	215
ภาคผนวก ข Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and	

Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) 9 January 2009.....	281
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	302

สารบัญตาราง

	หน้า	
ตารางที่ 1	สรุปประเด็นในคดีเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล (คดีระหว่างปารากวัยและสหรัฐอเมริกา).....	44
ตารางที่ 2	สรุปคำตัดสินคดี LaGrand.....	46
ตารางที่ 3	สรุปภาพรวมของคำพิพากษาคดีอาวีนาทั้ง 2 ฉบับ.....	73
ตารางที่ 4	สรุปประเด็นการพิจารณาในประเด็นเขตอำนาจศาล.....	80
ตารางที่ 5	สรุปประเด็นในเรื่องการรับฟ้องของศาล.....	85
ตารางที่ 6	สรุปประเด็นเกี่ยวกับการแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่ผู้ต้องหาคดีอาญา.....	98
ตารางที่ 7	สรุปประเด็นเกี่ยวกับการใช้กฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญา.....	109
ตารางที่ 8	สรุปประเด็นการให้ความคุ้มครองทางทูต.....	122
ตารางที่ 9	สรุปประเด็นบุคคลสองสัญชาติ.....	126
ตารางที่ 10	สรุปประเด็นเรื่องการเยียวยาความเสียหาย.....	133
ตารางที่ 11	สรุปประเด็นในคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004).....	144
ตารางที่ 12	สรุปประเด็นในเรื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับพันธกรณีตามย่อหน้าที่ 153 (9) ในเรื่องการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่.....	150
ตารางที่ 13	สรุปการมีข้อพิพาทเหนือพันธกรณีที่ต้องเกิดผลภายในระยะเวลาที่เหมาะสม.....	154
ตารางที่ 14	สรุปความแตกต่างของข้อเท็จจริงในคดีอาวีนา 2 ฉบับ.....	159
ตารางที่ 15	สรุปเรื่องมาตรการชั่วคราวในคดีอาวีนาทั้ง 2 ฉบับ.....	160
ตารางที่ 16	สรุปเรื่องเขตอำนาจศาลของคดีอาวีนาทั้ง 2 ฉบับ.....	162
ตารางที่ 17	สรุปเรื่องการรับฟ้องของคดีอาวีนาทั้ง 2 ฉบับ.....	162
ตารางที่ 18	สรุปเรื่องพันธกรณีภายใต้คำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศ.....	165
ตารางที่ 19	สรุปเรื่องพันธกรณีภายใต้ย่อหน้า 153(9) ของคำพิพากษาศาลยุติธรรม ในคดีเกี่ยวกับอาวีนา (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) ในเรื่องการพิจารณาและ ทบทวนคำพิพากษาใหม่.....	166
ตารางที่ 20	สรุปคดีร้องขอให้มีการตีความคำตัดสินในวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009).....	167

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

วันที่ 9 มกราคม ค.ศ. 2003 ประเทศเม็กซิโกเป็นโจทก์ยื่นฟ้องคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยมีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นจำเลย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิเสธสิทธิทางกงสุลกับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันจำนวน 52 คน เมื่อบุคคลสัญชาติเม็กซิกันถูกจับกุม หรือคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งสิทธิในเรื่องการสื่อสารและการติดต่อของเจ้าหน้าที่กงสุลกับคนชาติผู้อยู่ภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1963^{*} เป็นการประมวลบรรทัดฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกงสุลและบัญญัติมาตรฐานใหม่ที่เกี่ยวข้องกับกงสุลขึ้นในรูปแบบของสนธิสัญญาหลายฝ่าย ซึ่งขณะนี้มีรัฐที่เป็นภาคีทั้งหมด 175 รัฐ¹ โดยมีรัฐที่ลงนามในอนุสัญญาจำนวน 48 รัฐ รัฐที่เป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติ (Accession) จำนวน 115 รัฐ และรัฐที่เป็นภาคีโดยการสืบทอดของรัฐ (Succession) จำนวน 17 รัฐ โดยประเทศเม็กซิโกให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1965 และประเทศสหรัฐอเมริกาให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 1969

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลเป็นอนุสัญญาที่ว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ทางกงสุลและหน้าที่ของกงสุล โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 36 แห่งอนุสัญญานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อความมั่นคงและความปลอดภัยระหว่างคนชาติของรัฐผู้ส่งที่อยู่ในดินแดนของรัฐผู้รับกับสถานทำการทางกงสุลของรัฐที่มีสัญชาติเดียวกับคนชาติของรัฐผู้ส่งนั้น

มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง ได้บัญญัติให้คนชาติของรัฐผู้ส่งที่ถูกจับกุมหรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในดินแดนของรัฐผู้รับมีสิทธิในการติดต่อสื่อสารและเข้าถึงสถานทำการทางกงสุลที่มีสัญชาติเดียวกันกับพวกเขา สิทธิที่ว่านั้นมีความสำคัญในหลายๆ เหตุผลด้วยกัน เพราะความช่วยเหลือทางด้านกงสุลนั้นได้ช่วยให้คนชาติของรัฐ

^{*} อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในที่ประชุมขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลที่กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ได้ลงมติยอมรับอนุสัญญาในวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1963 และอนุสัญญามีผลบังคับใช้ในวันที่ 19 มีนาคม ค.ศ. 1967 มีด้วยกันทั้งสิ้น 77 มาตรา

¹ United Nations, Vienna Convention on Consular Relations [Online], 10 May 2013. Available from : http://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSONLINE&tabid=2&mtdsg_no=III-6&chapter=3&lang=en

ผู้ส่งมีความเข้าใจในเรื่องระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐผู้รับดียิ่งขึ้น นอกจากนี้ เจ้าพนักงานกงสุลยังสามารถช่วยเหลือคนชาติของตนที่ถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญา โดยจัดเตรียมตัวแทนทางกฎหมายหรือการเก็บรวบรวมหลักฐานการเข้าเมือง เพื่อให้สามารถต่อสู้คดีอาญาในศาลภายในของรัฐผู้รับได้อย่างเต็มที่ เพราะการที่คนชาติของรัฐผู้ส่งเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของรัฐผู้รับอาจเกิดปัญหาขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งอุปสรรคทางภาษา วัฒนธรรม รวมทั้งความไม่เข้าใจในเรื่องระบบกฎหมายของรัฐผู้ส่ง ดังนั้นเจ้าพนักงานกงสุล ผู้มีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายท้องถิ่นเป็นอย่างดีจะได้แนะนำคนชาติของตนได้ นอกจากนี้การไม่บอกกล่าวคนชาติของรัฐผู้ส่งเกี่ยวกับสิทธิทางกงสุลของพวกเขายังทำให้เกิดกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการเข้าสู่กระบวนการทางศาลที่เป็นผลร้ายต่อคนชาติของรัฐผู้ส่ง²

แม้ว่าจุดประสงค์และความมุ่งหมายของมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 จะมีไว้เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์อันสำคัญของรัฐและคนชาติของรัฐ ผ่านการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานกงสุลและเพื่อความสัมพันธ์อันดีทางกงสุล แต่ก็ยังเกิดการละเมิดมาตรา 36 น้อยอยู่บ่อยครั้ง ซึ่งหากศึกษาจากคดีที่ได้มีการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นรวมถึงคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันบุคคลอื่นๆ นี้ด้วยแล้วก็มีทั้งสิ้น 3 คดี จากทั้ง 3 คดีจะเห็นได้ว่ามีประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นจำเลยด้วยกันทั้งสิ้น*

การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในการบอกกล่าวสิทธิทางกงสุลแก่ถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญา ซึ่งเป็นคนชาติของรัฐผู้ส่งในดินแดนของตนให้ทราบโดยไม่ชักช้า เพื่อให้คนชาติของรัฐผู้ส่งนั้นได้ติดต่อกับเจ้าพนักงานกงสุล และเพื่อให้เจ้าพนักงานกงสุลรับทราบว่าคนชาติของตนถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา จึงเป็นการละเมิดพันธกรณีภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 ซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อรัฐหนึ่งละเมิดพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศต่ออีกรัฐหนึ่ง รัฐนั้นมีความผิดภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งจะได้ศึกษากันในบทที่ 2 ว่าภายใต้หลักเรื่องความรับผิดชอบของรัฐนี้การกระทำของประเทศสหรัฐอเมริกาครบองค์ประกอบของเรื่องความรับผิดชอบของรัฐหรือไม่ เพราะโดยปกติแล้วเมื่อมีการละเมิดพันธกรณี

² Edwin Lee Aralica, "The Inherent Conflict—Vienna Convention on Consular Relation and United States Domestic Law," *Gonzaga Journal of International Law* 7,2 (2003-2004): 44.

* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาคดีเกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 คดีแรกเป็นคดีเกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ระหว่างปารากวัยและสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1998 (Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)) คดีที่สอง คดี LaGrand ระหว่างเยอรมันและสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 2001 (LaGrand Case (Germany v. United States of America)) และคดีที่สามเป็นคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ระหว่างเม็กซิโกและสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 2004 (Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America))

ทางกฎหมายระหว่างประเทศ ก็ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อรัฐผู้ถูกละเมิดไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง เนื่องจากความเสียหายของรัฐจะเป็นข้อพิจารณาอย่างหนึ่งที่น่าไปสู่การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศนั้น

ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาประเด็นเร่งด่วนฉุกเฉินคือ คำสั่งมาตรการชั่วคราว (Provisional Measures) ตามคำร้องขอของประเทศเม็กซิโก ต่อมาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาประเด็นเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล และพิจารณาว่าคำฟ้องของเม็กซิโกนั้นสามารถรับฟังได้หรือไม่ เมื่อศาลได้พิจารณาแล้วว่าตนมีเขตอำนาจเหนือคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ภายใต้มาตรา 1 แห่งพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963^{*} เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท เพราะเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการตีความหรือการใช้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 จากนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้พิจารณาเนื้อความในคดีตามคำฟ้องของประเทศไทยเม็กซิโก

ประเด็นตามเนื้อความในคดี (merits) ที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ นี้ ประเด็นแรกที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาคือ การละเมิดพันธกรณีในเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง ตามมาตรา 36 วรรค 1 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เริ่มพิจารณาจากประเด็นสัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้อง เพราะบุคคลสัญชาติเม็กซิกันบางคนในประเทศเม็กซิโกกล่าวมาในคำฟ้องนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้กล่าวอ้างเช่นเดียวกันว่าเป็นคนสัญชาติอเมริกันด้วย ซึ่งเป็นเรื่องของบุคคลสองสัญชาติ ในประเด็นต่อมาคือการบอกกล่าวสิทธิทางกงสุลแก่ถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาและการบอกกล่าวเจ้าพนักงานกงสุลให้รับทราบว่าคุณคนสัญชาติเม็กซิกันของตนถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มีคำว่า “โดยไม่ชักช้า” เป็นองค์ประกอบสำคัญของการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่งอยู่ด้วย ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะได้พิจารณาถึงนิยามและขอบเขตของคำว่า “โดยไม่ชักช้า” ภายใต้มาตรา 36 วรรค 1 (b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

ประเด็นต่อมาคือเรื่องสิทธิและหน้าที่ของเจ้าพนักงานกงสุลในการสื่อสารและติดต่อกับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันซึ่งเป็นสิทธิและหน้าที่ที่ต่อเนื่องมาจากการที่เจ้าพนักงานกงสุลได้รับการบอกกล่าว

* Article 1 of Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Protection

“Disputes arising out of the interpretation or application of the Convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice and may accordingly be brought before the Court by an application made by any party to the dispute being a Party to the present Protocol.”

คนชาติของตนถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญา แล้ว จากนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาถึงหลักกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาว่าเป็นอุปสรรคต่อการบรรลุผลตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 หรือไม่

นอกจากนี้ ความพิเศษของคดีนี้คือหากพิจารณาจากคำฟ้องเริ่มต้นคดีของประเทศเม็กซิโกแล้ว ประเทศเม็กซิโกกล่าวหาประเทศสหรัฐอเมริกาว่าละเมิดพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อประเทศเม็กซิโก ในสิทธิซึ่งเม็กซิโกเป็นเจ้าของและในการใช้สิทธิของประเทศเม็กซิโกในการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อคนชาติของประเทศเม็กซิโก เป็นการเรียกร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแบบผสม (mixed claims) โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่ามาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เป็นมาตราที่มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันระหว่างบทบัญญัติต่างๆ ในมาตรา อันเป็นสถานการณ์พิเศษเพราะเป็นการพึ่งพาอาศัยกันระหว่างสิทธิของรัฐและสิทธิของปัจเจกบุคคล ฉะนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงตัดสินว่าคดีนี้เป็นสิทธิของประเทศเม็กซิโกที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการละเมิดพันธกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น การสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในจึงไม่จำเป็นต้องนำมาใช้ในกรณีนี้

นอกจากนี้สิ่งที่สำคัญที่สุดของคดีนี้คือ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เน้นย้ำถึงการเยียวยาความเสียหายจากหลักกฎหมายความรับผิดชอบของรัฐ โดยเฉพาะในเรื่องการเยียวยาความเสียหายต่อบุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำสั่งให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเลือกใช้วิธีการเยียวยาความเสียหายด้วยตนเอง อันเป็นการเพิ่มทางเลือกอย่างที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน ไม่ว่าจะจากคดีก่อนๆ ที่มีการฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 หรือจากหลักกฎหมายว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในปัจจุบัน เพราะเป็นการเยียวยาความเสียหายโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษของศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาใหม่ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถเลือกกระทำได้ไม่ว่าจะใช้วิธีการใดๆ เพื่อเยียวยาความเสียหายแก่คนชาติเม็กซิกันตามความเหมาะสม ซึ่งจะได้ศึกษาอย่างละเอียดในบทที่ 3

แม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะได้มีคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ไปในวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 แต่ตลอด 4 ปีนับแต่วันที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำพิพากษา ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ตามที่ศาลได้มีคำสั่งให้ประเทศสหรัฐอเมริกาพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อบุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่มีรายชื่อในคำพิพากษา ซึ่งต้องกระทำตามพันธกรณีให้เกิดผลเฉพาะตามที่ศาลได้สั่งและต้องเกิดผลขึ้นภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล (obligation of result) จนประเทศเม็กซิโกได้ยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้มีการตีความคำ

พิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ในปี ค.ศ. 2008 และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาโดยวางหลักการว่าเมื่อสหรัฐอเมริกาได้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ก็ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในระดับระหว่างประเทศและคำพิพากษายังมีผลผูกพันต่อประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะได้ศึกษาในส่วนของความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในในส่วนของบทที่ 3 และ บทที่ 4 ต่อไป

ทั้งนี้จึงเห็นควรที่จะศึกษาคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ทั้ง 2 ฉบับ เพื่อให้เห็นถึงความชัดเจนของหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ โดยเฉพาะพัฒนาการในประเด็นเรื่องการเยียวยา ซึ่งจะมีรายละเอียดตามบทที่ 2 และเห็นควรที่จะศึกษาบทเรียนอันสำคัญของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทั้ง 2 ฉบับอย่างละเอียดในบทที่ 4 ซึ่งหลังจากที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำพิพากษาไปแล้วนั้นเป็นการเน้นย้ำวิธีการเยียวยาของศาลที่เพิ่มทางเลือกมากขึ้น และเป็นการพัฒนาแนวโน้มของกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ในการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงข้อเท็จจริงในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ
2. เพื่อศึกษาถึงหลักการในการคุ้มครองทางกงสุล ตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963
3. เพื่อศึกษาถึงหลักความรับผิดชอบของรัฐและความสัมพันธ์กับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ
4. เพื่อศึกษาถึงผลของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ และบทเรียนต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

1.3 สมมติฐาน

ในคดีอาวีนาที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีการพิจารณาถึงการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศโดยสหรัฐอเมริกา ซึ่งก่อให้เกิดความรับผิดชอบในระดับสากล ทั้งนี้ศาลได้เน้นว่ารัฐที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศต้องมีการเยียวยาความเสียหายในเวลาที่เหมาะสมผล ซึ่งอาจจะมีข้อท้าทายในการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกระบวนการภายในของสหรัฐอเมริกา และได้มีการจำแนกกระหว่างหลักกฎหมายความรับผิดชอบของรัฐในระดับระหว่างประเทศและการมีผลโดยตรงของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นต่อกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวีนา โดยเฉพาะประเด็นการละเมิดพันธกรณีตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เน้นย้ำถึงการละเมิดพันธกรณีจนก่อให้เกิดความรับผิดชอบในระดับสากลและได้เน้นย้ำวิธีการเยียวยาให้มีความหลากหลายยิ่งขึ้น ไม่ว่าจะทั้งจากคดีก่อนที่มีการละเมิดพันธกรณีตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล และจากหลักกฎหมายความรับผิดชอบของรัฐ นอกจากนี้ยังได้ศึกษาคำพิพากษาคดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาคดีอาวีนาซึ่งเป็นคดีที่ต่อเนื่องกัน โดยเฉพาะในประเด็นการมีผลโดยตรงของกฎหมายระหว่างประเทศต่อกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยศึกษาค้นคว้ารวบรวมข้อมูล และวิเคราะห์หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้จากการศึกษาค้นคว้าจากหนังสือ ตำรา บทความ วารสาร รายงานการวิจัย โดยนำเอาข้อมูลจากเอกสารมาวิเคราะห์และหาข้อสรุป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ทราบถึงข้อเท็จจริงในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ
2. เพื่อให้ทราบถึงหลักการในการคุ้มครองทางกงสุล ตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963
3. เพื่อให้ทราบถึงหลักความรับผิดชอบของรัฐและความสัมพันธ์กับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ
4. เพื่อให้ทราบถึงผลของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ และบทเรียนต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

บทที่ 2

หลักการและองค์ประกอบทางกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศและความสัมพันธ์กับกงสุล

ก่อนที่จะได้พิจารณาในส่วนของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) และคดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009) ในบทที่ 3 นั้น สำหรับในบทที่ 2 นี้จะได้พิจารณาในส่วนของหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ทั้ง 2 ฉบับ นั่นก็คือหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (International Law of State Responsibility) เนื่องจากคดีนี้เป็นคดีข้อพิพาทระหว่างรัฐ โดยฝ่ายโจทก์คือประเทศเม็กซิโกและฝ่ายจำเลยคือสหรัฐอเมริกา ดังนั้น เมื่อรัฐเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ สิ่งที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจำเป็นต้องพิจารณาคือต้องอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ก็เพื่อพิจารณาองค์ประกอบของการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ไปจนถึงการเยียวยาความเสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เน้นย้ำเป็นพิเศษในคดีนี้ แต่ก่อนที่จะได้พิจารณาในส่วนของการเยียวยานั้น ในบทนี้จำเป็นต้องศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ในช่วงก่อนที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะได้ตัดสินคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ทั้ง 2 ฉบับก่อน เพราะจะทำให้ทราบถึงหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐได้เป็นอย่างดี และเพื่อนำไปสู่ความแตกต่างหลังจากที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินคดีทั้ง 2 คดีนี้ไปแล้ว

ดังนั้น เพื่อให้เข้าใจลักษณะของความรับผิดชอบของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศจึงจำเป็นต้องพิจารณาหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาองค์ประกอบความผิดของรัฐและนำมาใช้เรียกร้องความรับผิดชอบจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยจะเริ่มพิจารณาจากความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ จากวิวัฒนาการของกฎหมายเรื่องนี้ในรูปแบบต่างๆ จากนั้นจึงจะพิจารณาถึงความหมายของความรับผิดชอบของรัฐว่ามีความหมายอย่างไร และองค์ประกอบของความรับผิดชอบของรัฐเพื่อจะได้ทราบว่า การกระทำของรัฐนั้นเป็นการกระทำผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ จากนั้นจึงมาพิจารณาถึงคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่าง

ประเทศในคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในช่วงก่อนที่จะมีคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ทั้ง 2 ฉบับ จากนั้นจึงมาพิจารณาถึงผลทางกฎหมายที่เกิดจากความรับผิดชอบของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อจากนั้นจะพิจารณาในส่วนของการเรียกร้องให้รัฐที่กระทำผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศมารับผิดชอบโดยวิธีการให้ความคุ้มครองทางทูต และสุดท้ายในบทนี้ จะพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐ โดยเฉพาะเรื่องการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ภายในรัฐ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 วิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งได้ปรากฏในรูปแบบต่างๆ ตั้งแต่รูปแบบดั้งเดิมจนไปถึงการประมวลเป็นร่างบทมาตราของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยพิจารณาตามมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (Statute of the International Court of Justice) ซึ่งเป็นมาตราที่กล่าวถึงบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยบัญญัติว่า

“1. ศาลมีหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่คู่ความยื่นต่อศาลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศซึ่งต้องใช้

- ก. อนุสัญญาระหว่างประเทศไม่ว่าโดยทั่วไป หรือโดยเฉพาะเจาะจงที่กำหนดกฎเกณฑ์ซึ่งรัฐที่ได้กล่าวอ้างมานั้นยอมรับโดยชัดแจ้ง
- ข. จารีตประเพณีระหว่างประเทศ ในฐานะที่เป็นแนวปฏิบัติโดยทั่วไปซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมาย
- ค. หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งอารยประเทศรับรอง
- ง. ภายใต้บังคับแห่งข้อบทมาตรา 59 คำพิพากษาของศาลและคำสอนเผยแพร่ของผู้ทรงคุณวุฒิอย่างสูงของประเทศต่างๆ ในฐานะที่เป็นเครื่องช่วยในการพิจารณากำหนดหลักกฎหมาย

2. บทบัญญัตินี้ไม่ขัดขวางอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีเพื่อความยุติธรรมและความเสมอภาค หากคู่ความเห็นพ้องตามนั้น”*

* Article 38 of the Statute of International Court of Justice

“1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;

การศึกษาวิวัฒนาการของหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ โดยเทียบเคียงกับมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะทำให้เห็นภาพที่ชัดเจนยิ่งขึ้นตามบ่อเกิดของกฎหมายในรูปแบบต่างๆ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 38 ได้กล่าวถึงหน้าที่ของศาลในการใช้กฎหมายตามวรรค 1 เพื่อพิจารณาบรรทัดที่นำขึ้นมาสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่วรรค 1 ไม่ได้สร้างลำดับศักดิ์ของกฎหมาย เพราะผู้ร่างกฎหมายมีเจตนาเพียงแค่ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้กฎหมายเหล่านี้ตามลำดับในการพิจารณาตั้งแต่ (ก) ถึง (ง) เท่านั้น และจากที่ปรากฏในร่างหนึ่งของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้คำว่า “ตามลำดับ (successively)”¹ โดยจะได้พิจารณารายละเอียดของความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในรูปแบบต่างๆ ดังต่อไปนี้

2.1.1 ความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในรูปแบบกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (International Law of State Responsibility) ได้เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว แต่มีได้อยู่ในรูปแบบสนธิสัญญาแต่อยู่ในรูปแบบของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งมีพัฒนาการมาจากแนวปฏิบัติของรัฐ (state practice) ที่รัฐทั้งหลายยอมรับว่าเป็นกฎหมายและเป็นพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตาม² โดยเนื้อหาของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในแบบดั้งเดิม (traditional regime) นั้น จะมีองค์ประกอบของความผิดอยู่ด้วย ไม่ว่าจะความผิด (fault) นั้นจะเกิดจากความประมาทเลินเล่อ (culpa)^{*} หรือเกิดจากความจงใจ (dolus)^{**} ก็ตาม นอกจากนี้แล้วกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐในยุคแรกๆ นั้น มักจะเกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองแก่ชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินของคนต่างด้าวที่เข้าไปอยู่อาศัยภายในดินแดนของรัฐอื่น โดยเฉพาะกรณีที่คนต่างด้าวได้รับความเสียหายแก่

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.”

¹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law sixth Edition* (Oxford: Oxford University Press, 2003). p. 5.

² *Ibid.*, p. 6.

* คำว่า culpa เป็นคำศัพท์ในภาษาละติน ซึ่งเป็นคำที่ใช้โดยทั่วไปในกฎหมายซีวิลลอว์และกฎหมายโรมัน โดยใช้อธิบายถึงการกระทำที่สามารถคาดการณ์ได้ด้วยเหตุผลว่าอาจเกิดขึ้นได้และเป็นการกระทำที่น่าตำหนิ ถึงแม้ว่า culpa จะไม่ใช่เงื่อนไขทั่วไปของความรับผิด แต่ก็อาจมีกรณีที่ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของปัจเจกบุคคลที่ไม่ได้รับคำสั่งจากรัฐ ดังนั้นความรับผิดชอบของรัฐจะขึ้นอยู่กับการละเว้นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

** คำว่า dolus เป็นศัพท์ในภาษาละตินที่หมายถึงกลอุบาย สำหรับในกฎหมายซีวิลลอว์และกฎหมายโรมัน หมายถึงการกระทำที่เป็นการฉ้อฉลที่กระทำเพื่อหลอกลวงบุคคลหนึ่งโดยมีเจตนาไม่สุจริต

ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ไม่ว่าจะความเสียหายนั้นจะเกิดจากกรณีสงครามกลางเมือง การกบฏ การ โอนกิจการของคนต่างด้าวเป็นของรัฐ หรือกรณีอื่นๆก็ตาม³

ความรับผิดชอบของรัฐในอดีตจึงพิจารณาไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มี อยู่ในขณะนั้น กล่าวคือ ความรับผิดชอบของรัฐที่มีต่อความเสียหายที่คนต่างด้าวได้รับจากการที่รัฐไม่ คู้มครองหรือปฏิเสธความยุติธรรมหรือเมื่อมีการละเมิดสิทธิของคนต่างด้าวในรูปแบบอื่นๆ เช่น เมื่อ เจ้าหน้าที่ตำรวจของรัฐไม่ยอมรับการแจ้งความของคนต่างด้าว หรือการที่ศาลภายในของรัฐนั้นไม่ยอม พิจารณาคดีที่คนต่างด้าวมายื่นฟ้องโดยไม่มีเหตุผลที่จะอ้างได้ตามกฎหมาย ฯลฯ จนทำให้เกิดความเสียหายแก่คนต่างด้าว รัฐนั้นก็จะมี ความรับผิดชอบระหว่างประเทศเกิดขึ้น⁴

แต่กระนั้นก็ตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีมาแต่เดิมก็มีความคลุมเครืออยู่ มากและยังยอมให้มีการใช้กำลังทางทหารเพื่อบังคับเอากับรัฐลูกหนี้ที่ไม่ยอมชำระหนี้เป็นเงินหรือ พันธกรณีอื่นได้อีกด้วย จนกระทั่งเมื่อมีกติกากรุงปารีส ค.ศ. 1928 (Paris Pact of 1928) แล้ว กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในเรื่องการใช้กำลังในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจึง เปลี่ยนไปเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵

ดังนั้น ภาพรวมของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในรูปแบบจารีต ประเพณีระหว่างประเทศ จึงเกิดขึ้นพร้อมๆ กับการกระทำ (act) และการละเว้นการกระทำ (omission) ตามสิทธิและหน้าที่ (right and duty) ที่รัฐได้รับ โดยเกิดขึ้นในช่วงเวลาสั้นๆ และความ รับผิดชอบของรัฐก็เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์และผลที่เกิดจากการกระทำระหว่างประเทศที่ไม่ชอบด้วย กฎหมายนั่นเอง⁶

2.1.2 ความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐใน รูปแบบสนธิสัญญา

ในสมัยยุคกลาง (the Middle Ages) สนธิสัญญาต่างๆ ได้เริ่มกำหนดพันธกรณีไว้เป็นการ เฉพาะและกำหนดความรับผิดชอบไว้อย่างเจาะจง อีกทั้งยังกำหนดกระบวนการหลังจากที่มีการละเมิด พันธกรณี แต่จะเป็นการที่บุคคลมีการแก้แค้นกันเองมากกว่า⁷ และในยุคสมัยต่อมาสนธิสัญญาที่มี บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของรัฐโดยตรงนั้นก็มีอยู่น้อย ส่วนใหญ่มักจะปรากฏให้เห็นใน แนวคำวินิจฉัยของศาลระหว่างประเทศต่างๆ มากกว่า ซึ่งสนธิสัญญาในอดีตที่พอจะถือเป็นตัวอย่างที่

³ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, กฎหมายระหว่างประเทศ International Law หน่วยที่ 1-8 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2552). หน้า 5.

⁴ ประสิทธิ์ เอกบุตร, “ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility),” ใน อาจารย์บุชา ศาสตราจารย ์ ดร.อรุณ ภาณุ พงศ์, (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 78.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

⁶ Ian Brownlie, Principles of Public International Law sixth Edition, p. 420.

⁷ Ibid.

มีบทบัญญัติกำหนดเรื่องความรับผิดชอบของรัฐไว้โดยตรงก็คือมาตรา 3 แห่งอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ว่าด้วยกฎหมายและสงครามทางบก ค.ศ. 1907 ซึ่งมีบทบัญญัติที่กำหนดไว้ว่า การละเมิดกฎระเบียบในภาคผนวกของอนุสัญญาโดยรัฐภาคีย่อมมีผลทำให้รัฐภาคีนั้นมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศในอันที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหาย*

2.1.3 ความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในรูปแบบคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศ

จากที่ได้กล่าวไปแล้วในหัวข้อข้างต้นว่า หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐนั้นอยู่ในรูปแบบสนธิสัญญาน้อยมาก เพราะส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปแบบคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศมากกว่า โดยปรากฏเป็นหลักที่เป็นรูปธรรมชัดเจนมากขึ้นตั้งแต่ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice)** ได้พิจารณาคดีในหลายๆ คดี ดังเช่นคดี Phosphates in Morocco*** และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในปัจจุบันก็ได้ใช้หลักเช่นว่านี้ในหลายๆ คดีเช่นเดียวกัน เช่น คดี Corfu Channel**** คดี the Military and Paramilitary

* Article 3 of Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, signed at the Hague, 18 October 1907 in The Laws of Armed Conflicts

"A belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation. It shall be responsible for all acts committed by persons forming part of its armed forces."

** ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศก่อตั้งภายใต้กติกาสันนิบาตชาติ โดยเริ่มก่อตั้งในปี ค.ศ. 1922 และสิ้นสุดลงในปี ค.ศ. 1946 โดยเป็นศาลระหว่างประเทศถาวรแห่งแรกที่มีเขตอำนาจศาลเป็นการทั่วไป พิจารณาคดีข้อพิพาทระหว่างรัฐ 29 คดีและให้ความเห็นเชิงแนะนำ 27 ความเห็น หลังจากที่ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศได้ถูกยกเลิกไป ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้เข้ามาทำหน้าที่แทนในปี ค.ศ. 1946 เป็นต้นมา

*** คดี Phosphates in Morocco ศาลได้วางหลักว่า เมื่อรัฐได้กระทำผิดระหว่างประเทศต่อรัฐอื่น ความรับผิดชอบระหว่างประเทศก็เกิดขึ้นมาทันทีระหว่าง 2 รัฐนั้น

**** คดี Corfu Channel ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าอัลบาเนียมีความรับผิดชอบจากการวางทุ่นระเบิดในน่านน้ำภายในของตนและไม่มีการเตือนถึงอันตราย ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของอัลบาเนียนี้เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรง ศาลจึงตัดสินว่าอัลบาเนียมีความรับผิดชอบภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจากการระเบิดที่เกิดขึ้นและสำหรับความเสียหายและต่อการเสียชีวิตซึ่งเป็นผลจากการระเบิดนั้น ดังนั้นอัลบาเนียจึงมีหน้าที่ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่สหราชอาณาจักร (the Court declared that knowledge of the minelaying could not be imputed to Albania by reason merely of the fact that a minefield discovered in Albanian territorial waters had caused the explosions. Such an occurrence did, however, require an explanation from the territorial State concerned and that State's responsibilities in this regard could not be evaded by stating that it was ignorant of the circumstances of the act. At the same time it could not be concluded from the mere fact of the control exercised by a State over its territory and waters that that State necessarily knew, or ought to have known, of the unlawful act. " This fact by itself and apart from other circumstances, neither involves *prima facie* responsibility nor shifts the burden of proof " The Court nevertheless held that the exclusive territorial control exercised by a State has a bearing upon the methods of proof available to establish the knowledge of that state. The other State, which had been a victim of a breach of international law, should be allowed a more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence. The Court determined that, by virtue of inferences which left no room for reasonable doubt, Albania had knowledge of the minelaying in her waters independently of any connivance on her part in the operation. The Court further

Activities in and against Nicaragua คดี Factory at Chorzow* และคดี The Mavrommatis Palestine Concession** เป็นต้น นอกจากนี้ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศยังได้กล่าวอย่างชัดเจนว่า ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศนั้นต้องเกิดจากการกระทำของรัฐและเป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับหน้าที่ที่ตนมีอยู่ตามสนธิสัญญาต่อรัฐอื่น

เมื่อมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศเกิดขึ้นแล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้กล่าวไว้ในคดี Factory at Chorzow*** ว่า “ตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อมีการละเมิดพันธกรณีก็ต้องมีรูปแบบในการเยียวยาที่เหมาะสม ดังนั้นแล้วการชดใช้ค่าเสียหายจึงขาดไม่ได้สำหรับการไม่ปฏิบัติตามอนุสัญญาและไม่จำเป็นต้องกล่าวไว้ในตัวอนุสัญญาโดยเฉพาะ”

determined that in the circumstances Albania had been under an obligation to notify shipping of the existence of the minefield — an obligation based on " elementary considerations of humanity . . . ; the principle of the freedom of maritime communication ; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States " (p. 22). Nevertheless, though the Albanian authorities had had an opportunity to do so, they had not attempted to prevent the disaster. " These grave omissions involve the international responsibility of Albania ")

* ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศ คดีระหว่างเยอรมันกับโปแลนด์ ศาลได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ได้รับการยอมรับตามหลักการของศาลระหว่างประเทศ เช่นเดียวกับศาลภายในของรัฐที่รัฐหนึ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงจากพันธกรณีที่ตนมีพันธกรณีได้

** ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศ คดีระหว่างกรีซและสหราชอาณาจักร ในปี ค.ศ. 1924 รัฐบาลกรีซฟ้องร้องว่าเจ้าหน้าที่ของสหราชอาณาจักรในปาเลสไตน์ปฏิเสธที่จะยอมรับสิทธิของนาย Mavrommatis บุคคลสัญชาติกรีกซึ่งเขาได้รับการยอมรับจากเจ้าหน้าที่ออตโตมันก่อนจะมีการยึดครองปาเลสไตน์จากสหราชอาณาจักร ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศเห็นว่าข้อพิพาทระหว่างรัฐและคนต่างชาติ รัฐเจ้าของสัญชาติสามารถนำข้อพิพาทมาสู่ศาลระหว่างประเทศได้ ข้อเท็จจริงที่ว่ามีความเสียหายที่เกิดกับผลประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยยกระดับของคดีขึ้นให้เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐเพื่อให้มั่นใจว่าบุคคลนั้นจะได้รับการเคารพตามหลักนิติรัฐ (The Greek Government claimed that the British authorities in Palestine had refused to recognize the rights granted to Mr. Mavrommatis, a Greek national, under certain concessionary contracts which he had concluded with the Ottoman authorities prior to the establishment of the British mandate over Palestine. In giving judgement the Permanent Court of International Justice emphasized that, when a dispute between a State and an alien is taken up by the latter's Government, the dispute enters upon a new phase and becomes a dispute in international law. The fact that the injury was inflicted upon a private interest was irrelevant; in taking up the case of one of its subjects a State was asserting its own right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of law)

*** ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศ คดีระหว่างเยอรมันกับโปแลนด์ เป็นคดีภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 1922 ทั้งเยอรมันและโปแลนด์ได้ลงนามในอนุสัญญาว่าจะไม่มีการถอนการครอบครองในด้านผลประโยชน์ของเยอรมันก่อนมีการประกาศเจ้าของ ศาลตัดสินว่ารัฐบาลโปแลนด์ไม่สามารถเรียกร้องให้เยอรมันชดเชยก่อนที่ศาลอนุญาโตตุลาการสั่งให้ถอนการครอบครองเพราะว่าถ้าเพียงเพียงการเยียวยาที่สามารถทำได้คือการชดใช้ค่าเสียหายเท่านั้น (" . . . a principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts that one Party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former Party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question, or from having recourse to the tribunal which would have been open to him ")

2.1.4 ความเป็นมาของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในรูปแบบร่างบทมาตราของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ

ในช่วงปี ค.ศ. 1924 – 1930 องค์การสันนิบาตชาติ (League of Nations) มีความพยายามในการประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในหลายเรื่องด้วยกัน รวมถึงเรื่องความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากความเสียหายที่เกิดขึ้นภายในดินแดนของรัฐต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของคนต่างด้าวด้วย แต่การประชุมในกรุงเฮก ปี ค.ศ. 1930 ได้แสดงให้เห็นว่า ในที่ประชุมยังคงมีความเห็นที่ขัดแย้งกันอยู่ในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ โดยเฉพาะในประเด็นการปฏิบัติต่อกันต่างด้าว⁸

จากกฎเกณฑ์ทางจารีตประเพณีที่กำหนดว่า หากรัฐละเมิดพันธกรณีที่ยังบังคับโดยกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศก็จะทำให้เกิดความรับผิดชอบจากการละเมิด และนำไปสู่การชดเชยความเสียหายจากการละเมิดนั้น พัฒนาการทางกฎหมายที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐเพิ่งจะมาเป็นรูปเป็นร่างในสมัยหลังจากที่มีกฎบัตรสหประชาชาติ ค.ศ. 1945 แล้ว เมื่อประชาคมระหว่างประเทศมีการยอมรับกฎหมายสิทธิมนุษยชนกันอย่างกว้างขวางและยอมรับหลักการคุ้มครองคนต่างด้าวตามมาตรฐานระหว่างประเทศขั้นต่ำ (minimum standard) ทำให้ข้อโต้แย้งที่เคยมีมาแต่เดิมลดน้อยลงไป⁹

ในปี ค.ศ. 1949 เรื่องความรับผิดชอบของรัฐได้เข้ามาเป็นงานสำคัญชิ้นหนึ่งในการประมวลกฎหมายระหว่างประเทศ ต่อมาในปี ค.ศ. 1953 ที่ประชุมสมัยที่ 8 ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ (General Assembly) ตามข้อมติที่ 799 (VIII) พิจารณาเห็นว่า เพื่อดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและพัฒนาการของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ ดังนั้นจึงต้องมีการประมวลหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐขึ้น¹⁰ ซึ่งคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission - ILC) เป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการ โดยมีการจัดทำร่างบทมาตราของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย กันอย่างยาวนานคือตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 ถึง ค.ศ. 2001

⁸ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission* Vol.II (1956), (Doc A/CN.4/96), p. 178, paras. 22-23.

⁹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, “ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility),” ใน *อาจารย์ชูชาติ ศาสตราจารย ตรี อรรถ ภาณพงศ์*, หน้า 79.

¹⁰ United Nations General Assembly Resolution 799(VIII) (7 December 1953), Request for the codification of the principle of international law governing State responsibility

“Request for the codification of the principles of international law governing state responsibility

" The General Assembly,

" Considering that it is desirable for the maintenance and development of peaceful relations between States that the principles of international law governing State responsibility be codified,

"Noting that the International Law Commission at its first session included the topic ' State responsibility ' in its provisional list of topics of international law selected for codification,

"Requests the International Law Commission, as soon as it considers it advisable, to undertake the codification of the principles of international law governing State responsibility.”

คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศจึงจัดทำร่างบทมาตราของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบข่ายกฎหมายค.ศ. 2001 (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001) ได้สำเร็จในสมัยประชุมที่ 53 ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเมื่อเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2001 โดยมีผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ทำรายงานพิเศษ (Special Rapporteur) สืบต่อกันมา นับจากอดีตถึงปัจจุบันได้ถึง 5 คน*

ในช่วงแรก ปี ค.ศ. 1956 - 1961 มีนาย F.V. Garcia-Amador ดำรงตำแหน่งเป็นผู้รายงานพิเศษ (Special Rapporteur) โดยได้มุ่งความสนใจไปยังการประมวลหลักการดั้งเดิมที่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐและเพื่อพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องนี้ตามแนวทางของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งคณะกรรมการชุดนี้ก็ได้ระลึกถึงข้อมติที่ 799 (VIII) ของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ โดยนาย F.V. Garcia-Amador เห็นว่ากฎหมายความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศไม่ได้แตกต่างไปจากหลักการและแนวปฏิบัติดั้งเดิมมากนัก เพราะความรับผิดชอบของรัฐล้วนแต่เกิดจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศทั้งนั้น ดังนั้นรัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศต้องมีการชดใช้ความเสียหาย ซึ่งประเด็นที่สำคัญในสมัยของนาย F.V. Garcia-Amador ก็คือ การกำหนดคำว่า “ความรับผิดชอบ” (responsibility) กับคำว่า “ความรับผิด” (liability) ซึ่งเป็นคำที่ใช้ในกฎหมายภายในของรัฐ (municipal law) โดยนาย F.V. Garcia-Amador ให้แนวคิดว่า ความรับผิดชอบของรัฐนั้นครอบคลุมไปยังหน้าที่ในการชดใช้ความเสียหาย อีกทั้งยังครอบคลุมถึงผลทางกฎหมายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศด้วย นอกจากนี้ยังให้คำว่าความรับผิดชอบของรัฐนั้นรวมถึงความรับผิดชอบของพลเมืองและความรับผิดทางอาญาอีกด้วย (civil and criminal responsibility)¹¹

ในรายงานที่นาย F.V. Garcia-Amador ได้เสนอมายัง 6 ฉบับนั้น 1 ในนั้นก็คือเรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูต (Diplomatic protection) โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานความยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Standards of Justice) และหลักการในเรื่องความเท่าเทียมกันของคนชาติและคนต่างด้าว ซึ่งจะให้ความสำคัญกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินและคนต่างด้าวเมื่อมีการกระทำผิดในดินแดนของรัฐที่มีความรับผิดชอบ¹² แต่ก็ยังเป็นประเด็นที่แคบเกินไป ดังนั้นรายงานของนาย F.V. Garcia-Amador จึงไม่ได้รับการรับรอง¹³

* 1. F.V. Garcia-Amador (1956-1961) 2. Roberto Ago (1962 – 1979) 3. William Riphagen (1979 – 1986) 4. Gaetano Arangio-Ruiz (1987 – 1997) 5. James Crawford (1997 – 2001)

¹¹ United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1956), document A/CN.4/SER.A/1956/Add.1, p. 180, para. 35.

¹² Ibid., p. 199, para. 134.

¹³ United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1969), document A/CN.4/SER.A/1969/Add. 1, p. 126, para. 2.

ต่อมาในช่วงปี ค.ศ. 1969 - 1980 คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศแต่งตั้งคณะอนุกรรมาธิการรับผิดชอบเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ โดยมีนาย Roberto Ago ดำรงตำแหน่งเป็นผู้รายงานพิเศษ ซึ่งนาย Roberto Ago มีความเห็นว่าในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐนั้นควรนิยามกฎเกณฑ์ที่ครอบคลุมโดยทั่วไป ไม่ใช่เน้นแค่การให้ความคุ้มครองทางทูตเท่านั้น ซึ่งงานหลักๆคือประมวลหลักการพื้นฐานและหลักการทั่วไปของเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ* โดยมีเนื้อหาเกี่ยวกับแหล่งที่มาของความรับผิดชอบของรัฐซึ่งเป็นการกระทำผิดของรัฐตามพันธกรณีกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นพันธกรณีดั้งเดิมหรือพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศอื่นๆ องค์ประกอบของความรับผิดชอบของรัฐโดยแยกเป็นองค์ประกอบทางวัตถุอันได้แก่การกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ขัดแย้งกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐนั้นและองค์ประกอบทางจิตใจประเภทของการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศโดยพิจารณาว่าการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศนั้นเกิดจากการกระทำเพียงอย่างเดียวหรือว่าเกิดจากเหตุการณ์อื่นด้วยความสัมพันธ์กันระหว่างการกระทำและเหตุการณ์นั้น ซึ่งจะให้ผลในทางที่แตกต่างกัน และการกระทำที่ไม่เป็นความผิดในทางระหว่างประเทศ เช่น การป้องกันตัวเอง ความจำเป็นของรัฐ ความยินยอมของรัฐ ผู้เสียหาย เป็นต้น ต่อมาคณะอนุกรรมการได้พิจารณาถึงรูปแบบของความรับผิดชอบของรัฐ ได้แก่หน้าที่ในการเยียวยาความเสียหาย ซึ่งต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างผลและการชดเชยค่าเสียหายด้วย แต่คณะอนุกรรมการชุดนี้ยังมีความเห็นไม่ตรงกันโดยเฉพาะในประเด็นการนิยามกฎเกณฑ์ทั่วไปของความรับผิดชอบของรัฐโดยเฉพาะประเด็นความรับผิดทางอาญาของรัฐ แต่ที่เห็นชอบร่วมกันคือประเด็นที่เกี่ยวกับความเสียหายของบุคคลและทรัพย์สินของคนต่างด้าวและอีกประเด็นหนึ่งคือการพิจารณาผลสะท้อนของกฎหมายระหว่างประเทศต่อหลักความรับผิดชอบของรัฐ¹⁴ ทั้งนี้จากรายงานของนาย Roberto Ago ที่เสนอต่อคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศถึง 8 ฉบับ และเสนอร่างบทมาตราว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐทั้งสิ้น 34 มาตรา¹⁵

ต่อมาในช่วงปี ค.ศ. 1980 - 1986 นาย Willem Riphagen ดำรงตำแหน่งเป็นผู้รายงานพิเศษ ซึ่งคณะอนุกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศชุดนี้ก็ยังคงให้ความสำคัญกับความหมายโดยทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐอยู่ โดยเฉพาะคำนิยามและที่มาของความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ โดยเป็นการรับช่วงต่อจากนาย Roberto Ago ที่

* การประชุมของคณะอนุกรรมการมีความเห็นที่ต่างกันออกเป็นสองฝ่ายคือ ฝ่ายหนึ่งต้องการให้มีการนิยามความหมายของความรับผิดชอบของรัฐต่อความเสียหายของชีวิตและทรัพย์สินของคนต่างชาติ แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าควรนิยามความหมายของคำว่าความรับผิดชอบของรัฐเป็นความหมายในเชิงทั่วไปให้แน่นอนก่อนเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนตามความหมายในทางกฎหมายระหว่างประเทศก่อนแล้วค่อยไปเน้นในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติกับคนต่างชาติ แต่ท้ายที่สุดแล้วคณะอนุกรรมการลงความเห็นว่าให้มีการนิยามความหมายทั่วไปของความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศก่อน

¹⁴ United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1970), document A/CN.4/SER.A/1970/Add.1, p. 179-187, para. 12-30.

¹⁵ United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1) (1980), document A/CN.4/SER.A/1980/Add. 1 (Part 1), p. 14-70, para. 1-124.

ร่างบทมาตรา 1 - 32 ที่อยู่ในส่วนที่ 1 ของร่างบทมาตราได้รับการยอมรับจากคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศแล้วในการพิจารณาร่างกฎหมายรอบที่ 1 ดังนั้น งานในส่วนของนาย Willem Riphagen จึงเป็นการพิจารณาส่วนที่เหลือคือ ส่วนที่ 2 ที่เกี่ยวข้องกับสถานการณ์ที่ไม่ถือว่าเป็นความผิดซึ่งอยู่ในรายงานฉบับที่ 8 ของนาย Roberto Ago ซึ่งจะเป็นการพิจารณาในเรื่องเนื้อหา รูปแบบ และระดับของความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ¹⁶ และพิจารณาในส่วนที่ 3 ที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีที่เกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ¹⁷

ต่อมาในช่วงปี ค.ศ. 1988 - 1996 นาย Gaetano Arangio-Ruiz ดำรงตำแหน่งเป็นผู้อำนวยการพิเศษ และทำหน้าที่พิจารณาร่างบทมาตราใน 2 ส่วนที่เหลือ คือส่วนที่เกี่ยวกับสถานการณ์ที่ไม่ถือว่าเป็นความผิดและส่วนที่เกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีที่เกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ¹⁸ การหยุดการกระทำที่เป็นความผิด และการกลับคืนสู่สถานะเดิม¹⁹ โดยในรายงานของนาย Gaetano Arangio-Ruiz จะเน้นเรื่องการเยียวยาความเสียหายในรูปแบบต่างๆ รวมถึงมาตรการตอบโต้การกระทำผิดในทางระหว่างประเทศด้วย ซึ่งในรายงานฉบับที่ 7 และ 8 ได้กล่าวถึงผลทางกฎหมายจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมในมาตรา 19 ของร่างบทมาตรา เพราะยังมีปัญหาในเรื่องการให้คำจำกัดความอยู่²⁰

เมื่อนาย Gaetano Arangio-Ruiz หมดวาระลง ต่อมา นาย James Crawford จึงดำรงตำแหน่งเป็นผู้อำนวยการพิเศษ ในปี ค.ศ. 1998 - 2001 โดยรับผิดชอบพิจารณาประเด็นทั่วไปของร่างบทมาตรา และพิจารณาความแตกต่างของคำว่า “อาชญากรรม” (crime) และคำว่า “ความรับผิดชอบ” (delictual responsibility) ซึ่งในที่สุดคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่าร่างบทมาตรา 19 ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาอีกต่อไป เพราะหากสถานการณ์ที่เป็นการกระทำผิดทางอาญานั้นสามารถพิจารณาได้ในขอบเขตของพันธกรณีที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป (erga omnes) หรือเป็นบรรทัดฐานสูงสุดเด็ดขาด (jus cogens) ได้อยู่แล้ว²¹

ในที่สุด ในปี ค.ศ. 2001 สมัยประชุมที่ 53 ของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ ได้ลงมติรับรองร่างข้อบทมาตรารว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ ในการพิจารณาร่างข้อบทมาตรารอบที่ 2 (Draft articles on Responsibility of States

¹⁶ United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1) (1980), documents A/CN.4/330, p. 110, para. 9.

¹⁷ United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1) (1986), documents A/CN.4/397, p. 2-6.

¹⁸ United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1) (1988), documents A/CN.4/416, p. 7, paras. 6-20.

¹⁹ Ibid., p. 11, paras. 21-63.

²⁰ United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1) (1996), documents A/CN.4/476, p. 2-7, paras. 2-46.

²¹ United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1) (1998), documents A/53/10, p. 77, para. 331.

for internationally wrongful acts) โดยมีจำนวนทั้งสิ้น 59 มาตรา ซึ่งสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติก็ได้ลงมติรับรองร่างข้อบทมาตรารว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศทั้งนี้มีจุดประสงค์เพื่อให้รัฐทั้งหลายยอมรับและปฏิบัติตามให้สอดคล้องกับร่างข้อบทมาตราดังกล่าว²²

2.2 ความหมายทางกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ

ความหมายทางกฎหมายของคำว่า “ความรับผิดชอบของรัฐ” (Responsibility of State) นั้นเป็นคำที่มีความหมายกว้าง หมายถึง พันธกรณีหรือหน้าที่ที่จะต้องชดเชยความเสียหายอันเกิดจากการกระทำ เหตุการณ์ หรือการงดเว้นกระทำการ หรือเป็นพันธกรณีที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่ผู้อื่นและยังรวมถึงพันธกรณีที่จะต้องลบล้างความยุ่งยากต่างๆที่เกิดมาจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายโดยจะต้องทำให้ปัญหายุ่งยากนั้นหมดไป หรือต้องชดเชยค่าเสียหายหรือกระทำการตามที่เหมาะสมต่อการเยียวยาความเสียหาย²³

จากนิยามข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่าเมื่อรัฐทั้งหลายอยู่ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ไม่ต่างอะไรกับสังคมภายในของรัฐไม่ว่ามีระบบกฎหมายใด เพราะเมื่อนิติบุคคลของรัฐหนึ่งมีการล่วงล้ำผลประโยชน์ตามกฎหมายของบุคคลตามกฎหมายอีกรัฐหนึ่งเมื่อนั้นเกิดความรับผิดชอบ²⁴ ซึ่งหากพิจารณาความรับผิดชอบของรัฐตามรูปแบบแล้วจะเน้นเรื่องสองเรื่องด้วยกันคือ ประเด็นแรกเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อคนต่างชาติและทรัพย์สินของคนต่างชาติในดินแดนของรัฐ และประเด็นที่สองเกี่ยวกับการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐโดยจะเกี่ยวข้องกับการรับข้อเรียกร้องจากคนชาติของตนมาเป็นข้อเรียกร้องของตนโดยเป็นการยกระดับข้อเรียกร้องเป็นระดับระหว่างประเทศขึ้น²⁵

ดังนั้น ความรับผิดชอบของรัฐจึงเป็นพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐผู้ที่มีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ในอันที่จะต้องชดเชยให้แก่ผู้เสียหายหรือผู้มีส่วนได้ส่วนเสียซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำระหว่างประเทศที่มีชอบด้วยกฎหมายของรัฐนั้นซึ่งแตกต่างไปจากความหมายของคำว่า ความรับผิด (Liability) ที่เป็นคำศัพท์ในกฎหมายแพ่ง โดยในกฎหมายแพ่งนั้น

²² United Nations General Assembly Resolution 56/83 (12 December 2001), Responsibility of States for internationally wrongful acts

²³ ประสิทธิ์ เอกบุตร, “ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility),” ใน วารสารวิชาการ ศึกษาศาสตร์ ธรรมศาสตร์, หน้า 80.

²⁴ Ian Brownlie, Principles of Public International Law, p. 420.

²⁵ Ibid.

ยังมีการแยกความรับผิดออกไปอีกเป็นความรับผิดทางสัญญากับความรับผิดทางละเมิด แต่กฎหมายระหว่างประเทศมิได้แยกข้อแตกต่างในลักษณะเช่นนั้น²⁶

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลระหว่างประเทศและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ รวมทั้งนักกฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่ใช้คำว่า “ความรับผิด” (Liability) แต่ใช้คำว่า “ความรับผิดชอบ” (Responsibility) แทน ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงความสับสนในการใช้ถ้อยคำที่หากไปตรงกับคำศัพท์ในกฎหมายแพ่งแล้วอาจทำให้เข้าใจความหมายผิดไปได้นั่นเอง²⁷ ดังนั้น การใช้ถ้อยคำว่า “ความรับผิดชอบ” แทนคำว่า “ความรับผิด” นั้นจึงเหมาะสม ซึ่งอาจเรียกว่า “ความรับผิดชอบของรัฐ” (State responsibility) “ความรับผิดชอบระหว่างประเทศ” (International responsibility) หรือ “ความรับผิดชอบ” (Responsibility) ก็ได้²⁸ เพียงแต่จะต้องเข้าใจในบริบทของภาษากฎหมายระหว่างประเทศซึ่งมีความผูกพันทางกฎหมายที่จะต้องทำทุกสิ่งทุกอย่างให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (restitution in integrum) หากทำไม่ได้ก็ต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่กัน²⁹

จากร่างบหมัตราของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 มาตรา 1 เรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่เป็นความผิดของรัฐ บัญญัติว่า “การกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายของรัฐทุกการกระทำย่อมก่อให้เกิดผลเป็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐนั้น”^{*}

มาตรา 1 เป็นการกล่าวอ้างถึงกฎเกณฑ์ทั่วไป ที่ได้รับการยอมรับจากแนวปฏิบัติของรัฐกันอย่างกว้างขวาง³⁰ บทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นว่าความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น ดังนั้นมาตรา 1 จึงเป็นมาตราที่กล่าวถึงหลักการพื้นฐานที่เป็นพื้นฐานของมาตราทุกมาตราที่เป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศโดยรัฐ ซึ่งการละเมิดนั้นทำให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ³¹

การกระทำผิดของรัฐอาจจะประกอบไปด้วยการกระทำเดียวหรือหลายๆ การกระทำ (one or more actions) หรือเป็นการละเว้นการกระทำ (omission) หรืออาจเป็นทั้งการกระทำและการละเว้นการกระทำรวมกันก็ได้ โดยองค์ประกอบความผิดของรัฐนั้นต้องประกอบไปด้วย ข้อที่ 1

²⁶ ประสิทธิ์ เอกบุตร, “ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility),” ใน *วารสารวิชาการ ศึกษาศาสตร์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์*, หน้า 80.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 81.

²⁸ เรื่องเดียวกัน.

²⁹ Factory of Chorzow Case, Judgment No. 13, 1927, PCIJ, Ser A, No. 17 at p. 47.

^{*} Article 1 of Draft articles on Responsibility of states for Internationally Wrongful Acts 2001

“Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.”

³⁰ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, fifty-third Session, document A/56/10, p. 31, para. 1.

³¹ Ibid., p. 32, para. 1.

บทบัญญัติตามพันธกรณีได้ถูกละเมิด และข้อที่ 2 เป็นเรื่องของเงื่อนไขของการกระทำนั้นต้องอยู่ภายใต้พันธกรณีของข้อที่ 1 ซึ่งคำว่า “ความรับผิดชอบระหว่างประเทศ” นั้นครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่ ซึ่งเกิดขึ้นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเนื่องจากการกระทำที่มีขอบข่ายกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐ³² ในประเด็นนี้จึงหมายความว่า เมื่อรัฐใดรัฐหนึ่งกระทำการละเมิดพันธกรณีต่ออีกรัฐหนึ่งแล้ว รัฐที่กระทำการละเมิดจะมีความรับผิดชอบเพิ่มขึ้นจากพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ตนได้ละเมิดไป ซึ่งนั่นก็คือเกิดเป็นอีกพันธกรณีหนึ่งจากการที่ตนละเมิดพันธกรณีแรกไปนั่นเอง

ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศปรับใช้หลักการในมาตรา 1 ในหลายๆคดี ยกตัวอย่างเช่น คดี Phosphates in Morocco ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศได้ยืนยันว่า เมื่อรัฐได้กระทำการที่มีขอบข่ายกฎหมายต่อรัฐอื่น ความรับผิดชอบระหว่างประเทศก็เกิดขึ้น “โดยทันทีระหว่างรัฐสองรัฐ”³³ ศาลระหว่างประเทศก็ยังได้ปรับใช้หลักการนี้ในหลายๆ คดี ยกตัวอย่างเช่น ในคดี the Corfu Channel³⁴ และคดี in the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua³⁵ นอกจากนี้ ศาลยังอ้างถึงหลักการนี้จากการให้ความเห็นเชิงแนะนำของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใน Reparation for Injuries³⁶ และในคดี the Interpretation of Peace Treaties

³² Ibid.

³³ Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 10, at p. 28. (In presence of these contentions, the Court has to interpret the terms -of the French Government's declaration on which the preliminary objection is founded, and to consider whether, having regard to their dates, the situations or facts relied upon by the Italian Government as constituting the subject of the dispute and engaging the international responsibility of France are excluded by the limitation which the French Government inserted in its acceptance of the compulsory jurisdiction.)

³⁴ Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 23. (In fact, nothing was attempted by the Albanian authorities to prevent the disaster. These grave omissions involve the international responsibility of Albania. The Court therefore reaches the conclusion that Albania is responsible under international law for the explosions which occurred on October 22nd, 1946, in Albanian waters, and for the damage and loss of human life which resulted from them, and that there is a duty upon Albania to pay compensation to the United Kingdom.)

³⁵ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p.146, para. 292(3). (Decides that the United States of America, by training, arming, equipping, financing and supplying the contra forces or otherwise encouraging, supporting and aiding military and paramilitary activities in and against Nicaragua, has acted, against the Republic of Nicaragua, in breach of its obligation under customary international law not to intervene in the affairs of another State)

³⁶ Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p.184. (Having regard to the foregoing considerations, and to the undeniable right of the Organization to demand that its Members shall fulfil the obligations entered into by them in the interest of the good working of the Organization, the Court is of the opinion that, in the case of a breach of these obligations, the Organization has the capacity to claim adequate reparation, and that in assessing this reparation it is authorized to include the damage suffered by the victim or by persons entitled through him)

(Second Phase)³⁷ ที่ศาลได้กล่าวว่า “การปฏิเสธโดยไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีทางสนธิสัญญาให้บรรลุผลนั้น ก็เป็นความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศด้วย” ศาลอนุญาโตตุลาการ (Arbitral Tribunals) ได้ยืนยันถึงหลักการนี้ ยกตัวอย่างเช่น ในคดี the Claims of Italian Nationals Resident in Peru cases, the Dickson Car Wheel Company case^{*}, in the International Fisheries Company case³⁸, in the British Claims in the Spanish Zone of Morocco case^{**}, และในคดี in the Armstrong Cork Company ซึ่งคดีต่างๆเหล่านี้ศาลอนุญาโตตุลาการยอมรับหลักการที่เป็นสากลว่า “รัฐมีความรับผิดชอบจากการละเมิดกฎหมายของรัฐ ที่องค์กรของรัฐได้กระทำความผิด” นอกจากนี้ในคดี the “Rainbow Warrior” ศาลอนุญาโตตุลาการยังเน้นย้ำว่า “การละเมิดพันธกรณีใดๆโดยรัฐ ไม่ว่าจะเกิดจากอะไรก็ตาม ย่อมส่งผลให้รัฐเกิดความรับผิดชอบ”

การกระทำของรัฐที่มีขอบด้วยกฎหมายทุกการกระทำ ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศกับรัฐนั้น ดังนั้นจึงทำให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศขึ้นใหม่เพิ่มเติมจากพันธกรณีที่มีอยู่เดิมก่อนที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งข้อนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง ทั้งก่อนและตั้งแต่มาตรา 1 ได้ถูกร่างขึ้นโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็ยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องการนิยามความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เกิดจากการกระทำที่เป็นความผิดในทางระหว่างประเทศอยู่ โดยนักวิชาการ Anzilotti อธิบายถึงผลทางกฎหมายที่เป็นผลมาจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของความผูกพันที่มีผลผูกพันแบบสองฝ่ายที่เกิดขึ้นมาระหว่างรัฐที่กระทำความผิดและรัฐที่เสียหายจากการกระทำความผิด ซึ่งพันธกรณีของรัฐที่กระทำความผิดนั้นต้องชดใช้ค่าเสียหายตามที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของ

³⁷ International Court of Justice, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, (Hungary and Romania), Second Phase, Advisory Opinion, 1950*, p. 221. (As the Court has declared in its Opinion of March 30th, 1950, the Governments of Bulgaria, Hungary and Romania are under an obligation to appoint their representatives to the Treaty Commissions, and it is clear that refusal to fulfil a treaty obligation involves international responsibility)

* คดี Dickson Car Wheel Company เป็นคดีระหว่างเม็กซิโกและสหรัฐอเมริกา โดยสหรัฐอเมริกาฟ้องร้องว่า สหรัฐอเมริกาได้ขายล้อรถแก่การรถไฟแห่งชาติของเม็กซิโกในช่วงเวลาสั้นที่เม็กซิโกจะเข้าซื้อกิจการนี้ แต่เมื่อเม็กซิโกดำเนินการมาเป็นเวลา 10 ปี แต่ก็ไม่เคยจ่ายให้บริษัทรถไฟเลย หลังจากนั้นทรัพย์สินของการรถไฟก็ถูกโอนไปสู่เอกชน โดยศาลอนุญาโตตุลาการตัดสินว่ารัฐบาลเม็กซิโกไม่มีความรับผิดชอบเพราะไม่ได้ทำให้สิทธิของบริษัท Dickson Car Wheel Company เสื่อมเสียไป

³⁸ *International Fisheries Company (U.S.A.) v. United Mexican States, R.I.A.A., Vol. IV, (1931)*, p. 701 (" It is necessary that the loss which the national entity of the respondent country has suffered be one of the kind which gives rise or ground to an international claim in the supposition that that entity were an alien and therefore had the right to make a claim. States according to a thoroughly established rule of international law, are responsible only for those injuries which are inflicted through an act which violates some principle of international law ")

** คดี Spanish Zone of Morocco เป็นคดีในศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างสเปนและสหราชอาณาจักร โดยสหราชอาณาจักรเรียกร้องเกี่ยวกับคนชาติของตนที่ได้รับบาดเจ็บหรือได้รับความเสียหายใน Spanish Zone of Morocco ในระหว่างปี ค.ศ. 1913 ถึง 1921 โดยผู้พิพากษา Huber เน้นย้ำว่า “ความรับผิดชอบของรัฐเป็นผลที่ตามมาจากการละเมิดสิทธิ สิทธิทั้งหมดในทางระหว่างประเทศเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ ผลต่อมาเมื่อเกิดความรับผิดชอบขึ้นแล้วก็คือหน้าที่ในการชดใช้ค่าเสียหาย”

รัฐที่เสียหายตามที่ได้เรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหาย ส่วนอีกความเห็นหนึ่งของนักวิชาการ Kelsen กล่าวว่า คำสั่งทางกฎหมายเป็นคำสั่งที่เป็นการบีบบังคับกับรัฐ และมองว่ารัฐที่เสียหายมีอำนาจใช้มาตรการลงโทษเชิงบีบบังคับต่อรัฐที่มีความรับผิดชอบได้ เพราะเป็นผลทางกฎหมายพื้นฐานซึ่งเป็นผลโดยตรงจากการกระทำผิดนั้น ตามความเห็นนี้ กฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปให้อำนาจรัฐผู้เสียหายให้มีการกระทำต่อการกระทำผิดนั้น นอกจากนี้ที่พันธกรณีในการชดใช้ค่าเสียหายเป็นการปฏิบัติเชิงส่วนเสริม ซึ่งเป็นหนทางของรัฐที่มีความรับผิดชอบสามารถหลีกเลี่ยงการใช้การบีบบังคับโดยตรง ส่วนความเห็นฝ่ายที่สาม ซึ่งมาจากพื้นฐานความเป็นจริง โดยกล่าวว่า ผลของการกระทำผิดระหว่างประเทศไม่สามารถถูกจำกัดได้ด้วยการชดใช้ค่าเสียหายหรือด้วยการลงโทษ ในกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าในระบบใดๆของกฎหมายก็ตาม การกระทำผิดอาจจะถูกยกขึ้นภายใต้ความสัมพันธ์ทางกฎหมายในแบบต่างๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับสถานการณ์นั้นๆ³⁹

ดังนั้น รัฐทุกรัฐซึ่งเป็นสมาชิกของสังคมระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็รัฐที่เกิดขึ้นมานานหรือว่ารัฐที่เพิ่งได้รับเอกราช⁴⁰ ต่างก็มีผลประโยชน์ทางกฎหมายในการได้รับความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานบางประการและกระทำการให้บรรลุผลตามพันธกรณี ซึ่งข้อเท็จจริงภายใต้มาตรา 1 การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางระหว่างประเทศทุกๆ การกระทำของรัฐนำมาซึ่งความรับผิดชอบระหว่างประเทศของรัฐนั้น ไม่ได้หมายความว่ารัฐอื่นๆ อาจจะไม่มีความรับผิดชอบด้วยสำหรับการกระทำที่เป็นความผิดนั้น หรือสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น เพราะภายใต้บทที่ 2 ของร่างบทมาตรของคณะกรรมการธิการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีชอบด้วยกฎหมาย การกระทำเดียวกันนี้สามารถปรับเอาเป็นความผิดกับหลายๆ รัฐได้ในเวลาเดียวกัน และภายใต้บทที่ 4 รัฐใดรัฐหนึ่งอาจจะมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐอื่น ยกตัวอย่าง ถ้าการกระทำนั้นบรรลุผลภายใต้คำสั่งหรือการควบคุมของรัฐนั้น ไม่ว่าจะอย่างไรก็ตาม หลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศก็คือว่า แต่ละรัฐนั้นจะมีความรับผิดชอบสำหรับการกระทำของตนที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศของตน⁴¹

เมื่อได้พิจารณาแล้วว่าการกระทำผิดของรัฐนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐ ไม่ว่าจะการกระทำผิดนั้นจะเกิดขึ้นจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำก็ตาม รัฐที่กระทำผิดย่อมต้องมีความรับผิดชอบต่อรัฐผู้เสียหาย แต่การกระทำผิดของรัฐเพียงอย่างเดียวอาจไม่เข้าองค์ประกอบทางกฎหมายของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ดังนั้นจึงต้องศึกษาในหัวข้อต่อไปว่าการกระทำผิดใดที่จะครบองค์ประกอบเพื่อให้รัฐมีความรับผิดชอบต่อรัฐผู้เสียหาย

³⁹ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, fifty-third Session, document A/56/10, p. 33, para. 3.

⁴⁰ Martin Dixon, *Textbook on International Law*, (London: Blackstone Press, 2000), p. 231.

⁴¹ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 33-34, para.5-6.

2.3 องค์ประกอบของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ

มาตรา 2 แห่งร่างบทมาตราของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 ได้บัญญัติเรื่ององค์ประกอบของการกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐ โดยบัญญัติว่า “การกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายของรัฐจะเกิดขึ้นเมื่อรัฐได้มีการกระทำซึ่งประกอบไปด้วยการกระทำหรือการละเว้นการกระทำซึ่ง

(a) แสดงว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และ

(b) ก่อให้เกิดการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ”^{*}

มาตรา 1 ของร่างบทมาตราของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 ก็ได้กล่าวถึงหลักการพื้นฐานไปแล้วว่าการกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐทุกการกระทำความผิดก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ แต่มาตรา 2 จะกล่าวเจาะจงถึงเงื่อนไขว่า การกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐนั้นจะเกิดขึ้นเมื่อใด เช่น องค์ประกอบที่เกิดขึ้นของแต่ละการกระทำ 2 องค์ประกอบที่ได้กล่าวไปแล้ว ซึ่งข้อแรกก็คือ การกระทำที่เป็นความผิดนั้นต้องสามารถแสดงได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และข้อ 2 กล่าวถึงความรับผิดชอบที่มาพร้อมกับการกระทำของรัฐนั้น คือการกระทำต้องก่อให้เกิดการละเมิดของพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐอยู่ในเวลานั้น⁴²

หลักการตามมาตรา 2 นี้ได้รับการยืนยันจากคดีของศาลระหว่างประเทศในหลายคดี ซึ่งมาตรานี้จะพิจารณาว่าสิ่งใดที่จะก่อให้เกิดการกระทำผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้โดยไม่คำนึงถึงบทบัญญัติของกฎหมายภายใน และตามมาตรา 2 ของร่างบทมาตรานี้ไม่ได้กล่าวถึงองค์ประกอบภายนอก (subjective) และองค์ประกอบภายใน (objective) เพราะการยากที่จะพิจารณาว่าการละเมิดนั้นเกิดขึ้นจากเจตนาของรัฐหรือไม่⁴³

องค์ประกอบทั้ง 2 ข้อที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั้น ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศ ในคดี Phosphates in Morocco โดยศาลได้กล่าวถึงจุดเชื่อมโยงเอาไว้อย่างชัดเจนถึงเรื่องการสร้างความรับผิดชอบระหว่างประเทศกับการมีอยู่ของ “การกระทำที่สามารถแสดงได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐและอธิบายได้ถึงการกระทำที่ตรงกันข้ามกับสิทธิตามสนธิสัญญาของรัฐอื่น”⁴⁴

^{*} Article 2 of ILC Draft Articles on States Responsibilities for Internationally Wrongful Act of 2001

“There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission:

(a) is attributable to the State under international law; and

(b) constitutes a breach of an international obligation of the State.”

⁴² United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 34, para. 1.

⁴³ *Ibid.*, p. 34, para. 3.

⁴⁴ *Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, P.C.I.J.*, p. 28.

การกระทำที่แสดงว่าเป็นการกระทำของรัฐ (attribution of conduct of the state) ประกอบไปด้วยการกระทำหรือการละเว้นการกระทำ ในกรณีที่ความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศได้ถูกกล่าวอ้างขึ้นจากการละเว้นการกระทำซึ่งก็มีกรณีเกิดขึ้นมากมายเทียบเท่ากับการกระทำ ดังนั้นการละเว้นการกระทำเหล่านั้นจึงเป็นการกระทำเชิงบวก และไม่มี ความแตกต่างในหลักการที่มีอยู่ระหว่างการกระทำทั้งสองอันนั้น และยิ่งไปกว่านั้น อาจจะเป็นการยากที่จะแบ่งแยกการละเว้นการกระทำออกจากสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาในเรื่องความรับผิดชอบ ยกตัวอย่างในคดี Corfu Channel*

สำหรับการกระทำที่แสดงถึงลักษณะพิเศษที่เป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ในอันดับแรกต้องแสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นเป็นของรัฐ รัฐเป็นผู้กระทำที่แท้จริง หรือเป็นการกระทำของนิติบุคคลที่มีอำนาจเต็มที่สามารถกระทำการใดๆ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เพราะไม่สามารถปฏิเสธองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐไม่สามารถกระทำด้วยตนเองได้ ดังนั้น “การกระทำของรัฐ” ต้องรวมถึงการกระทำหรือการละเว้นการกระทำบางอย่างโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคล จึงสรุปได้ว่า “รัฐสามารถกระทำการได้เพียงผ่านองค์กรหรือตัวแทนของรัฐเท่านั้น”⁴⁵ ปัญหาจึงอยู่ที่ว่าบุคคลใดที่ควรถูกพิจารณาว่าสามารถกระทำการในนามของรัฐได้ ซึ่งจะได้พิจารณาในหัวข้อต่อไป

เงื่อนไขข้อที่ 2 ในการมีอยู่ของการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของรัฐ คือ การกระทำนั้นสามารถแสดงได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ และต้องก่อให้เกิดการละเมิดแก่นพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐที่ตนผูกพันอยู่ ซึ่งคำศัพท์ของการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐได้รับการกล่าวขานมาอย่างยาวนานและเคยครอบคลุมทั้งพันธกรณีตามสนธิสัญญาและที่ไม่ใช่พันธกรณีตามสนธิสัญญาด้วย โดยในคำพิพากษาในเรื่องเขตอำนาจศาลในคดี Factory at Chorzow ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศ เคยใช้คำว่า “การละเมิดคำมั่นสัญญา (engagement)” และศาลก็ได้ใช้คำเดียวกันนั้นในคำพิพากษาในคดีเดียวกันนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้อ้างอิงถึงคำนี้อย่างชัดเจนในคดี Reparation for Injuries ศาลอนุญาโตตุลาการในคดี Rainbow Warrior ก็ได้

* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า มีพื้นฐานอย่างเพียงพอที่ทำให้เกิดความรับผิดชอบของ Albanian ว่านั่นคือการรับรู้แล้ว หรือจำเป็นต้องมีการรับรู้ ในความสุ่มรอบคอบในเรื่องเขตทางน้ำของตนที่ต้องไม่ลืมนึกถึงรัฐที่สามในเรื่องการตระหนักนั้น

⁴⁵ German Settlers in Poland, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 6, p. 22. (The conclusions of the Committee, so far as concerns the questions now before the Court, were to the effect that, as regarded cases where Rentengutsverträge were entered into before November 11th, 1918, but no Auflassung followed prior to that date, the expulsion of the settlers from their lands was not justified, the Committee holding that various circumstances, including the delay in the fixing of boundaries and the settlement of plans, and the profound disturbance caused by the war, were such as to excuse (justifier) the non-completion (default de regularisation) of the transfer, and that such non-completion, not being imputable to the settlers, could not justly be invoked against them, if in other respects they had satisfied the obligations which their contract imposed. As to settlers who held their lands under leases which were concluded before November 11th, 1918, and which had not yet expired, the Committee held that they should be left in possession conformably to their leases.)

อ้างถึง “การละเมิดใดๆ โดยรัฐซึ่งมีพันธกรณีใดๆ” ดังนั้น ในทางปฏิบัติแล้วจะใช้คำศัพท์ เช่น “การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ (non execution of international obligation)” “การกระทำที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ” (acts incompatible with international obligations) “การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ” (violation of an international obligation) หรือ “การละเมิดคำมั่นสัญญา” (breach of an engagement) ซึ่งล้วนแต่เป็นคำที่ถูกต้องในอดีต ไม่ว่าคำเหล่านี้ใช้ในคำแบบไหน แต่ทั้งหมดนี้ล้วนแต่มีความหมายเช่นเดียวกัน ส่วนคำที่ใช้ในมาตรานี้ คือ “การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ” สอดคล้องกับคำที่ใช้ในมาตรา 36 วรรค 2 (c) แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ⁴⁶

ในกฎหมายระหว่างประเทศ แนวคิดในเรื่องการละเมิดพันธกรณีนั้น คือการกระทำที่ตรงกันข้ามกับสิทธิทั้งหลายของรัฐอื่นๆ ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศเคยกล่าวเอาไว้ว่าการกระทำ “ที่ตรงกันข้ามกับสิทธิตามสนธิสัญญาของรัฐอื่นๆ” ในคำพิพากษาในคดี Phosphates in Morocco ซึ่งคดีนี้เกี่ยวกับสนธิสัญญาข้อจำกัดทางการทหารโดยเกี่ยวข้องกับสิทธิและหน้าที่ร่วมกันของคู่ความ ทั้งสองฝ่าย แต่บางครั้งก็ได้มีการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของพันธกรณีและสิทธิในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ทั่วๆ ไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งไม่มีพันธกรณีระหว่างประเทศที่อยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศใด ที่จะไม่สอดคล้องกับสิทธิระหว่างประเทศของรัฐอื่นๆ รวมทั้งจะไปขัดแย้งกับสิทธิของรัฐทั้งหมด (สังคมระหว่างประเทศทั้งมวล) ด้วย แต่ด้วยความแตกต่างกันของเหตุการณ์ ที่จะนำมาซึ่งสิทธิโดยทั่วไปที่เป็นกฎเกณฑ์อื่นๆ ทั้งหมดของกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับสิทธิที่เฉพาะของรัฐหรือหลายๆรัฐ รัฐทั้งหลายอาจได้รับประโยชน์จากพันธกรณีในวิธีการที่แตกต่างกัน หรืออาจจะมีผลประโยชน์ที่ต่างกันในเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทำหรือการแสดงออกของรัฐ พันธกรณีแบบหลายฝ่าย (multilateral obligation) อาจจะไปจากพันธกรณีแบบสองฝ่าย (bilateral obligation) ซึ่งตามความเห็นที่หลากหลายในเรื่องกฎเกณฑ์ทางกฎหมายและสถาบัน รวมทั้งความหลากหลายของผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นมาก็เพื่อปกป้องรัฐนั่นเอง แต่ไม่ว่าพันธกรณีใดถูกละเมิดก็ยังคงเป็นความผิดตามมาตรา 2 ไม่ว่าพันธกรณีที่ถูกละเมิดนั้นจะมีลักษณะหรือแหล่งที่มาเช่นใด⁴⁷ ดังนั้นตามหลักการแล้วเมื่อมีการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีทางกฎหมายก็จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศขึ้น ไม่ว่าพันธกรณีนั้นจะเป็นสนธิสัญญา จารีตประเพณี หรือตามกฎหมายอื่น⁴⁸

ภายใต้หลักการที่กล่าวไว้ในมาตรา 2 จึงไม่มีข้อยกเว้นใดๆ เพราะต้องมีเงื่อนไขที่จำเป็น 2 เงื่อนไข สำหรับการละเมิดพันธกรณีของรัฐและการกระทำที่สามารถแสดงได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ดังนั้น ปัญหาจึงมีอยู่ว่าเงื่อนไขที่กำหนดภายใต้มาตรา 2 นี้เพียงพอที่จะให้รัฐมีความรับผิดชอบหรือไม่

⁴⁶ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 35, para. 7.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 35, para. 8.

⁴⁸ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 422.

ซึ่งในบางครั้งก็ได้มีการกล่าวว่าความรับผิดชอบระหว่างประเทศไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐที่ไม่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีของตน แต่ก็มีข้อยกเว้นว่าองค์ประกอบของความรับผิดชอบนั้นอาจจะมีองค์ประกอบที่เพิ่มขึ้นมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกิด “ความเสียหาย” ต่อรัฐอื่น โดยไม่ต้องพิจารณาว่าองค์ประกอบนั้นกำหนดพันธกรณีขั้นพื้นฐานและไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปไว้ก็ตาม ยกตัวอย่างเช่นพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาที่บัญญัติเพื่อให้กฎหมายภายในมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ หากถูกละเมิดเพราะไม่มีการบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน ดังนั้นรัฐภาคีอื่นๆ จึงไม่สามารถกล่าวอ้างความเสียหายที่เฉพาะเจาะจง แต่หากพันธกรณีที่ระบุไว้เป็นการเฉพาะนั้นถูกละเมิดจากการกระทำที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของรัฐที่มีความรับผิดชอบนั้น ก็ขึ้นอยู่กับเนื้อหาและการตีความของพันธกรณีขั้นพื้นฐานนั้นและไม่สามารถกำหนดเป็นข้อสรุปหรือความคิดเชิงทฤษฎีได้⁴⁹

ประเด็นปัญหาต่อมาก็คือว่า การมีเจตนากระทำความผิดนั้นเป็นองค์ประกอบที่จำเป็นสำหรับเรื่องการกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐหรือไม่ ซึ่งการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศในบางกรณีก็ไม่ได้เกิดขึ้นเนื่องจากการมีเจตนากระทำความผิด ยกตัวอย่าง ในเรื่องเจตนาต่อความเสียหาย เพราะไม่มีบทบัญญัติเฉพาะเรื่องที่กำหนดขององค์ประกอบทางจิตใจที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีขั้นพื้นฐาน เพียงแต่กำหนดองค์ประกอบเรื่องการกระทำของรัฐ โดยต้องพิจารณาว่าการกระทำในเรื่อนั้นๆ รัฐมีอิสระของเจตนาเพียงใด⁵⁰

ดังนั้น เมื่อมาตรา 2 ได้กล่าวถึงองค์ประกอบของการกระทำผิดของรัฐในทางระหว่างประเทศแล้ว ในหัวข้อต่อมาก็จะได้พิจารณาถึงรายละเอียดขององค์ประกอบทั้ง 2 ข้อที่จะเป็นการกระทำของรัฐที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ ดังต่อไปนี้

2.3.1 การกระทำผิดของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ

มาตรา 3 ของร่างบทมาตราของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 ได้กำหนดเรื่องลักษณะของการกระทำของรัฐที่เป็นการกระทำความผิด โดยบัญญัติว่า “ลักษณะของการกระทำของรัฐที่เป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศเกิดขึ้นโดยกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ลักษณะของการกระทำก่อให้เกิดผลกระทบโดยลักษณะของการกระทำอันเดียวกันนั้นตามกฎหมายภายใน”^{*}

⁴⁹ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 36, para. 9.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 36, para. 10.

^{*} Article 3 of ILC Draft Articles on States Responsibilities for Internationally Wrongful Act of 2001

“The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.”

มาตรา 3 กล่าวถึงหลักการที่ขัดแย้งจากที่ได้กล่าวไว้เป็นนัยๆ แล้วตามมาตรา 2 กล่าวก็คือว่าการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่มีลักษณะที่แม้จะชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวข้อง เพราะพิจารณาได้จากองค์ประกอบทางกฎหมาย 2 ส่วนด้วยกัน คือ

ข้อแรก การกระทำของรัฐไม่สามารถเป็นการกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศ ยกเว้นแต่รัฐนั้นก่อให้เกิดการละเมิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ และแม้ว่ารัฐนั้นจะได้ละเมิดต่อบทบัญญัติของรัฐตนก็ตาม

ข้อสองซึ่งเป็นข้อที่สำคัญที่สุด คือ รัฐไม่สามารถกล่าวอ้างได้ว่าการกระทำของตนสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายภายในของตน เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดการกระทำที่ตนได้ทำลงไปนั้นเป็นการกระทำผิดตามกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น การกระทำของรัฐต้องมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศ เพราะการกระทำนั้นก่อให้เกิดการละเมิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าการกระทำของรัฐนั้นชอบด้วยกฎหมายภายในของรัฐหรือไม่ หรือว่าหากพิจารณาตามกฎหมายภายในของรัฐแล้วรัฐได้กระทำการนั้นอย่างแท้จริง⁵¹

2.3.1.1 การกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ในการกล่าวถึงการกระทำที่แสดงว่าเป็นการกระทำของรัฐ ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะเป็นการที่รัฐได้กระทำหรือละเว้นการกระทำก็ตาม สิ่งที่ต้องพิจารณาคำแรกนั้นก็คือว่า รัฐมีองค์ประกอบของรัฐเพื่อกระทำการในนามของรัฐ และองค์ประกอบของรัฐประกอบไปด้วยนิติบุคคลที่แตกต่างกัน (กระทรวงหรือองค์การที่เป็นนิติบุคคลอื่นๆ) โดยเกี่ยวข้องกันกับสิทธิต่างๆกัน และพันธกรณีขององค์การเหล่านั้นสามารถใช้โดยอำนาจของตนและเกิดความรับผิดชอบเพียงลำพังได้ เพราะตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ รัฐได้รับการปฏิบัติเป็นรูปแบบเดียวให้สอดคล้องกับการยอมรับว่ารัฐเป็นนิติบุคคลหนึ่งในกฎหมายระหว่างประเทศ

2.3.1.1.1 การกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

เรื่องความรับผิดชอบของรัฐเกิดขึ้นจากหลายกรณี แต่ปัญหาที่สำคัญนั้นเกิดจากนิติบุคคลของรัฐ และรัฐก็ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของนิติบุคคลนั้นเพราะสามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐได้ ไม่ว่าจะมีความรับผิดชอบโดยตรงหรือความรับผิดชอบโดยอ้อมก็ตาม

เนื่องจากรัฐเป็นนิติบุคคล (juristic person) ประเภทหนึ่ง จึงไม่สามารถแสดงเจตนาได้ด้วยตนเอง ดังนั้น ต้องอาศัยบุคคลธรรมดาทำหน้าที่แทน และการกระทำที่จะกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ (attributable to state) จึงต้องกระทำโดยผ่านบุคคลธรรมดา

⁵¹ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 36, para. 1.

(natural person) ซึ่งโดยหลักแล้วย่อมกระทำโดยผ่านองค์กรของรัฐ และในบางกรณีอาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐแม้จะมีได้เป็นองค์กรของรัฐ⁵² เช่น เมื่อบุคคลธรรมดาขึ้นกระทำการภายใต้คำสั่ง หรือภายใต้การควบคุมขององค์กรของรัฐเหล่านั้น เป็นต้น⁵³

2.3.1.1.1 การกระทำขององค์กรของรัฐ

มาตรา 4 ของร่างบทมาตราของคณะกรรมการกฤษฎีกา ระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 เรื่องการกระทำขององค์กรของรัฐ บัญญัติว่า

“1. การกระทำขององค์กรของรัฐใดต้องพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐนั้นภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าองค์กรนั้นได้ใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ หรือหน้าที่ใดๆ ไม่ว่าสถานะอะไรก็ตามเป็นการกระทำในองค์การที่เป็นของรัฐ และเป็นลักษณะขององค์กรที่เป็นรัฐบาลกลางหรือของหน่วยอาณาเขตของรัฐ

2. องค์กรรวมถึงบุคคลใดๆหรือองค์ใดที่มีสถานะตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น”*

ข้อ 1 ของมาตรา 4 กล่าวว่าหลักการข้อแรก ว่าการกระทำที่จะสามารถเป็นการกระทำของรัฐได้ต้องกระทำโดยผ่านการกระทำขององค์กรของรัฐ ดังนั้น “องค์กรของรัฐ” ครอบคลุมถึงปัจเจกบุคคลทุกคนหรือองค์ร่วมซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของรัฐและการกระทำนั้นได้กระทำในนามของรัฐ รวมถึงองค์กรของรัฐบาลท้องถิ่นใดๆ ภายในรัฐนั้น ซึ่งอยู่บนพื้นฐานเดียวกันกับองค์กรของรัฐบาลกลางของรัฐนั้น⁵⁴ และการกระทำบางประการของปัจเจกบุคคลหรือองค์กรซึ่งไม่ได้มีสถานะเป็นองค์กรของรัฐ ก็อาจจะเป็นการกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ แต่ต้องมีการใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐ ไม่ว่าจะโดยทั้งทางตรงหรือทางอ้อม⁵⁵

ดังนั้น ในการกล่าวถึงองค์กรของรัฐในมาตรา 4 ตามความหมายทั่วไปแล้ว ไม่ได้จำกัดแค่องค์กรของรัฐบาลกลาง หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือบุคคลที่มีความ

⁵² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *กฎหมายระหว่างประเทศ International Law* หน้าที่ 1-8 หน้า 6.

⁵³ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 36, para. 2.

* Article 4 of ILC Draft Articles on States Responsibilities for Internationally Wrongful Act of 2001

“1. The Conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its characters as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.”

⁵⁴ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 40, para. 1.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 40, para. 2.

รับผิดชอบเพื่อความสัมพันธ์กับภายนอกของรัฐเท่านั้น แต่มีการขยายไปถึงองค์กรของรัฐบาลที่ไม่ว่า จะมีประเภทหรือมีการจำแนกประเภทอย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะองค์กรนั้นจะใช้หน้าที่ในด้านใดก็ตาม และ ไม่ว่าจะอยู่ลำดับศักดิ์ใด รวมไปถึงองค์กรที่อยู่ในส่วนภูมิภาคหรือระดับท้องถิ่นของรัฐ⁵⁶ ซึ่งองค์กรเหล่านี้ไม่มีความแตกต่างกันหากได้กระทำขึ้นเพื่อจุดประสงค์ระหว่างองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ⁵⁷

ดังนั้นมาตรา 4 ครอบคลุมถึงองค์กรทั้งหลาย ไม่ว่าจะองค์กรเหล่านั้น ได้ใช้อำนาจในทาง “นิติบัญญัติ, บริหาร, ตุลาการ หรือหน้าที่อื่นใด” การที่มาตรา 4 ใช้ภาษาเช่นนี้ก็เพื่อพิจารณาตามข้อเท็จจริงว่า หลักการของการแบ่งแยกอำนาจของแต่ละรัฐอาจมีรูปแบบที่ไม่เหมือนกัน และองค์กรทั้งหลายของรัฐใช้อำนาจเพื่อกิจการสาธารณะบางอย่างรวมกัน ทั้งในรูปแบบของนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ยิ่งไปกว่านั้น คำศัพท์นี้ยังได้มีการขยายขอบเขตอย่างไม่มีข้อจำกัด โดยพิจารณาได้จากคำว่า “หรือหน้าที่อื่นใด” ซึ่งการกระทำขององค์กรของรัฐนั้นอาจจะถูกจัดประเภทเพื่อการพาณิชย์ก็ได้ และแน่นอนว่า การละเมิดสัญญาหรือข้อตกลงของรัฐ ไม่ได้ก่อให้เกิดการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ก็มีข้อพิจารณาบางประการที่เพิ่มขึ้นมา จนเป็นการเรียกร้องของรัฐก่อนที่กฎหมายระหว่างประเทศจะเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง เช่น การปฏิเสธความยุติธรรมโดยศาลของรัฐในกระบวนการพิจารณาที่นำขึ้นสู่ศาลโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม การละเมิดสัญญาโดยองค์กรของรัฐก็เป็นการกระทำของรัฐตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 4 และอาจจะมีสถานการณ์บางอย่างที่เทียบเท่าการกระทำความผิดระหว่างประเทศก็ได้⁵⁸

ดังนั้น ตามมาตรา 4 จึงไม่มีความแตกต่างในระดับหลักการ ระหว่างการกระทำที่อยู่ในระดับ “ผู้บังคับบัญชา” และ “ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา” ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะพวกเขาได้กระทำลงในขอบเขตความสามารถอย่างเป็นทางการตามที่กฎหมายภายในได้กำหนดไว้ ดังที่ประโยคในมาตรา 4 กล่าวว่า “ไม่ว่าสถานะนั้นได้กระทำลงในองค์การใดของรัฐ” ฉะนั้นจึงไม่มีความสงสัยเลยว่าเจ้าหน้าที่ในระดับต่ำลงมาอาจจะมีขอบเขตกิจกรรมที่จำกัดและเจ้าหน้าที่เหล่านั้น อาจจะไม่สามารถออกคำสั่งในขั้นสุดท้ายได้ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำนั้นได้ถูกกระทำให้บรรลุผล โดยเจ้าหน้าที่เหล่านั้นเนื่องจากเป็นหน้าที่อย่างเป็นทางการ ซึ่งเป็นการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐได้ตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 4⁵⁹

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีการพิจารณาถึงการกระทำขององค์กรย่อยของรัฐอยู่บ่อยครั้ง ดังเช่น ผู้ปกครองทรัพย์สินของศัตรู (administrators of enemy property) นายเทศมนตรี เจ้าหน้าที่ตำรวจ และเจ้าหน้าที่ที่ได้

⁵⁶ Ibid., p. 40, para. 6.

⁵⁷ Martin Dixon, *Textbook on International Law*, (New York: Oxford University Press, 2007). p. 248.

⁵⁸ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 41, para, 6.

⁵⁹ Ibid., p. 41, para. 7.

ยกตัวอย่างมานั้นปฏิบัติอย่างสอดคล้องกับการกระทำของแต่ละบุคคลที่สามารถถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ⁶⁰

แนวความคิดเรื่องการกระทำขององค์กรรัฐนั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับความคิดเรื่องความเป็นนิติบุคคลของรัฐ กล่าวคือ ในทางกฎหมายมหาชน รัฐเป็นนิติบุคคล (juristic person) หรือเป็นสิ่งที่ไม่มีชีวิตจิตใจ รัฐจึงไม่อาจแสดงเจตนาหรือการกระทำใดๆ ให้มีผลในทางกฎหมายได้เองทั้งในระดับภายในประเทศและระหว่างประเทศ จึงจำเป็นต้องอาศัยบุคคลธรรมดา (national person) มาทำหน้าที่แสดงเจตนาในนามของรัฐหรือเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐแทน

ดังนั้น จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้น ความเป็นนิติบุคคลของรัฐหมายความว่า รัฐสามารถมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบแยกออกจากเอกชนที่ประกอบขึ้นเป็นพลเมืองของรัฐหรือผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ทำให้บุคคลธรรมดาที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลนั้นเป็นแต่เพียงผู้แทน ผลในทางกฎหมายก็คือ บรรดาการกระทำทั้งหลายที่กระทำในนามของรัฐบาลย่อมถือว่าเป็นการกระทำของรัฐและมีผลผูกพันรัฐด้วย และการกระทำของรัฐนี้ไม่ขึ้นอยู่กับการดำรงตำแหน่งของผู้แทน หมายความว่า แม้จะมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลก็หาไม่ผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่หรือความผูกพันทั้งหลายที่รัฐบาลได้ตกลงทำกับคู่ทรวงสิทธิอื่นตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ เช่น การทำสนธิสัญญาถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐโดยฝ่ายบริหาร แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาลก็ตาม บรรดาสนธิสัญญาที่รัฐบาลได้ลงนามหรือให้สัตยาบันก็ยังมีผลในทางกฎหมายอยู่ ไม่ได้สิ้นผลไปตามรัฐบาลนั้น⁶¹

นอกจากนี้แล้ว ความคิดเรื่องการกระทำของรัฐยังเกี่ยวพันกับความคิดเรื่องการจัดการองค์กรของรัฐด้วย กล่าวคือ เพื่อให้การกระทำของรัฐบรรลุวัตถุประสงค์ การกระทำของรัฐได้มีการกระทำผ่านองค์กรของรัฐ 3 องค์กร คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ดังนั้น การกระทำของรัฐอาจแสดงออกโดยผ่านการกระทำของบุคคลธรรมดา ซึ่งกฎหมายได้รับรองว่ามีอำนาจหน้าที่ที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งผูกพันรัฐหรือกระทำในนามของรัฐได้ ได้แก่ องค์กรดังต่อไปนี้

1. การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ

หน้าที่ขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่ารัฐสภา ซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งที่สำคัญต่อระบบของรัฐบาล มีหน้าที่ในการตรากฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า พระราชบัญญัติ ด้วยเหตุนี้ การบัญญัติกฎหมายขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือไม่บัญญัติกฎหมายภายในอนูวัติการให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐและอาจนำมาซึ่งความ

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, กฎหมายระหว่างประเทศ International Law หนวยที่ 1-8 หน้า 7.

รับผิดชอบของรัฐได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การบัญญัติกฎหมายที่ขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือการงดเว้นการบัญญัติกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้น กล่าวอ้างได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำของรัฐ⁶²

2. การกระทำของฝ่ายบริหาร

การกระทำของฝ่ายบริหารเป็นการกระทำของรัฐในขอบเขตที่กว้างมาก กล่าวโดยทั่วไปแล้ว การกระทำของฝ่ายบริหารประกอบไปด้วยสองส่วนคือ การกระทำทางรัฐบาล (government act) และ การกระทำทางปกครอง (administrative act)

2.1 การกระทำทางรัฐบาล หมายถึง การกระทำที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เช่น การตราพระราชกำหนด การทำสนธิสัญญา การสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต การทำหนังสือแสดงเจตจำนงเพื่อขอรับความช่วยเหลือทางการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เป็นต้น⁶³

2.2 การกระทำทางปกครอง หมายถึง การกระทำที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (มิใช่เจ้าหน้าที่ฝ่ายการเมือง) โดยอาศัยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือกฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวง

การกระทำทางปกครอง เป็นการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำในแดนของกฎหมายปกครอง โดยอาจเป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย เช่น การออกกฎ การออกคำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำในทางกายภาพที่เรียกว่า ปฏิบัติการทางปกครอง เป็นต้น ในบางกรณีก็จะเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะด้วย โดยปกติแล้วการกระทำของฝ่ายปกครองจะเกี่ยวข้องกับความสามารถของรัฐในกรณีที่ฝ่ายปกครองมิได้จัดหามาตรการความปลอดภัยให้แก่คนต่างด้าวอย่างเพียงพอ หรืออาจเกิดจากกรณีที่ฝ่ายปกครองปราบปรามผู้ก่อการร้ายหรือพวกกบฏแล้วได้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของคนต่างด้าว⁶⁴

3. การกระทำของฝ่ายตุลาการ

การกระทำของฝ่ายตุลาการ คือ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่ความ การกระทำของฝ่ายตุลาการก็อาจจะนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐได้ ซึ่งส่วนใหญ่มาจากกรณี “การปฏิเสธความยุติธรรม” (denial of justice) ซึ่งเกิดขึ้นจากความล้มเหลวของศาลในอันที่จะปกป้องสิทธิประโยชน์ต่างๆของคนต่างด้าว ที่อยู่อาศัยในดินแดนของรัฐอื่น การที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศบัญญัติมิให้ฝ่ายตุลาการต้องรับผิดชอบ ในคำพิพากษาที่ตัดสินนั้น ก็ยังถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐ ส่วนปัญหาที่ว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบหรือไม่นั้น จะต้อง

⁶² เรื่องเดียวกัน.

⁶³ เรื่องเดียวกัน.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

พิจารณาต่อไปอีกว่า การกระทำของฝ่ายตุลาการดังกล่าวเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สองเรียกว่า “objective element”⁶⁵

2.3.1.1.1.2 การกระทำของบุคคลอื่นในบางกรณีที่รัฐต้อง

รับผิดชอบ

แม้ว่าการกระทำที่ถือว่าการกระทำของรัฐได้นั้นต้องเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่เหล่านั้นโดยตรง แต่ในบางกรณีแล้วก็ต้องถือว่าการกระทำของรัฐด้วยเพราะรัฐนั้นมีอำนาจออกคำสั่งหรือมีอำนาจควบคุมบุคคลอื่นๆให้กระทำการ ซึ่งจะได้พิจารณากันดังต่อไปนี้

- การกระทำที่อยู่ภายใต้การควบคุม (Effective control) ของรัฐ

แม้จะเป็นการกระทำของบุคคลอื่น รัฐก็ยังคงต้องรับผิดชอบอยู่นั่นเอง มาตรา 8 ร่างบทนิยามว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 บัญญัติว่า “การกระทำของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลจะต้องถือว่าการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ถ้าในความจริงปรากฏว่าบุคคลหรือกลุ่มบุคคลดังกล่าวนั้นได้กระทำการไปตามคำบอกกล่าว หรือกระทำการไปภายใต้การอำนวยการหรือการควบคุมของรัฐนั้นอันทำให้เกิดการกระทำนั้นขึ้น”^{*}

เหตุที่มาตรา 8 บัญญัติเช่นนี้เพราะรัฐเป็นผู้มีอำนาจควบคุมสั่งการหรืออำนวยการให้เกิดการกระทำนั้นขึ้นโดยตรง ดังนั้นจึงต้องถือว่าการกระทำของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่กระทำการไปตามคำสั่งหรือภายใต้อำนาจควบคุมอำนวยการของรัฐนั้นมีผลเท่ากับว่าเป็นการกระทำของรัฐนั่นเอง⁶⁶ ซึ่งตามมาตรา 8 ต้องพิจารณาภายใต้ 2 สถานการณ์ คือ ในสถานการณ์แรกบุคคลได้กระทำการภายใต้คำสั่งของรัฐที่ทำให้เกิดการกระทำผิดขึ้น และในสถานการณ์ที่ 2 เป็นสถานที่บุคคลธรรมดาได้กระทำลงภายใต้คำสั่งหรือการควบคุมของรัฐ โดยเฉพาะการกระทำที่อยู่ภายใต้คำสั่งหรือการควบคุมของรัฐ (under the direction or control) การกระทำนั้นจะถือว่าการกระทำของรัฐก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นเป็นการปฏิบัติการพิเศษหรือเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติการ

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน.

^{*} Article 8 of ILC Draft Articles on States Responsibilities for Internationally Wrongful Act of 2001

“The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.”

⁶⁶ ประสิทธิ์ เอกบุตร, “ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility),” ใน *อาจารย์วิชา ศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์*, หน้า 84.

พิเศษดังกล่าว ซึ่งจะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ที่แท้จริงระหว่างบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ได้กระทำการและโครงสร้างของรัฐด้วย⁶⁷

- กรณีการกระทำเกินขอบอำนาจขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

แม้ว่าการกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะเป็นการกระทำที่เกินขอบอำนาจก็ตาม รัฐก็ยังคงต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศอยู่ นั่นเอง หากปรากฏว่าเป็นการกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ และแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการขัดคำสั่งของผู้บังคับบัญชาก็ตาม รัฐก็ไม่อาจอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือปิดความรับผิดชอบได้ เช่นในคดี Caire^{*}

ในกรณีนี้ได้กล่าวไว้ในมาตรา 7 ของร่างบทมาตรว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 ซึ่งก็ได้กล่าวไว้ในข้างต้นแล้วว่า องค์กรของรัฐมีอำนาจหน้าที่ภายในขอบความสามารถของตน แต่ถ้าหากใช้อำนาจเกินขอบเขตความสามารถของตนอย่างชัดเจนแล้ว ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐที่ต้องรับผิดชอบได้ รวมไปถึงกรณีที่ยังคงมีอำนาจหน้าที่ที่ตนไม่ได้มีอำนาจด้วย ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดความชัดเจนและมั่นคงต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั่นเอง⁶⁸

- กรณีการกระทำของบุคคลอื่นที่เข้ามาใช้อำนาจรัฐในขณะที่รัฐไม่มีเจ้าหน้าที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่

การกระทำของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่กระทำการใดๆ ที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐในขณะที่ไม่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นหรือบุคคลดังกล่าวได้กระทำการแทนรัฐนั้นไปในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำของรัฐนั้นด้วย ในเรื่องนี้มาตรา 9 ร่างบทมาตรว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 บัญญัติว่า “การกระทำของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลจะต้องถือว่าเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ถ้าในทางข้อเท็จจริงปรากฏว่าการกระทำของบุคคลเช่นว่านั้นเป็นการใช้อำนาจของรัฐบาล ในกรณีที่ไม่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ปฏิบัติหน้าที่หรือบุคคลเช่นว่านั้นได้กระทำการไปในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐเสียเองและรวมถึงการกระทำของบุคคลเช่นว่านั้นในสภาวะการณ์ต่างๆ เช่น ใน

⁶⁷ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 47, para. 3.

* ศาลอนุญาโตตุลาการกล่าวว่า เจ้าหน้าที่ได้กระทำโดยปรากฏว่ากระทำในฐานะที่เป็นเจ้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายหรือได้กระทำการใดๆตามอำนาจหรือตามวิธีการที่พวกเขาใช้อำนาจ

⁶⁸ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 45, paras. 2-3.

สภาวะการณ์ที่มีการขอให้บุคคลเช่นว่านั้นกระทำการใช้อำนาจหน้าที่ต่างๆของรัฐ” * ตามมาตรา 9 ใช้คำว่า “ในสภาวะการณ์เช่นนั้น” ซึ่งกรณีที่จะเกิดเหตุการณ์เช่นนี้ได้เป็นกรณีที่เกิดขึ้นยากมาก เช่น การปฏิวัติ (revolution) การขัดกันทางอาวุธ (armed conflict) หรือ การยึดครองดินแดนจากชาวต่างชาติ (foreign occupation) ซึ่งเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหมดหน้าที่ลง

อย่างไรก็ดี หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เป็นของเอกชนโดยแท้ (Purely private act) ซึ่งมีใช้การกระทำของรัฐแล้ว ย่อมจะไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบใดๆของรัฐได้ ทั้งนี้ แม้รัฐอาจจะต้องรับผิดชอบในฐานะที่รัฐไม่ควบคุมดูแลมิให้เกิดเหตุร้ายขึ้นก็ตาม เช่น การกระทำของฝูงชน หรือการกระทำส่วนตัวของปัจเจกชน โดยหลักย่อมมิใช่การกระทำของรัฐ เว้นแต่การกระทำนั้นจะกระทำภายใต้อำนาจในการควบคุมดูแลของรัฐหรือรัฐได้ยอมรับเอาผลของการกระทำนั้นว่าเป็นการกระทำของตนจึงจะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐได้⁶⁹

- กรณีที่รัฐยอมรับผลของการกระทำของบุคคลอื่นมาเป็นการกระทำของตน

แม้ว่าโดยปกติ การกระทำที่เป็นของเอกชนโดยแท้จะมีใช้การกระทำของรัฐ แต่ถ้ารัฐยอมรับผลของการกระทำนั้นว่าเป็นการกระทำของตนแล้วก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำของรัฐนั้นได้และรัฐนั้นจะต้องมีความรับผิดชอบต่อการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้นด้วย ในเรื่องนี้⁷⁰ มาตรา 11 ร่างบทมาตรว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 บัญญัติว่า “การกระทำที่มีใช้การกระทำของรัฐตามนัยมาตราก่อนๆ อาจถือเป็นการกระทำของรัฐภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้ ถ้าปรากฏว่ารัฐนั้นรู้ถึงการกระทำนั้นและรับเอาการกระทำนั้นเป็นการกระทำของตน” ** ในมาตรานี้บัญญัติขึ้นมาเพื่อเหตุผลที่ว่า แม้ว่าการกระทำของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้นจะไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งไม่ถือว่าเป็นความรับผิดชอบของรัฐ แต่ถ้าหากว่ารัฐนั้นได้รับรู้และยอมรับผลของการกระทำของบุคคล

* Article 9 of ILC Draft Articles on States Responsibilities for Internationally Wrongful Act of 2001

“The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact exercising elements of the governmental authority in the absence or default of the official authorities and in circumstances such as to call for the exercise of those elements of authority.”

⁶⁹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, “ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility),” ใน *อาจารย์ชูชาติ ศาสตราจารย ตรี อรุณ ภาณุพงศ์*, หน้า 85.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน.

** Article 11 of ILC Draft Articles on States Responsibilities for Internationally Wrongful Act of 2001

“Conduct which is not attributable to a State under the preceding articles shall nevertheless be considered an act of that State under international law if and to the extent that the State acknowledges and adopts the conduct in question as its own.”

หรือกลุ่มบุคคลนั้น (acknowledges and adopts) แต่ไม่ใช่ในกรณีที่รัฐสนับสนุนหรืออนุญาตบุคคลหรือกลุ่มบุคคลนั้น⁷¹

เมื่อได้พิจารณาแล้วว่าการกระทำใดที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งเป็นการกระทำผิดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ในหัวข้อต่อไปก็จะได้พิจารณาถึงองค์ประกอบอีกข้อหนึ่งของการกระทำผิดของรัฐ ดังต่อไปนี้

2.3.1.2 การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ

องค์ประกอบข้อที่สองที่ต่อเนื่องมาจากการกระทำของรัฐคือ การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ กล่าวคือ แม้จะมีการกระทำของรัฐ แต่ถ้าหากไม่ได้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศแล้วก็ไม่มีความเสียหายให้รัฐต้องรับผิดชอบ ดังนั้นองค์ประกอบหรือเงื่อนไขที่จำเป็นอันจะขาดเสียมิได้ (condition sine qua non) คือต้องมีการกระทำของรัฐเกิดขึ้นและการกระทำของรัฐเช่นนั้นเป็นเหตุให้มีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยพันธกรณีระหว่างประเทศที่ว่านี้อาจเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้วในขณะที่เป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไป หรือเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดจากความตกลงระหว่างรัฐในลักษณะของสนธิสัญญาสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย⁷²

2.3.1.2.1 ความหมายของพันธกรณีระหว่างประเทศ

พันธกรณีระหว่างประเทศ หมายถึง การก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหรือมีผลผูกพันทางกฎหมาย (legal binding force) ในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น หากมีการละเมิดสิทธิและหน้าที่ที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐที่ทำการละเมิดจะต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของตนแก่รัฐผู้เสียหาย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบเป็นเรื่องของการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ทางกฎหมาย ในทางตรงกันข้าม ข้อตกลงระหว่างประเทศใดๆที่มีได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายจึงมิได้เป็นพันธกรณีระหว่างประเทศตามความหมายนี้ เช่น ข้อตกลงที่เรียกว่า Gentleman's Agreement นั้นเป็นเพียงข้อตกลงที่ทำกันขึ้นระหว่างผู้แทนของรัฐซึ่งในสายตาของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่ข้อตกลงดังกล่าวมีผลผูกพันทางศีลธรรมหรือทางการเมืองเท่านั้น แต่ไม่ได้ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างรัฐ ผลจากการที่ไม่มีผลผูกพันในทางกฎหมายคือ ทำให้ไม่อาจเรียกร้องให้รัฐต้องรับผิดชอบต่อได้หากรัฐมิได้ปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว จึงไม่มีการเยียวยาความเสียหายทางกฎหมาย (legal remedy) ในกรณีของการละเมิดข้อตกลงสุภาพบุรุษ กล่าวโดยสรุปแล้ว การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่นำมาซึ่งความ

⁷¹ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 52-54, paras. 1-9.

⁷² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *กฎหมายระหว่างประเทศ International Law* หนวยที่ 1-8 หน้า 14.

รับผิดชอบของรัฐได้นั้นต้องเป็นการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น⁷³

2.3.1.2.2 ความหมายและลักษณะของการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ

มาตรา 12 ของร่างบทมาตราของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบข่ายกฎหมาย ค.ศ. 2001 ได้บัญญัติถึงการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศไว้ว่า

“การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่รัฐต้องผูกพัน ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงที่มาหรือลักษณะของพันธกรณีนั้น”^{*}

การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ หมายถึง การไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศซึ่งตกเป็นภาระหน้าที่แก่รัฐนั้น⁷⁴ โดยพันธกรณีระหว่างประเทศที่ว่านี้อาจเกิดจากสนธิสัญญา จารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือหลักกฎหมายทั่วไปตามมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ ซึ่งพันธกรณีระหว่างประเทศนี้ได้กำหนดสิทธิหน้าที่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่จะให้รัฐต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และหากรัฐได้ฝ่าฝืนไม่ยอมปฏิบัติตามโดยปราศจากเหตุผลหรือข้อปลดปล่อยในความผิด (exoneration) แล้ว ถือว่ารัฐนั้นได้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศและนำมาซึ่งความรับผิดชอบของรัฐ⁷⁵

จากมาตรา 2 ของร่างบทมาตราของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบข่ายกฎหมาย ค.ศ. 2001 ได้กล่าวไว้ว่า “การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศโดยรัฐ ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศขึ้น” ดังนั้นเมื่อมีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศเกิดขึ้นแล้วก็ต้องพิจารณาไปตามถ้อยคำบทบัญญัติของพันธกรณีนั้น รวมถึงมีการตีความและการปรับใช้พันธกรณีนั้น โดยต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายและข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีที่เกิดขึ้นด้วยว่ามีการละเมิดพันธกรณีอย่างแท้จริงหรือไม่⁷⁶ นั่นก็คือต้องพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศและข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ ว่ามีการกระทำไปในทิศทางใด ทั้งนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ใช้ถ้อยคำที่

⁷³ เรื่องเดียวกัน.

^{*} Article 12 of ILC Draft Articles on States Responsibilities for Internationally Wrongful Act of 2001

“There is a breach of an international obligation by a State when an act of that State is not in conformity with what is required of it by that obligation, regardless of its origin or character.”

⁷⁴ Ago, Second Report on State Responsibility, Document A/CN. 4/233, Y.I.L.C. 1970, Vol II, p. 187.

⁷⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, กฎหมายระหว่างประเทศ International Law หน่วยที่ 1-8 หน้า 14.

⁷⁶ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 54, para. 1.

หลากหลายเพื่อแสดงถึงการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ เช่น “ความไม่สอดคล้องกับพันธกรณี” (incompatibility with the obligations) การกระทำที่ “ตรงกันข้าม” (contrary to) หรือ “ขัดแย้ง” (inconsistent with) กับพันธกรณีที่ผูกพันรัฐ และ “การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา” (failure to comply with its treaty obligations) เป็นต้น ในบางกรณีอาจเป็นการนิยามถึงการกระทำที่ถูกคาดหวังจากรัฐอื่น ซึ่งหากรัฐละเมิดพันธกรณีเพียงบางส่วนก็จะทำให้รัฐนั้นมีความรับผิดชอบได้แล้ว⁷⁷

เมื่อได้ศึกษาถึงการละเมิดพันธกรณีในความหมายทั่วไปแล้ว ในหัวข้อต่อไปจะได้พิจารณาถึงอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เพราะเป็นอนุสัญญาที่สำคัญของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ที่จะทำการศึกษาก่อน เพื่อจะได้เชื่อมโยงกับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการติดต่อและการสื่อสารกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง

2.4 ความรับผิดชอบของรัฐจากการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง

จากที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่า การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐ ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐขึ้น ซึ่งในกรณีนี้เป็นการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง ดังนั้นจำเป็นจะต้องศึกษาถึงความเป็นมาของอนุสัญญาฉบับนี้และศึกษาถึงคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดอนุสัญญาดังกล่าวด้วย ดังจะได้พิจารณาต่อไปนี้

2.4.1 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

พันธกรณีระหว่างประเทศในคดีนี้ คือ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ซึ่งเป็นอนุสัญญาหลายฝ่าย โดยเป็นการประมวลความสัมพันธ์ทางกงสุลที่เกิดจากพลเมืองของรัฐต่างๆ ที่เกิดขึ้นตั้งแต่ในยุคโบราณมาแล้ว* ดังนั้น สถาบันทางกงสุลจึงมีประวัติศาสตร์มาอย่างยาวนานและมีภารกิจที่หลากหลายมากกว่าทางทูตเสียอีก เพราะกงสุลปฏิบัติหน้าที่ในหลายๆ ด้านด้วยกัน เช่น ทางทูต การเมือง การค้า ทางศาล และทางทะเล ซึ่งงานทุกด้านที่กล่าวมานั้นจนถึงทุกวันนี้ก็ยังคงเป็นหน้าที่ของกงสุลอยู่ ทั้งนี้ก็เพื่อความมั่นคงและความปลอดภัยของการค้า การ

⁷⁷ Ibid., p. 55, para. 2.

* อารัมภบทของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เริ่มต้นโดยคำนึงถึงว่า ความสัมพันธ์ทางกงสุลเกิดขึ้นมาระหว่างประชาชนทั้งหลายตั้งแต่ในยุคโบราณมาแล้ว

ท่องเที่ยว การอาศัยอยู่ในต่างถิ่นของคนชาติของรัฐผู้ส่ง และบทบาทหน้าที่ของกงสุลก็ยิ่งเติบโตขึ้น โดยทุกวันนี้จะเห็นได้ว่ามีกงสุลประจำอยู่ในเมืองใหญ่ๆ ทั่วทุกมุมโลก⁷⁸

ในสมัยยุคกรีกมีพัฒนาการที่เกี่ยวกับระบบกงสุล โดยการแต่งตั้งตำแหน่ง *prostates* และตำแหน่ง *proxenos* ซึ่งถือว่าเป็นผู้บุกเบิกกงสุลในยุคปัจจุบัน ซึ่งตำแหน่ง *prostates* จะเลือกโดยชาวอาณานิคมกรีกที่อาศัยอยู่นอกกรีกเพื่อทำหน้าที่เป็นคนกลางในเรื่องกฎหมายและเรื่องความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างประเทศอาณานิคมของกรีกกับรัฐบาลท้องถิ่น โดยในศตวรรษที่ 6 ก่อนคริสตกาลตำแหน่งนี้ได้ปรากฏที่อียิปต์และอินเดียเช่นเดียวกัน⁷⁹

หลังจากนั้น ในช่วง 1,000 ปีก่อนเริ่มคริสต์ศักราช ตำแหน่ง *proxenoi* ได้รับมอบหมายงานในกรีกเพื่อดูแลผลประโยชน์ของรัฐ โดยมีหน้าที่รับผิดชอบทางการเมืองมากกว่าด้านการค้า ซึ่งก็เหมือนกับกงสุลในสมัยปัจจุบันที่ถูกเลือกมาจากรัฐผู้รับเพื่อทำหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐ โดยกงสุลจะทำหน้าที่บริการคนชาติของรัฐที่ตนเป็นตัวแทนอยู่ ทั้งให้ความคุ้มครอง ความปลอดภัยจากการกักขังรวมทั้งเรื่องสินค้าด้วย⁸⁰

คำว่า “กงสุล” ยังไม่ได้ถูกนำมาใช้จนถึงยุคโรมัน ซึ่งคำว่า นี้ โดยดั้งเดิมแล้วเป็นแค่การกล่าวถึงหัวหน้าพนักงานผู้ทำหน้าที่ปกครองที่ได้รับมอบหมายหน้าที่ในทางตอนใต้ของยุโรปเท่านั้น แต่พอเริ่มศตวรรษที่ 11 คำนิยามจึงได้ขยายขอบเขตไปถึงพนักงานผู้ทำหน้าที่ปกครองที่ถูกส่งไปยังรัฐต่างประเทศด้วย เนื่องจากการค้าระหว่างรัฐที่เพิ่มมากขึ้น รัฐทั้งหลายจึงเริ่มส่งคนชาติของตนไปยังรัฐอื่นเพื่อตรวจตราการค้าของตน รวมทั้งปกป้องผลประโยชน์ของคนชาติและพิจารณาข้อพิพาทระหว่างพ่อค้าในรัฐนั้นๆ ด้วย⁸¹

แม้ความสัมพันธ์ทางกงสุลระหว่างรัฐจะก้าวหน้าไปมาก แต่ก็มีอาการอัมพาตจากทางรัฐบาลกลางในการควบคุมโดยตรงเหนือความสัมพันธ์เหล่านั้น ทำให้เกิดความสับสนในเรื่องสถานะของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของกงสุล และในช่วงต้นปี คริสตวรรษที่ 17 บุคคลที่เกี่ยวข้องกับกงสุลก็พยายามให้คำตอบเรื่องเหล่านี้ แต่ในหลายๆ ปัญหาที่ยังไม่ได้รับคำตอบจนถึงศตวรรษที่ 20 ซึ่งในช่วงกลางของคริสตวรรษที่ 20 กฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลก็เกิดขึ้นในรูปสนธิสัญญาสองฝ่ายหลายฉบับและสนธิสัญญาภูมิภาคอีกส่วนหนึ่ง แต่สนธิสัญญาเหล่านี้ยังคงมีส่วนที่ขัดแย้งกันอยู่และไม่ได้มีรูปแบบที่สอดคล้องกันทุกฉบับ แต่อย่างไรก็ตามหลักการส่วนหนึ่งของกงสุลก็เกี่ยวข้องกับกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จนทุกรัฐเห็นร่วมกันว่าควรประมวลกฎหมายจารีต

⁷⁸ Luke T. Lee, *Consular Law and Practice* (Oxford: Clarendon Press, 1991), p. 3.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 4.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*, p. 5.

ประเพณีในส่วนนี้ เพื่อเป็นหลักการพื้นฐานแก่รัฐทุกรัฐ และเพื่อให้กฎหมายว่าด้วยเรื่องกงสุลเป็นไปในทิศทางเดียวกัน จนเกิดมาเป็นอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963⁸²

ดังนั้น ความสัมพันธ์ทางกงสุลเกิดขึ้นมาจากจารีตประเพณี สนธิสัญญา กฎหมายภายในของรัฐ และคำสั่งทางกงสุล กฎหมายจะเกิดขึ้นมาจากเวลาและสถานที่เป็นหลัก ดังนั้นการจะหาคำนิยามที่แน่นอนของกงสุลได้นั้นเป็นเรื่องยาก เพราะบางส่วนก็เกิดจากการประมวลกฎหมายกงสุลจากกรณีเฉพาะหน้าของกงสุล แม้ว่าในการประมวลกฎหมายเกี่ยวกับกงสุลจะมีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องการระบุนามหน้าที่ของกงสุลลงไป แต่ท้ายสุดแล้วก็เห็นควรให้มีการบัญญัติเฉพาะหน้าที่ส่วนที่สำคัญลงไป⁸³

สิทธิหน้าที่ที่สำคัญอย่างหนึ่งของกงสุล คือ สิทธิในการปกป้องคนชาติ ที่ได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายระหว่างประเทศและจากวิธีปฏิบัติของรัฐ โดย Pradier-Fodéré กล่าวว่า “เป็นหน้าที่ของกงสุลที่จะตรวจตราว่าสิทธิของคนชาติของตนได้รับการเคารพในต่างแดนและใช้มาตรการทุกมาตรการที่จำเป็นและเป็นประโยชน์เพื่อให้บรรลุจนถึงที่สุด จากกรณีที่รัฐขยายอำนาจเหนือดินแดนของตนผ่านกงสุล⁸⁴

และอีกหนึ่งประเด็นที่สำคัญคือการติดต่อสื่อสารกับคนชาติที่ถูกคุมขัง เกิดขึ้นจากพลเมืองจำนวนมากท่องเที่ยวในต่างแดน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองของกงสุลตามสิทธิของกงสุลในการได้รับการบอกกล่าวโดยไม่ชักช้าในเรื่องการคุมขังคนชาติของรัฐผู้ส่งเพื่อให้กงสุลเข้าเยี่ยมพวกเขาในที่คุมขังและเข้าช่วยเหลือพวกเขาในเรื่องกฎหมายและเรื่องอื่นๆ ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่จะได้ศึกษากันในหัวข้อถัดไป

การที่กงสุลเข้าถึงคนชาติในที่คุมขังนั้นอาจจะไม่ได้อาศัยฐานตามสนธิสัญญาเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีมารับประกันจากหลัก most-favoured-nation ด้วย

ดังนั้นภาพรวมก่อนที่จะเกิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 สิทธิในการเข้าถึงของกงสุลต่อคนชาติของตนในที่คุมขังนั้นได้รับการยอมรับจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรืออย่างน้อยก็เป็นวิธีปฏิบัติของรัฐโดยไม่ต้องคำนึงว่าสนธิสัญญาจะมีอยู่หรือไม่ก็ตาม จนอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มีผลบังคับใช้เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญอย่างยิ่งในการเข้าถึงของกงสุล เช่น ก่อนที่จะเกิดอนุสัญญากรุงเวียนนา ญี่ปุ่นยอมรับว่ากงสุลมีสิทธิในการเข้าเยี่ยมคนชาติของรัฐผู้ส่งในที่คุมขังตามหลักอัยยาศัยไมตรีระหว่าง

⁸² Ibid., p. 18.

⁸³ Ibid., p. 115.

⁸⁴ Paul Louis Ernest Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public* (8 vols., 1888), IV, p. 555; trans. By Stuart, *Practice*, p. 372. อ้างถึงใน Luke T. Lee, *Consular Law and Practice* (Oxford: Clarendon Press, 1991). P. 124.

ประเทศ (international courtesy) แต่หลังจากที่อนุสัญญากรุงเวียนนามีผลบังคับใช้แล้วญี่ปุ่นก็ได้มีการแก้ไขสถานะของกงสุลตามอนุสัญญากรุงเวียนนา⁸⁵

จากการศึกษาร่างอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลยังกำหนดพันธกรณีที่ยังไม่เหมาะสมนักในส่วนของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับในการบอกกล่าวเจ้าหน้าที่กงสุลโดยไม่ชักช้าในการคุ้มครองคนชาติเดียวกับเจ้าหน้าที่กงสุลภายในเขตนั้น และถึงแม้ตัวแทนของสหรัฐอเมริกากล่าวไว้ในตอนประชุมร่างอนุสัญญาว่า ไม่มีรัฐใดที่จะเพิกเฉยได้ในสถานการณ์ที่ต้องบอกกล่าวกงสุลของรัฐผู้ส่งในเรื่องการจับกุมคนชาติ⁸⁶ ก็ตาม แต่ปัญหาในการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลก็เกิดขึ้นจากสหรัฐอเมริกาอยู่ดี

ดังนั้น จุดประสงค์ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เป็นข้อตกลงในเรื่องความสัมพันธ์ทางกงสุล โดยรัฐที่ได้ลงนามในอนุสัญญา มีความเชื่อว่าอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความสัมพันธ์ เอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุลก่อให้เกิดการพัฒนาของความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างรัฐต่างๆ โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายหรือระบบสังคม มาตรา 5 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 กำหนดหน้าที่ของกงสุล ซึ่งรวมถึง การช่วยเหลือคนชาติของตนที่อยู่ในดินแดนของรัฐผู้รับ เพราะรัฐทั้งหลายต่างก็ยอมรับว่าเรื่องการปกป้องคนชาติของรัฐผู้ส่งเป็นหนึ่งในหน้าที่ที่มีความสำคัญที่สุดของกงสุล และการติดต่อสื่อสารกับคนชาติต้องมีความเป็นอิสระในดินแดนของรัฐผู้รับด้วย

2.4.2 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 ว่าด้วยการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง

ความรับผิดชอบของรัฐจากการละเมิดอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 ว่าด้วยการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง

มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 บัญญัติว่า

“1. เพื่ออำนวยความสะดวกแก่การปฏิบัติหน้าที่ทางกงสุลในส่วนเกี่ยวกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง

(ก) เจ้าพนักงานกงสุลจะมีเสรีภาพที่จะสื่อสารและเข้าถึงคนชาติของรัฐผู้ส่ง คนชาติของรัฐผู้ส่งจะมีเสรีภาพเช่นเดียวกันในส่วนที่เกี่ยวกับการสื่อสารและการเข้าถึงเจ้าพนักงานกงสุลของรัฐผู้ส่ง

(ข) ถ้าคนชาติของรัฐผู้ส่งร้องขอ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้รับจะต้องแจ้งให้สถานทำการทางกงสุลของรัฐผู้ส่งทราบโดยไม่ชักช้า ถ้าคนชาติของรัฐนั้นถูกจับกุม หรือถูกขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดี หรือถูกกักขังในลักษณะอื่นใดภายในเขตกงสุล การสื่อสารใดที่มีถึงสถานทำการทางกงสุลโดยบุคคลที่ถูกจับกุมที่อยู่ในเรือนจำ ที่ถูกควบคุม หรือ ที่ถูก

⁸⁵ Luke T. Lee, *Consular Law and Practice*, p. 138.

⁸⁶ UN Doc. A/CONF.25/c.2/SR.16, 15 Mar. 1963, p.10; Vienna, off. Rec., 337.

กักขังนั้น เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องส่งต่อไปโดยไม่ชักช้าด้วย เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทราบโดยไม่ชักช้าถึงสิทธิของบุคคลผู้นั้นตามอนุวรรคนี้

(ค) เจ้าพนักงานกงสุลมีสิทธิเข้าเยี่ยมคนชาติของรัฐผู้ส่งซึ่งอยู่ในเรือนจำ ถูกควบคุมหรือถูกกักขัง สนทนาและติดต่อทางหนังสือกับคนชาติดังกล่าว และจัดให้มีผู้แทนทางกฎหมายของบุคคลเช่นว่านี้ เจ้าพนักงานกงสุล มีสิทธิเข้าเยี่ยมคนชาติของรัฐผู้ส่งคนใดซึ่งอยู่ในเรือนจำ ถูกควบคุม หรือ ถูกกักขังในเขตของตนตามคำพิพากษาของศาลด้วยอย่างไรก็ตาม เจ้าพนักงานกงสุลต้องงดเว้นการดำเนินการแทนคนชาติซึ่งอยู่ในเรือนจำ ถูกควบคุม หรือถูกกักขัง ถ้าคนชาติผู้นั้นคัดค้านการกระทำเช่นว่านั้นโดยชัดแจ้ง

2. สิทธิที่อ้างถึงในวรรค 1 ของข้อนี้ จะต้องใช้ให้สอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ ภายใต้เงื่อนไขว่ากฎหมายและข้อบังคับดังกล่าวต้องให้ผลอย่างเต็มที่ต่อความมุ่งประสงค์ที่ได้มุ่งประสาทสิทธิไว้ตาม ข้อนี้”*

มาตรา 36 (1)(a) บัญญัติให้เสรีภาพการสื่อสารระหว่างคนต่างสัญชาติที่ยังไม่ถูกคุมขังและเจ้าหน้าที่กงสุล มาตรา 36 (1)(b) บัญญัติในเรื่องสิทธิของปัจเจกบุคคลผู้ถูกคุมขังในขณะที่อยู่ต่างประเทศ ต่อเมื่อบุคคลต่างสัญชาตินั้นร้องขอ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้รับต้องบอกกล่าวแก่สถานกงสุลของผู้ถูกคุมขังนั้น ซึ่งอนุมาตรานี้เน้นย้ำถึงความสำคัญของคนต่างสัญชาติผู้ถูกคุมขังถึงการได้รับทราบสิทธิของเขาโดยปราศจากความล่าช้า และสถานทำการทางกงสุลก็ได้รับทราบการคุมขังนั้นโดยปราศจากความล่าช้าเช่นเดียวกัน เห็นได้ว่ามาตรา 36 (1)(b) มีความพิเศษคือ กล่าวถึงทั้งสิทธิของปัจเจกบุคคลและสิทธิของรัฐในมาตราเดียวกัน โดยเป็นการเชื่อมโยงซึ่งกันและกัน ดังนั้นหาก

* Article 36 of Vienna Convention 1963

“1. With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State:

(a) consular officers shall be free to communicate with nationals of the sending State and to have access to them. Nationals of the sending State shall have the same freedom with respect to communication with and access to consular officers of the sending State;

(b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph;

(c) consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation. They shall also have the right to visit any national of the sending State who is in prison, custody or detention in their district in pursuance of a judgement. Nevertheless, consular officers shall refrain from taking action on behalf of a national who is in prison, custody or detention if he expressly opposes such action.

2. 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.

ละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลแล้วก็จะไปกระทบสิทธิของรัฐด้วย และเช่นเดียวกันหากละเมิดสิทธิของรัฐภายใต้มาตรานี้ก็จะไปกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลด้วยเช่นเดียวกัน

มาตรา 36 (1)(c) มีการกล่าวถึงเป็นพิเศษว่าเจ้าหน้าที่กงสุลมีสิทธิติดต่อสื่อสารกับบุคคลที่ถูกคุมขังที่เป็นสัญชาติของรัฐผู้ส่ง และเพื่อเตรียมการให้มีผู้แทนทางกฎหมายของผู้ถูกคุมขังนั้น ดังนั้นเพื่อให้มีการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศเหล่านี้ในระดับภายในรัฐ มาตรา 36 (2) กล่าวถึงสิทธิที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นต้องทำให้สอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านั้นต้องสามารถใช้อย่างมีประสิทธิภาพตามจุดประสงค์ของมาตรา 36 (1)

มาตรา 36 โดยรวมแล้วกล่าวว่า ไม่ว่าเมื่อใดก็ตามที่คนชาติของรัฐผู้ส่งถูกจับกุมหรือถูกคุมขังในคดีอาญาไม่ว่าด้วยวิธีการใดก็ตาม รัฐที่จับกุมซึ่งตามอนุสัญญาใช้คำว่ารัฐผู้รับนั้นต้องบอกกล่าวผู้ถูกจับกุมเกี่ยวกับสิทธิของเขาในการติดต่อกับเจ้าหน้าที่กงสุลที่มีสัญชาติเดียวกันกับผู้ถูกคุมขังนั้น ซึ่งในอนุสัญญานี้เรียกว่ารัฐผู้ส่งโดยไม่ชักช้า หลังจากที่ผู้ถูกจับกุมหรือคุมขังได้รับทราบสิทธิของตนแล้ว รัฐผู้รับต้องบอกกล่าวแก่เจ้าหน้าที่กงสุลว่าได้จับกุมหรือคุมขังบุคคลของรัฐผู้ส่ง แต่มีข้อแม้ว่าในส่วนหลังนี้ ผู้ถูกคุมขังได้ร้องขอเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ส่งให้บอกกล่าวแก่เจ้าหน้าที่กงสุลของตนเท่านั้น และหากผู้ถูกคุมขังร้องขอให้บอกกล่าวแล้วรัฐผู้ส่งต้องนำการสื่อสารจากคนชาติของรัฐผู้ส่งนั้นไปยังเจ้าหน้าที่กงสุลโดยไม่ชักช้าเช่นเดียวกัน ซึ่งตามที่กล่าวมาทั้งหมดนี้อยู่ในส่วนของมาตรา 36 (1)(b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา โดยเป็นหน้าที่ของรัฐผู้รับที่ต้องแยกแยะพันธกรณีภายใต้มาตรานี้ออกเป็นสองส่วนด้วยกันคือ ส่วนแรกคือส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนชาติของรัฐผู้ส่งที่ถูกจับกุมหรือคุมขังในคดีอาญาในดินแดนของรัฐผู้รับ ต่อจากนั้นจึงโยงมาถึงส่วนที่สองคือส่วนที่เกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่กงสุลของรัฐผู้ส่งที่ถูกจับกุมหรือคุมขังนั้นเป็นคนชาติของตน

นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่กงสุลของรัฐผู้ส่งยังมีสิทธิในการเข้าเยี่ยมคนชาติในที่คุมขังเพื่อติดต่อและสื่อสารกับคนชาติของตนและเตรียมตัวแทนทางกฎหมายเพื่อใช้ในการต่อสู้คดีในระบบศาลของรัฐผู้รับด้วย

2.4.3 การพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

ก่อนที่จะได้ศึกษาในส่วนของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวินา และบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ในบทที่ 3 นั้น ก่อนหน้านี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยพิจารณาคดีเกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาแล้ว 2 คดี คือ คดี Breard ซึ่งเป็นคดีระหว่างปารากวัยและสหรัฐอเมริกา และคดี LaGrand ระหว่างเยอรมันและสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าทั้ง 3 คดีมีสหรัฐอเมริกาเป็นจำเลยทั้งสิ้น

2.4.3.1 คดี Breard

ในส่วนของคดี Breard นั้นศาลได้มีคำสั่งมาตรการชั่วคราวเพื่อไม่ให้ประหารนาย Breard ก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดเท่านั้น⁸⁷ เพราะหลังจากที่ศาลมีคำสั่งมาตรการไปแล้วนั้น ศาลภายในของสหรัฐอเมริกา ก็มีคำสั่งให้ประหารชีวิตนาย Breard โดยที่ไม่ได้ตอบสนองต่อคำสั่ง มาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเลย และหลังจากนั้นปารากวัยก็ได้ถอนคดีออกจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ทำให้คดีนี้ไม่ได้ให้ประโยชน์แก่หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐเท่าที่ควร

นาย Breard สัญชาติปารากวัย ถูกตัดสินลงโทษประหารชีวิตในปี ค.ศ. 1992 ในคดี ช่มชืดและฆ่าหญิงสาวในมลรัฐเวอร์จิเนีย (Virginia) ในชั้นสืบพยานของศาลชั้นต้นพยานและหลักฐาน ต่างๆผูกมัดนาย Breard ว่าได้กระทำความผิดจริง และนาย Breard ก็ได้ยอมรับว่าได้กระทำความผิด ดังกล่าวจริง⁸⁸ และศาลอุทธรณ์ได้ยืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น และศาลสูงสุดได้ปฏิเสธคำร้อง ขอของนาย Breard ในช่วงเวลาก่อนการประหารนาย Breard ไม่ถึงเดือนนั้น นาย Breard ได้ยื่นคำ ร้องต่อศาลชั้นต้นของรัฐบาลกลาง (The Federal District Court) โดยยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิด อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ขึ้นเป็นครั้งแรกแม้ว่าจะได้ผ่านการ พิจารณาคดีของศาลมลรัฐมาทั้ง 3 ศาลแล้วก็ตาม โดยทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลาง ได้ปฏิเสธคำร้องของนาย Braerd เพราะหลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาความทั่วไป (Procedural Default Rule) ที่ห้ามไม่ให้จำเลยยกข้อต่อสู้หากไม่ได้ยกข้อต่อสู้ขึ้นในศาลกลาง (The State Court) นอกจากนี้ประเทศปารากวัยยังได้ยื่นฟ้องเจ้าหน้าที่มลรัฐเวอร์จิเนียว่าได้กระทำความผิดโดยละเมิด อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในศาลของรัฐบาลกลางอีกด้วย แต่ ทั้งศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลางก็ปฏิเสธคำร้องของปารากวัย⁸⁹

ต่อมาปารากวัยยื่นฟ้องสหรัฐอเมริกาต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และศาล ยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำสั่งมาตรการชั่วคราวว่า “สหรัฐอเมริกาต้องใช้มาตรการทุกมาตรการ เพื่อให้มั่นใจว่านาย Angel Francisco Breard จะไม่ถูกประหารชีวิตจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึง ที่สุด และสหรัฐอเมริกาควรบอกกล่าวต่อศาลว่าถึงมาตรการทุกมาตรการที่ได้กระทำเพื่อให้บรรลุตาม

⁸⁷ International Court of Justice, *Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I. C. J. Reports 1998, p. 258, para. 41. (I. Indicates the following provisional measures: The United States should take all measures at its disposal to ensure that Angel Francisco Breard is not executed pending the final decision in these proceedings, and should inform the Court of all the measures which it has taken in implementation of this Order;

II. *Decides*, that, until the Court has given its final decision, it shall remain seized of the matters which form the subject-matter of this Order.)

⁸⁸ Breard v. Greene, 523 U.S. 371-373 (1998)

⁸⁹ *Ibid.*, at 374.

คำสั่งนี้ด้วย”⁹⁰ นั่นก็คือคำสั่งนี้ห้ามไม่ให้เกิดความเสียหายใดๆเกิดขึ้นแก่นาย Breard จนกว่าศาลจะได้พิจารณาคดีตามเนื้อความในคดีเสร็จสิ้นแล้ว หลังจากนั้นนาย Breard ก็ได้ยื่นคำร้องต่อศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเพื่อให้บังคับตามคำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ⁹¹

ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (The United States Supreme Court) ปฏิเสธคำร้องของทั้งนาย Breard และของรัฐบาลปารากวัย เนื่องจากข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ไม่ได้ยกขึ้นกล่าวในศาลชั้นต้นของมลรัฐ ตามที่หลักเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาคความทั่วไป (procedural default rule) ได้ห้ามไว้ และศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาให้เหตุผลว่าข้อเรียกร้องของ Breard อยู่ภายใต้หลักการบังคับใช้กฎหมายที่ออกมาหลังสุด (Subsequent in time) โดยกฎหมายที่รัฐบาลกลางได้บังคับใช้เป็นกฎหมายหลังจากสนธิสัญญาฉบับใดที่ได้ให้สัตยาบันแล้วมีผลทำให้สนธิสัญญานั้นมีผลเป็นโมฆะเฉพาะในส่วนที่ขัดแย้งกับกฎหมายที่ออกมาทีหลังเท่านั้น⁹² แต่อย่างไรก็ตามศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวว่า คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศควรได้รับการพิจารณาอย่างเคารพ (respectful consideration) โดยในส่วนของผลบังคับของกฎหมายภายในนั้นจะขอกว่าในบทที่ 4

และสิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งในคดีนี้คือ ผู้ว่าการรัฐเวอร์จิเนีย เจมส์ กิลมอร์ (James Gilmore) ปฏิเสธให้นาย Breard ได้รับการบรรเทาโทษและชะลอการประหารชีวิตอีกด้วย โดยให้เหตุผลว่าเพื่อความมั่นคงปลอดภัยและมั่นคงของชีวิตชาวเวอร์จิเนียจากอาชญากรรมโดยอ้างอิงเหตุผลของกระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาที่ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีอำนาจแทรกแซงระบบกระบวนการยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา หลังจากนั้นไม่นานนาย Breard ก็ถูกประหารชีวิต แต่หลังจากนั้น 7 เดือนต่อมาสหรัฐอเมริกาจึงแสดงความเสียใจต่อปารากวัยในการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และรับประกันว่าจะปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ปารากวัยก็ได้ถอนคดีออกจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการแสดงความมั่นใจต่อสหรัฐอเมริกามาก แต่จนมาถึงคดีอาวินาก็แสดงให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาก็ยังคงมีการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาอยู่

การที่ปารากวัยถอนฟ้องจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ สาเหตุหนึ่งมาจากการชดเชยค่าเสียหายเป็นเงินจำนวนหนึ่งจากสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นวิธีการนอกศาล ที่ปารากวัยก็ยินดีรับการเยียวยานอกศาลจากสหรัฐอเมริกานั้น เนื่องจากไม่มีวิธีการเยียวยาความเสียหายที่ดีไปกว่าวิธีนี้แล้ว เพราะคนชาติปารากวัยได้เสียชีวิตลงจึงทำให้ไม่สามารถเยียวยาโดยวิธีการอื่นได้อีก

⁹⁰ I.C.J. Reports 1998, para 258.

⁹¹ Ibid., at 374.

⁹² Ibid., at 375.

ตารางที่ 1 สรุปประเด็นในคดีเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล (คดีระหว่าง
ปารากวัยและสหรัฐอเมริกา)

ปารากวัย	คำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศ
ปารากวัยยื่นฟ้องสหรัฐอเมริกาต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยกล่าวหาสหรัฐอเมริกาว่าละเมิดสิทธิทางกงสุลโดยไม่แจ้งสิทธิแก่นาย Breard	สหรัฐอเมริกาต้องใช้มาตรการทุกมาตรการเพื่อให้มั่นใจว่านาย Angel Francisco Breard จะไม่ถูกประหารชีวิตจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด และสหรัฐอเมริกาควรบอกกล่าวต่อศาลถึงมาตรการทุกมาตรการที่ได้กระทำเพื่อให้บรรลุผลตามคำสั่ง โดย(ศาลมีคะแนนเป็นเอกฉันท์)

2.4.3.2 คดี LaGrand

ต่อมาในคดี LaGrand อันได้แก่นาย Walter LaGrand และนาย Karl LaGrand เป็นอีกหนึ่งคดีที่มีการละเมิดสิทธิภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 พวกเขาถูกดำเนินคดีในข้อหาพยายามปล้นธนาคารในมลรัฐอาร์โซนา และยังลักพาตัวผู้จัดการธนาคารและพนักงานธนาคารไปด้วย แต่หลังรู้ว่าผู้จัดการธนาคารไม่สามารถเปิดห้องนิรภัยของธนาคารได้เพราะเขามิรหัสแค่เพียงครั้งเดียวเท่านั้น สองพี่น้องจับพวกเขามัดมือและแทงพวกเขาทั้งหมดก่อนหลบหนีไป ต่อมาผู้จัดการธนาคารเสียชีวิตจากการแทงถึง 24 แผล คณะลูกขุนได้ตัดสินว่าสองพี่น้องมีความผิดฐานเป็นอาชญากรหมายเลขหนึ่งและตัดสินลงโทษประหารชีวิตพวกเขา ในปี ค.ศ. 1984⁹³

นาย Walter LaGrand และนาย Karl LaGrand เกิดในเยอรมันในปีค.ศ. 1962 และ ปี ค.ศ. 1963 ตามลำดับ ทั้งสองจึงมีสัญชาติเยอรมัน เมื่อทั้งคู่ยังเด็กนั้น แม่ของพวกเขาได้พาพวกเขาย้ายไปอาศัยอยู่ในสหรัฐอเมริกาอย่างถาวร ซึ่งพวกเขากลับมาที่เยอรมันเพียงครั้งเดียวในช่วงปี ค.ศ. 1974 ถึงแม้ว่าพวกเขาจะอาศัยอยู่ในสหรัฐอเมริกาเป็นส่วนใหญ่และเป็นบุตรบุญธรรมของคนสัญชาติอเมริกันก็ตาม พวกเขาทั้งคู่ก็ยังคงมีสัญชาติเยอรมันตลอดเวลา และไม่เคยร้องขอให้แปลงสัญชาติเป็นคนสัญชาติอเมริกันเลย

ข้อเท็จจริงในคดีนี้เจ้าหน้าที่ของมลรัฐอาร์โซนาไม่ได้แจ้งสิทธิภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แก่สองพี่น้อง LaGrand เลยในระหว่างที่พวกเขาถูกคุมขังหรือในระหว่างการดำเนินคดี จนเวลาผ่านไปเกือบ 15 ปีหลังจากการจับกุมแล้ว เจ้าหน้าที่จึง

⁹³ State v. LaGrand, 734 P.2d 563-567 (1987).

ได้แจ้งสิทธิทางกงสุลแก่สองพี่น้อง LaGrand ในปี ค.ศ. 1998⁹⁴ หลังจากนั้นสองพี่น้อง LaGrand จึงได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลางเขตที่ 9 ซึ่งได้ยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ขึ้นเป็นครั้งแรก แต่ศาลก็ปฏิเสธคำร้องนั้นด้วยเห็นว่าข้อต่อสู้นั้นไม่ได้ยกขึ้นในกระบวนการพิจารณาของศาลชั้นต้นของมลรัฐ จึงต้องห้ามยกขึ้นกล่าวอ้างในศาลชั้นอุทธรณ์ของรัฐบาลกลาง⁹⁵ ต่อมา นาย Karl LaGrand ถูกประหารชีวิตในวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1999 แม้ว่าสำนักงานอัยการมลรัฐแอริโซนาจะรู้ว่าสองพี่น้อง LaGrand มีสัญชาติเยอรมันตั้งแต่ปี ค.ศ. 1982 แล้วก็ตาม และถึงแม้ว่ารัฐบาลเยอรมันได้ร้องขอการบรรเทาโทษและใช้ช่องทางทางทูตแล้วก็ตาม

หลังจากความพยายามในการใช้วิธีการทางทูตขั้นสูงของเยอรมันแต่ไม่ประสบความสำเร็จ เยอรมันก็ได้ยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1999 ซึ่งเป็นวันเดียวก่อนที่นาย Walter LaGrand จะถูกประหารชีวิต โดยเยอรมันร้องขอให้ศาลมีคำสั่งมาตรการชั่วคราวเพื่อระงับการประหารชีวิตนาย Walter LaGrand ไว้ก่อน ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็มีมติเป็นเอกฉันท์ห้ามสหรัฐอเมริการะงับการประหารชีวิตนาย Walter LaGrand จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำสั่งมาตรการชั่วคราวว่า

“สหรัฐอเมริกาต้องใช้ทุกมาตรการเพื่อให้มั่นใจว่านาย Walter LaGrand จะไม่ถูกประหารชีวิต จนกว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดตามกระบวนการในศาลนี้ และสหรัฐอเมริกาต้องบอกกล่าวศาลในเรื่องมาตรการทั้งหมดที่ได้กระทำเพื่อให้คำสั่งของศาลเป็นผล”⁹⁶

หลังจากนั้นเยอรมันก็ได้อาศัยคำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยื่นต่อศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเพื่อให้บังคับตามคำสั่ง แต่ศาลสูงสุดปฏิเสธคำร้องขอของเยอรมันเนื่องจากยื่นมาในเวลาที่ยาวเกินไป เพราะยื่นก่อนที่นาย Walter LaGrand จะถูกประหารชีวิตเพียง 2 ชั่วโมงเท่านั้น ซึ่งนาย Walter LaGrand ถูกประหารชีวิตในวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1999

⁹⁴ I.C.J. Report 2001, para. 478.

⁹⁵ LaGrand v. Stewart, 133 F.3d 1253, 1261 (9th Cir)

⁹⁶ International Court of Justice, *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, p. 16, para. 29.

(i. *Indicates* the following provisional measures:

(a) The United States of America should take all measures at its disposal to ensure that Walter LaGrand is not executed pending the final decision in these proceedings, and should inform the Court of all the measures which it has taken in implementation of this Order;

(b) The Government of the United States of America should transmit this Order to the Governor of the State of Arizona.

II. *Decides* that, until the Court has given its final decision, it shall remain seized of the matters which form the subject-matter of this Order.)

องค์ประกอบความผิดจากการที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดี LaGrand ได้พิจารณานั้นจะได้พิจารณาในหัวข้อถัดไป

2.4.3.2.1 ความรับผิดชอบของรัฐจากการไม่แจ้งให้คนชาติของรัฐผู้ส่งที่ถูกดำเนินคดีอาญาทราบถึงสิทธิทางกงสุลโดยไม่ชักช้า

สหรัฐอเมริกาเป็นรัฐภาคีหนึ่งของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 จึงมีพันธกรณีภายใต้อนุสัญญานี้เพื่อดำเนินการตามความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ โดยเฉพาะในเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่งของกงสุล ซึ่งสหรัฐอเมริกากระทำผิดโดยการไม่แจ้งสิทธิทางกงสุลแก่สองพี่น้อง LaGrand ว่าพวกเขามีสิทธิในการติดต่อกับกงสุล เพื่อขอความช่วยเหลือในด้านการส่งตัวแทนทางกฎหมายมาช่วยดำเนินคดีในศาลภายในของสหรัฐอเมริกา ซึ่งกว่าสองพี่น้อง LaGrand จะรับรู้ถึงสิทธิทางกงสุลของพวกเขาได้นั้นเวลาก็ผ่านมาถึง 14 ปี ซึ่งองค์ประกอบหนึ่งของการแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่ผู้ต้องหานั้น ตามถ้อยคำของอนุสัญญากำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับต้องแจ้งโดยไม่ชักช้า แต่เมื่อมาพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีนี้แล้วเวลา 14 ปีนั้นเป็นเวลาที่ผ่านมานานมาก ทำให้ผู้ต้องหาเสียหายจากการไม่ได้รับสิทธิตามอนุสัญญาเท่าที่ควรจะเป็น

2.4.3.2.2 ความรับผิดชอบของรัฐจากการไม่แจ้งให้สถานทำการทางกงสุลของรัฐผู้ส่งทราบโดยไม่ชักช้า

องค์ประกอบข้อนี้ต่อเนื่องจากหัวข้อก่อนหน้า เมื่อสหรัฐอเมริกาไม่แจ้งสิทธิทางกงสุลแก่ผู้ต้องหาชาวเยอรมันแล้ว จึงทำให้สถานทำการทางกงสุลไม่รับทราบว่าผู้ต้องหาสัญชาติของตนถูกจับกุมหรือคุมขังในสหรัฐอเมริกา ผลต่อมาก็คือกงสุลไม่อาจเข้าไปช่วยเหลือในด้านต่างๆในการดำเนินคดีได้

ตารางที่ 2 สรุปคำตัดสินคดี LaGrand

ประเด็น	ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
1. เขตอำนาจของศาล	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 14 ต่อ 1 เสียง พบว่าศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีนี้ตามมาตรา 1 แห่งพิธีสารเลือกรับเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963
2. การรับฟังคำฟ้อง	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 13 ต่อ 1 เสียง พบว่าคำ

	ฟ้องของเยอรมันนั้นสามารถรับฟังได้
3. การละเมิดพันธกรณีโดยการไม่บอกกล่าวสิทธิทางกงสุลแก่คนชาติเยอรมัน	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 14 ต่อ 1 เสียง พบว่าการไม่บอกกล่าวนาย Karl และนาย Walter LaGrand ตามสิทธิของเขาภายใต้มาตรา 36 โดยไม่ชักช้าหลังจากที่ได้มีการจับกุมไปแล้วนั้น เป็นการขัดขวางเยอรมันในการเข้าให้ความช่วยเหลือคนชาติได้อย่างทันท่วงที ดังนั้นสหรัฐอเมริกาจึงละเมิดมาตรา 36 (1) ในเรื่องการติดต่อสื่อสารของกงสุลกับคนชาติ
4. การพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 14 ต่อ 1 เสียง พบว่าการที่สหรัฐอเมริกาไม่มีการทบทวนและพิจารณาคำพิพากษาและการลงโทษสองพี่น้อง LaGrand ใหม่ ดังนั้นสหรัฐอเมริกาจึงละเมิดพันธกรณีต่อเยอรมันและต่อสองพี่น้อง LaGrand ภายใต้มาตรา 36 (2)
5. คำสั่งมาตรการชั่วคราว	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 13 ต่อ 2 เสียง พบว่าจากการประหารนาย Walter LaGrand ในระหว่างที่ศาลยังพิจารณาคดีอยู่นั้น สหรัฐอเมริกาจึงละเมิดคำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลที่ให้ไว้ ณ วันที่ 3 มีนาคม 1999
6. การรับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำ	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์ว่าสหรัฐอเมริกาต้องทำให้เยอรมันมั่นใจว่าจะไม่มีการกระทำผิดซ้ำอีก
7. การพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่แก่คนชาติเยอรมัน	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 14 ต่อ 1 เสียง พบว่าสหรัฐอเมริกามีทางเลือกโดยสามารถใช้วิธีการที่ตนได้เลือกนั้น โดยให้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่โดยต้องคำนึงถึงการละเมิดอนุสัญญาแก่คนชาติเยอรมัน

2.5 ผลทางกฎหมายของการกระทำผิดของรัฐในทางระหว่างประเทศ

เมื่อรัฐมีความรับผิดชอบจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศไปแล้ว ในขั้นต่อมาก็คือการพิจารณาว่ารัฐนั้นจะต้องรับผิดชอบอย่างไรจากการทำละเมิด ซึ่งจะได้พิจารณารายละเอียดดังต่อไปนี้

2.5.1 การหยุดการกระทำและการไม่กระทำซ้ำ

มาตรา 30 ของร่างบทมาตราของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 ได้บัญญัติถึงการยุติการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศและไม่กระทำซ้ำไว้ว่า

ความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศคือการอยู่ภายใต้หน้าที่ดังนี้

(a) ยุติการกระทำนั้น ถ้ายังมีการกระทำนั้นอย่างต่อเนื่อง

(b) เสนอการยืนยันหรือหลักประกันที่เหมาะสมในการที่จะไม่กระทำซ้ำอีก ถ้าเป็นที่ต้องการในสถานการณ์นั้นแล้ว” *

ความรับผิดชอบของรัฐเมื่อได้กระทำผิดในทางระหว่างประเทศก็ต้องอยู่ภายใต้พันธกรณีที่จะต้องหยุดการกระทำที่เป็นความผิดนั้นโดยทันที แต่ถ้าหากยังคงกระทำผิดต่อไปอีกและถูกร้องขอให้รับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำอีก⁹⁷ โดยในส่วนของมาตรา 30 ได้กล่าวถึงผลทางกฎหมายไว้ 2 ประการคือ การยุติการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ และการรับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำอีก ซึ่งทั้งการยุติการกระทำและการรับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำอีกต่างก็กระทำเพื่อการกลับสภาพเดิมและฟื้นฟูความสัมพันธ์ทางกฎหมายจากการละเมิดที่เกิดขึ้น ถึงแม้เรื่องการชดใช้ความเสียหายจะสำคัญ แต่ลำดับความสำคัญประการแรกย่อมอยู่ที่การหลีกเลี่ยงมิให้การกระทำผิดนั้นก่อให้เกิดผลเสียหายต่อไป กล่าวคือต้องให้การกระทำผิดยุติลง มาตรา 41 ของร่างบทมาตราบัญญัติให้รัฐทั้งปวงซึ่งการกระทำถือเป็นการกระทำที่ผิดในทางระหว่างประเทศที่มีลักษณะต่อเนื่องต้องยุติการกระทำเช่นนั้น ซึ่งเท่ากับเป็นการทวนหลักการพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศ ให้รัฐต้องเคารพกฎหมาย ไม่ว่าจะการกระทำผิดจะมีลักษณะต่อเนื่องหรือสิ้นสุดเด็ดขาดไปก็ตาม มาตรา 46 ของร่างบทมาตรากำหนดให้รัฐมีสิทธิที่จะเรียกร้องจากรัฐผู้รับผิดชอบให้รับประกันหรือมอบหลักประกันแห่งการไม่กระทำซ้ำขึ้นอีก พันธกรณีดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่ถือได้ว่าเป็นพัฒนาการก้าวหน้าของกฎหมายระหว่างประเทศที่ยังมีได้เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้ร่างมิได้มีการให้ความชัดเจนหรือรายละเอียดแต่อย่างใดในส่วนที่เกี่ยวกับลักษณะของหลักประกัน และสภาพการณ์ที่รัฐผู้เสียหายจะเรียกร้องได้

2.5.2 การชดเชยความเสียหาย

* Article 30

“The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation:

(a) to cease that act, if it is continuing;

(b) to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require.”

⁹⁷ Malcolm N. Shaw, *International Law Fifth Edition* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2003).

มาตรา 31 แห่งร่างบทมาตราของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ค.ศ. 2001 ได้กำหนดเรื่องการชดเชยความเสียหายไว้ โดยบัญญัติว่า

“1. รัฐที่มีความรับผิดชอบอยู่ภายใต้พันธกรณีชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนเพื่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำผิด

2. ความเสียหาย หมายถึง การได้รับความเสียหาย ไม่ว่าจะทางร่างกายหรือจิตใจ ที่เกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐ”^{*}

หลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐรับรองว่าเมื่อมีการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศแล้ว รัฐผู้ทำการละเมิดมีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่รัฐผู้เสียหาย^{**} และความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศยังเห็นพ้องกันว่า การละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศก่อให้เกิดหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่รัฐผู้เสียหาย แน่แน่นอนว่าแนวคิดในเรื่องการชดใช้ค่าเสียหายและการกลับคืนสู่สภาพเดิมจากการกระทำผิดเป็นแนวคิดที่ปรากฏมาอย่างยาวนานในยุโรป และนักเขียนสมัยคลาสสิกเช่นโกรเซียส⁹⁸

ความหมายของการชดเชยความเสียหายก็คือ การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมดังที่เคยเป็นอยู่ แต่ถ้าหากกลับคืนสู่สภาพเดิมไม่ได้ ก็ให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ว่าด้วยสิ่งของหรือเงิน⁹⁹

ดังนั้น การชดเชยความเสียหายเกิดจากการที่รัฐละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลบล้างผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดกฎหมายทุกประการให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อให้รัฐผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนที่จะได้รับความเสียหาย (status qua ante) โดยรัฐนั้นต้องชดเชยความเสียหายเต็มจำนวนซึ่งเป็นพันธกรณีขั้นที่สองของความรับผิดชอบของรัฐ¹⁰⁰ ส่วนจะชดใช้ค่าเสียหายด้วยวิธีการใดนั้นขึ้นอยู่กับว่าความเสียหายที่รัฐได้รับเป็นความเสียหายแบบใด กล่าวคือเป็นความเสียหายทางวัตถุหรือเป็นความเสียหายทางจิตใจ เนื่องจากรูปแบบการชดใช้ค่าเสียหายนั้นไม่เหมือนกัน

^{*} Article 31 of Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001

“1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act.

2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State.”

^{**} หลักกฎหมายข้อนี้ได้รับการยืนยันในคดี Chorow Factory case ค.ศ. 1928 ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศรัสเซียกับตุรกี โดยศาลประจายติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่า “เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศว่าการละเมิดข้อผูกพัน (หรือพันธกรณี) นำมาซึ่งหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายอย่างเพียงพอ หากการชดใช้ความเสียหายด้วยสิ่งเดียวกันไม่อาจเป็นไปได้ก็ให้ชดใช้ด้วยเงินตราจำนวนเท่ากันกับมูลค่าซึ่งจะต้องชดใช้ด้วยสิ่งเดียวกัน”

⁹⁸ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 421.

⁹⁹ Rebecca Wallace. *International Law in a Nutshell First Edition* (London: Sweet & Maxwell, 2006), p. 76.

¹⁰⁰ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, p. 91, para. 1.

2.5.2.1 รูปแบบของการชดเชยความเสียหาย

รูปแบบของการชดเชยค่าเสียหายปรากฏในมาตรา 34 แห่งร่างบทมาตราของ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ โดยกล่าวว่า “การชดเชยเต็มจำนวนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยการกระทำความผิดระหว่างประเทศ โดยต้องกระทำในรูปแบบของการกลับคืนสู่สภาพเดิม การชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และความพึงพอใจ ไม่ว่าจะด้วยวิธีเดียวหรือผสมกัน...”*

2.5.2.1.1 การกลับคืนสู่สถานะเดิม

วัตถุประสงค์หลักของการชดเชยความเสียหาย คือ การทำให้รัฐผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ ดังนั้นเมื่อรัฐเสียหายอย่างไร รัฐที่กระทำละเมิดก็จะต้องชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งเดียวกันที่เรียกว่า restitution in integrum การชดใช้ด้วยวิธีนี้ได้นิยมทำกันมากในกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินที่เป็นคนต่างด้าว ข้อพิพาทส่วนใหญ่เกิดขึ้นจากการเวนคืนทรัพย์สินที่ผิดกฎหมายรวมทั้งการยึดเรือหรือทรัพย์สินอย่างอื่น ตัวอย่างของการชดใช้ค่าเสียหายแบบ restitution in integrum เช่น การคืนดินแดนที่ครอบครองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีการส่งตัวบุคคลที่ถูกลักพาตัวคืนให้แก่รัฐเจ้าของสัญชาติที่แท้จริงด้วย หรือในกรณีที่มีการละเมิดอธิปไตยก็เรียกร้องให้หยุดการละเมิดอธิปไตยของรัฐผู้เสียหาย

การชดใช้ค่าเสียหายแบบ restitution in integrum เป็นการชดใช้ค่าเสียหายที่ตรงกับวัตถุประสงค์ที่จะให้รัฐผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเดิมให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เป็นการชำระหนี้ตามสภาพหนี้ตัวเอง เพียงแต่มีเงื่อนไขว่าการชดใช้ค่าเสียหายจะต้องเปิดช่องทางบังคับให้กระทำได้

2.5.2.1.2 การชดใช้ค่าเสียหาย

เมื่อการเยียวยาความเสียหายแบบ restitution in integrum ไม่สามารถกระทำได้ ก็ต้องมีการชดใช้ค่าเสียหายในรูปของจำนวนเงิน แม้ว่าการชดใช้ค่าเสียหายแบบ restitution in integrum จะเป็นรูปแบบพื้นฐานของการชดใช้ค่าเสียหายก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ข้อพิพาทส่วนใหญ่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายในรูปของจำนวนเงิน (monetary compensation) เพราะเหตุว่าการชดใช้ค่าเสียหายในรูปของจำนวนเงินเป็นรูปแบบการชดใช้ค่าเสียหายที่ปกติธรรมดาที่สุด และหลายครั้งที่ไม่อาจชดใช้ค่าเสียหายด้วยสิ่งของเดียวกันได้ เช่น กรณีที่ทรัพย์สินถูกทำลาย

* Article 34 of Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001 “Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter”

ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือสูญหาย เป็นต้น การชดใช้ค่าเสียหายแบบนี้มีที่มาในทางประวัติศาสตร์ ตั้งแต่สมัยของฮูโก โกรเซียส โดยโกรเซียสได้กล่าวว่า เงินคือ สิ่งที่ใช้วัดมูลค่าของสิ่งของ ดังนั้น เงินจึงถูกใช้เป็นเครื่องทดแทนความเสียหาย โดยคำนวณออกมาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นสามารถประเมินออกมาเป็นจำนวนเงินเท่าใด ก็ให้รัฐผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินเท่ากับ ความเสียหายที่แท้จริง นอกจากนี้แล้วการเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีของการสูญเสยกำไรหรือผลประโยชน์ต่างๆที่ควรจะได้เรียกว่า “*lucrum cessans*” (loss of profit) นั้น กฎหมายระหว่างประเทศรับรองว่ารัฐผู้เสียหายสามารถเรียกร้องได้ หากว่าการสูญเสยกำไรนั้นเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำละเมิดระหว่างประเทศ และต้องไม่มีลักษณะไกลเกินกว่าเหตุหรือเป็นเพียงความคาดหมายที่ไกลเกินไป ซึ่งเป็นไปตามหลักความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผลระหว่างความผิดกับความเสียหายที่เกิดขึ้น

2.5.2.1.3 การทำให้พอใจ

การทำให้พอใจเป็นมาตรการหนึ่งที่รัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศมีหน้าที่ผูกพันภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีหรือภายใต้ข้อตกลงระหว่างคู่ความในข้อพิพาทต่างหาก จากการกลับคืนสู่สถานะเดิมหรือการชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงิน ซึ่งการทำให้พอใจก็เป็นการชดใช้ค่าเสียหายอย่างหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตามการที่จะแยกความแตกต่างระหว่างการทำให้พอใจเกี่ยวกับตัวเงิน กับการชดใช้ค่าเสียหายเป็นตัวเงินในกรณีที่มีการละเมิดพันธกรณีแต่ไม่ได้ทำให้มีการตายหรือทำให้บุคคลได้รับบาดเจ็บ หรือทรัพย์สินได้รับความเสียหาย หากจะพิจารณาถึงความแตกต่างแล้วก็ต้องพิจารณาถึงข้อเรียกร้องของการเยียวานนั้น หากว่าข้อเรียกร้องมีเพื่อต้องการให้รัฐที่ละเมิดนั้นแสดงความเสียใจและยอมรับว่าได้กระทำความผิด เรื่องนี้ก็เป็นการทำให้พอใจ โดยหลักแล้วการทำให้พอใจมีอยู่ด้วยกันสามวิธีคือ ซึ่งจะมีระดับที่เพิ่มขึ้นไปเรื่อยๆคือ การขอโทษ (apologies) หรือการยอมรับว่ากระทำผิดโดยวิธีการอื่น เช่น การแสดงความเคารพต่อธงชาติ ขึ้นต่อมาคือการลงโทษปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้อง และการใช้มาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นอีก¹⁰¹

ในกรณีที่รัฐได้รับความเสียหายที่มีอาจคำนวณเป็นตัวเงินได้ เช่น ได้รับการดูหมิ่นเหยียดหยามศักดิ์ศรีของประเทศ การที่ตัวแทนทางการทูตหรือสถานทูตถูกละเมิด ธงชาติถูกเผา หรือการละเมิดอำนาจอธิปไตย เป็นต้น ความเสียหายเหล่านี้เป็นความเสียหายทางจิตใจ มิใช่เป็นความเสียหายทางวัตถุ จึงไม่อาจทำการชดใช้ค่าเสียหายด้วยวิธีการชดใช้ด้วยสิ่งของเดียวกัน หรือชดใช้ค่าเสียหายในรูปของจำนวนเงินได้ กฎหมายระหว่างประเทศได้รับการรับรองให้มีการชดใช้ค่าเสียหายอีกวิธีหนึ่งเรียกว่า การกระทำให้พึงพอใจ (satisfaction) โดยรูปแบบของการทำให้พึงพอใจ โดย

¹⁰¹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 444.

รูปแบบของการทำให้พึงพอใจนั้นมีด้วยกันได้หลายรูปแบบขึ้นอยู่กับความเสียหายที่รัฐได้รับโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชื่อเสียงหรือเกียรติภูมิของรัฐให้กลับคืนมาดังเดิม

สำหรับในคดี Breard แม้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะไม่ได้พิจารณาในประเด็นเรื่องการเยียวยา แต่หลังจากที่สหรัฐอเมริกาได้ประหารชีวิตนาย Breard ไปแล้วนั้น สหรัฐอเมริกาก็ได้แสดงความเสียใจต่อรัฐบาลปารากวัย และรับประกันว่าจะไม่เกิดการละเมิดขึ้นอีก ซึ่งรัฐบาลปารากวัยก็พอใจและถอนคดีจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ในคดี LaGrand ที่ศาลได้พิจารณาในประเด็นเรื่องการเยียวยา โดยศาลได้ตัดสินให้สหรัฐอเมริกาพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาของศาลภายในใหม่ ซึ่งจะล้นแต่วิธีการอันใดก็แล้วแต่สหรัฐอเมริกาจะได้เลือกทำ โดยการเยียวยาแบบนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เริ่มเผยให้เห็นวิธีการเยียวยาที่หลากหลายมากขึ้นและจะให้เห็นชัดมากขึ้นในคดีอาวินา และนอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังให้สหรัฐอเมริการับประกันว่าจะไม่กระทำความผิดซ้ำอีกอันเป็นรูปแบบหนึ่งของการทำให้พอใจ แต่ก็ไม่ได้ทำให้สหรัฐอเมริกาไม่ละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาอีก ดังจะเห็นได้จากคดีอาวินาซึ่งจะได้ศึกษากันในบทต่อไป

2.6 สิทธิของรัฐผู้เสียหายในการเรียกร้องความรับผิดชอบระหว่างประเทศ

หลังจากที่รัฐมีการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศแล้ว โดยทั่วไปก็จะมีการเจรจากันแบบทวิภาคีโดยการระงับข้อพิพาททางทูต หรืออาจจะโดยการลงมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ หรือสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในประเด็นที่เกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบหรือการชดเชยค่าเสียหาย มีหลายกรณีที่มีการพิจารณาโดยองค์กรตุลาการ รวมถึงศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ¹⁰² ดังนั้น การที่รัฐจะสามารถเรียกร้องความรับผิดชอบระหว่างประเทศได้นั้นต้องปรากฏว่ารัฐนั้นได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศนั้น ซึ่งจะได้พิจารณารายละเอียดดังต่อไปนี้

2.6.1 การเรียกร้องให้รัฐเข้ามารับผิดชอบ

ร่างบทมาตราของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย มาตรา 42* กล่าวว่าแม้รัฐจะมีความ

¹⁰² Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 419.

* Article 42 of Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001 (*Invocation of responsibility by an injured State*)

“A State is entitled as an injured State to invoke the responsibility of another State if the obligation breached is owed to:

(a) that State individually; or

(b) a group of States including that State, or the international community as a whole, and the breach of the obligation:

(i) specially affects that State; or

รับผิดชอบในทางระหว่างประเทศเมื่อมีการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศที่รัฐมีความผูกพันแล้ว แต่การที่รัฐหนึ่งจะเรียกร้องให้รัฐอื่นรับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อรัฐนั้นได้รับความเสียหายจากการที่รัฐอื่นละเมิดพันธกรณีที่มีผลต่อรัฐ

การเรียกร้องให้รัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศรับผิดชอบต่อการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยปกติก็จะเป็นรัฐที่ได้รับความเสียหายนั่นเองที่จะมีสิทธิเรียกร้องหรือกล่าวอ้างความรับผิดชอบระหว่างประเทศขึ้นเพื่อให้รัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศต้องรับผิดชอบต่อการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ดี การกล่าวอ้างความรับผิดชอบระหว่างประเทศกับรัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นก็ไม่ได้มีลักษณะจำกัดอยู่เพียงแค่รัฐผู้เสียหายเท่านั้น บุคคลอื่นเช่นปัจเจกชนหรือหน่วยการปกครองที่มีใช้รัฐก็อาจเรียกร้องความรับผิดชอบจากรัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ดังเช่นกรณีที่ปัจเจกชนใช้สิทธิฟ้องรัฐภาคีอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนของยุโรปต่อศาลสิทธิมนุษยชนของยุโรป เป็นต้น แม้จะไม่ใช้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา แต่ก็สามารถกล่าวอ้างความรับผิดชอบระหว่างประเทศยื่นรัฐที่ละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญานั้นได้เช่นกัน

นอกจากนั้น สิทธิในการกล่าวอ้างความรับผิดชอบระหว่างประเทศยังอาจตกเป็นของรัฐที่มีใช้ผู้เสียหายรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือหลายรัฐ หรือตกเป็นของทุกรัฐในประชาคมโลกก็ได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะความสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศมิได้จำกัดอยู่เพียงแต่การกำหนดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลดังเช่นในเรื่องสัญญาหรือละเมิดตามกฎหมายภายในเท่านั้น แต่ยังกำหนดถึงพันธกรณีในการปกป้องผลประโยชน์สำคัญๆ ของมนุษย์อย่างกว้างขวางอีกด้วย จึงทำให้รัฐที่อยู่ในประชาคมระหว่างประเทศมีส่วนได้เสียที่จะกล่าวอ้างความรับผิดชอบระหว่างประเทศเอากับรัฐที่ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้

ดังนั้น แนวคิดเรื่อง “รัฐผู้เสียหาย” ตามกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีความหมายกว้าง ดังที่ มาตรา 42 แห่งร่างบทบัญญัติของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ บัญญัติไว้ซึ่งอาจเป็นรัฐผู้เสียหายนั่นเอง หรืออาจเป็นกลุ่มของรัฐที่รวมถึงรัฐนั่นเองหรือประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมด เมื่อมีการละเมิดสนธิสัญญาส่งผลกระทบต่อรัฐนั่นเอง หรือกระทบอย่างรุนแรงต่อฐานะของรัฐทั้งหมด ทุกรัฐในการที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาต่อไป

โดยเหตุนี้ การกล่าวอ้างเรื่องความรับผิดชอบระหว่างประเทศ จึงมิได้จำกัดวงแคบอยู่แต่เฉพาะรัฐผู้เสียหายที่จะเรียกเอากับรัฐผู้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศในลักษณะของพันธกรณีสองฝ่ายอีกต่อไป รัฐใดรัฐหนึ่งแม้จะเป็นรัฐที่สามซึ่งมิใช่รัฐที่อยู่ในฐานะรัฐผู้เสียหาย ก็สามารถเรียกร้องให้รัฐผู้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศต้องชดเชยค่าเสียหายแทนรัฐผู้เสียหายหรือแทนรัฐผู้รับประโยชน์จากเหตุการณ์ที่มีการละเมิดพันธกรณีได้ เพื่อให้รัฐผู้ละเมิดพันธกรณียุติการกระทำระหว่างประเทศที่

(ii) is of such a character as radically to change the position of all the other States to which the obligation is owed with respect to the further performance of the obligation.”

มิชอบด้วยกฎหมายนั้นและให้หลักประกันว่าจะไม่ทำการดังกล่าวซ้ำอีก รวมถึงการเรียกร้องให้รัฐผู้ละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศชดเชยค่าเสียหายแทนรัฐผู้เสียหายหรือแทนรัฐผู้รับประโยชน์จากการที่พันธกรณีถูกละเมิด¹⁰³

2.6.2 สัญชาติของผู้เรียกร้อง

ข้อสำคัญอีกประการหนึ่งในเรื่องสัญชาติของผู้ใช้สิทธิเรียกร้อง เมื่อความรับผิดชอบของรัฐเกี่ยวข้องกับกระทำความผิดของรัฐหนึ่งต่อรัฐอื่น จึงต้องมีการกระทำความผิดต่อคนต่างชาติซึ่งแม้ว่าความเสียหายนั้นจริงๆแล้วจะเกิดขึ้นกับปัจเจกชน แต่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแล้วรัฐทุกรัฐมีสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตน หมายความว่าเมื่อคนชาติได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอื่นแล้ว รัฐเจ้าของสัญชาตินั้นอาจจะนำความเสียหายนั้นเรียกร้องต่อรัฐอื่นได้ แต่หลังจากนั้นการเรียกร้องนั้นจะกลายเป็นสิทธิของรัฐโดยทันที โดยทั่วไปแล้วกฎหมายระหว่างประเทศให้แนวคิดไว้ว่า ปัจเจกบุคคลจะเป็นคนชาตินั้นหรือไม่สามารถพิจารณาได้ตามกฎหมายภายในของรัฐผู้เรียกร้องนั้นและต้องมีความเกี่ยวพันกันอย่างแท้จริง¹⁰⁴

ร่างบทมาตราของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006 มาตรา 1 ได้กล่าวถึงค่านิยมของการให้ความคุ้มครองทางทูตไว้ว่า “ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ รัฐมีความรับผิดชอบสำหรับความเสียหายต่อคนต่างด้าวที่เกิดจากการกระทำที่เป็นความผิดหรือการละเว้นการกระทำ การให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นกระบวนการที่รัฐเจ้าของสัญชาติบุคคลที่ได้รับความเสียหายเพื่อคุ้มครองความมั่นคงของบุคคลนั้นและเพื่อให้ได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำความผิดในทางระหว่างประเทศที่ทำให้เกิดความเสียหายนั้น”

การให้ความคุ้มครองทางทูตโดยดั้งเดิมแล้วเป็นสิทธิของรัฐแต่เพียงผู้เดียว (exclusive State right) รัฐให้ความคุ้มครองทางทูตในฐานะที่เป็นสิทธิของรัฐเพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นกับคนชาตินั้นก็เป็นความเสียหายต่อรัฐเช่นเดียวกัน แต่ที่ชัดเจนว่าเป็นเพียงข้อสันนิษฐานทางกฎหมายและกล่าวเกินจริงถ้าหากจะกล่าวว่าการเสียหายต่อคนชาตินั้นเป็นความเสียหายต่อรัฐ¹⁰⁵ แต่ดูเหมือนว่าหลายๆ กฎเกณฑ์ของการให้ความคุ้มครองทางทูตจะขัดแย้งกับความถูกต้องของข้อสันนิษฐานทางกฎหมายนี้ เพราะเป็นที่น่าสังเกตว่ากฎเกณฑ์ในเรื่องความต่อเนื่องของสัญชาติซึ่งต้องการให้รัฐเจ้าของสัญชาติพิสูจน์ว่าคนชาติที่เสียหายนั้นยังคงเป็นคนชาติของตนหลังจากที่ได้รับความเสียหายและจนถึงวันที่กล่าวขอเรียกร้องนั้น ซึ่งตามความเป็นจริงแล้วรัฐไม่ได้กล่าวอ้างสิทธิที่เป็นของรัฐเท่านั้น เพราะยังอ้างสิทธิของคนชาติที่ได้รับความเสียหายด้วย

¹⁰³ จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550). หน้า 503-506.

¹⁰⁴ Martin Dixon. *Textbook on International Law Sixth Edition*, p. 257.

¹⁰⁵ J.L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6th edition (Oxford: Clarendon Press, 1963), Sir H. Waldock (ed), pp. 276-277 อ้างถึงใน United Nations, *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries 2006*, p. 25, para. 3

กฎหมายระหว่างประเทศในช่วงเวลาก่อนไม่ได้กล่าวถึงปัจเจกบุคคลเลย เพราะเป็นบุคคลที่ไม่มีจุดยืนและไม่มีสิทธิในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นถ้าหากว่าคนชาติได้รับความเสียหายในต่างประเทศแล้วสิ่งที่จะมาคุ้มครองคนชาติที่ได้รับความเสียหายนี้ได้คือใช้ข้อสันนิษฐานทางกฎหมายข้างต้นที่กล่าวไว้ว่าความเสียหายต่อคนชาติก็คือความเสียหายต่อรัฐด้วยเช่นเดียวกัน ที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิของคนชาติที่ได้รับความเสียหาย แต่ในปัจจุบันนี้สถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วเพราะปัจเจกบุคคลได้กลายมาเป็นตัวตนของกฎเกณฑ์พื้นฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศหลายอย่าง ทั้งภายใต้จารีตประเพณีและสนธิสัญญาด้วย ไม่ว่าจะเป็นการปกป้องคุ้มครองปัจเจกบุคคลตั้งแต่อาศัยอยู่ในถิ่นฐานของตน หรือภายใต้รัฐบาลของบุคคลนั้นรวมทั้งต่างประเทศด้วย อีกทั้งต่อรัฐบาลต่างประเทศ โดยสิทธิต่างๆเหล่านี้ได้รับการยอมรับในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี LaGrand¹⁰⁶ และคดี Avena¹⁰⁷ ดังนั้นการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล

¹⁰⁶ LaGrand Case (Germany v. United States of America) I.C.J. Reports 2001, p. 466, paras. 76-77. (The United States questions what this additional claim of diplomatic protection contributes to the case and argues that there are no parallels between the present case and cases of diplomatic protection involving the espousal by a State of economic claims of its nationals. The United States maintains 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 claims of its nationals through diplomatic protection, are legally different concepts.

The United States contends, furthermore, 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. It maintains that the treatment due to individuals under the Convention is inextricably linked to and derived from the right of the State, acting through its consular officer, to communicate with its nationals, and does not constitute a fundamental right or a human right. The United States argues that the fact that Article 36 by its terms recognizes the rights of individuals does not determine the nature of those rights or the remedies required under the Vienna Convention for breaches of that Article. It points out that Article 36 begins with the words "with a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State", and that this wording gives no support to the notion that the rights and obligations enumerated in paragraph 1 of that Article are intended to ensure that nationals of the sending State have any particular rights or treatment in the context of a criminal prosecution. The *travaux préparatoires* of the Vienna Convention according to the United States do not reflect a consensus that Article 36 was addressing immutable individual rights, as opposed to individual rights derivative of the rights of States.

The Court notes that Article 36, paragraph 1 (b) , spells out the obligations the receiving State has towards the detained person and the sending State. It provides that, at the request of the detained person, the receiving State 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 *its 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 (see *Acquisition of Polish Nationality Advisory Opinion, 1923, P. C.I. J., Series B, No. 7, p. 20; Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 8 ;*

ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจึงไม่ถูกจำกัดอีกต่อไป ดังเช่นสนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคีให้ทั้งสิทธิและให้ความคุ้มครองต่อทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินของพวกเขา ปัจจุบันบุคคลจึงมีสิทธิภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแต่ยังคงได้รับการเยียวยาเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ดังนั้นการให้ความคุ้มครองทางทูตจึงเป็นการกระทำของรัฐในระดับระหว่างรัฐด้วยกันซึ่งยังคงเป็นการเยียวยาที่สำคัญอย่างยิ่งในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สิทธิมนุษยชนถูกละเมิดในต่างประเทศ

วิธีการในการให้ความคุ้มครองทางทูตต้องใช้วิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นวิธีที่สันติ คำตัดสินของศาลในหลายๆคดีได้วางข้อแตกต่างระหว่าง “การกระทำทางทูต” (diplomatic action) และ “กระบวนการพิจารณาคดีทางศาล” (judicial proceedings) ซึ่งต้องดูการกระทำเป็นหลัก มาตรา 1 แห่งร่างบทมาตรว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006 จึงมีการแยกความแตกต่างนี้และจัดให้กระบวนการพิจารณาคดีทางศาลอยู่ภายใต้ “วิธีการอื่นๆของการระงับข้อพิพาทโดยสันติ” (other

Arbitral A ~ u r d of 31 July 1989, Judgment, I. C. J. Reports 1991, pp. 69-70, para. 48; Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I. C. J. Reports 1994, p. 25, para. 51). Based on the text of these provisions, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article 1 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.)

¹⁰⁷ Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) I.C.J. Reports 2004, p. 12, paras. 40. (In its final submissions Mexico asks the Court to adjudge and declare that the United States, in failing to comply with Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention, has "violated its international legal obligations to Mexico, in its own Tight and in the exercise of its right of diplomatic protection of its nationals".

The Court would first observe that the individual rights of Mexican nationals under paragraph 1 (b) of Article 36 or 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. Only when that process is completed and local remedies are exhausted would Mexico be entitled to espouse the individual claims of its nationals through the procedure of diplomatic protection.

In the present case Mexico does not, however, claim to be acting solely on that basis. It also asserts its own claims, basing them on the injury which it contends that it has itself suffered, directly and through its nationals, as a result of the violation by the United States of the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (a), (b) and (c)

The Court would recall that, in the *LaGrand* case, it recognized that "Article 36, paragraph 1 [of the Vienna Convention], creates individual rights [for the national concerned], which . . . may be invoked in this Court by the national State or the detained person" (I. C. J. Reports 2001, p. 494, para. 77).

It would further observe that violations of the right 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. Further, for reasons just explained, the Court does not find it necessary to deal with Mexico's claims of violation under a distinct heading of diplomatic protection. Without needing to pronounce at this juncture on the issues raised by the procedural default rule, as explained by Mexico in paragraph 39 above, the Court accordingly finds that the second objection by the United States to admissibility cannot be upheld.)

means of peaceful settlement) การกระทำทางทูตครอบคลุมถึงกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมดที่รัฐใช้ต่อรัฐอื่นเพื่อบอกกล่าวถึงข้อคิดเห็นและความเกี่ยวข้องรวมถึงการคัดค้าน การร้องขอให้สอบสวนหรือเพื่อให้มีการเจรจาซึ่งมีจุดประสงค์ก็เพื่อต้องการระงับข้อพิพาท ส่วนวิธีการอื่นๆ ของการระงับข้อพิพาทโดยสันตินั้นครอบคลุมถึงรูปแบบทั้งหมดของการระงับข้อพิพาท ทางศาล จากการเจรจา (negotiation) การไกล่เกลี่ย (Mediation) และ การไกล่เกลี่ยโดยอนุญาโตตุลาการ (Conciliation to Arbitral) และการระงับข้อพิพาททางศาล (Judicial Dispute Settlement) แต่การใช้กำลัง (Use of Force) เป็นการต้องห้ามตามมาตรา 2 (4) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ* การให้ความคุ้มครองทางทูตไม่รวมถึงการยื่นหนังสือประท้วง (Demarches) หรือการกระทำทางทูตอื่นๆที่ไม่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องทางกฎหมายต่อรัฐอื่น เช่น การเรียกร้องอย่างไม่เป็นทางการเพื่อให้มีการกระทำที่ถูกต้อง¹⁰⁸

การให้ความคุ้มครองทางทูตอาจจะโดยวิธีการกระทำทางทูตหรือวิธีการอื่นๆในการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี ซึ่งแตกต่างจากการให้ความช่วยเหลือทางกงสุล (Consular Assistance) ซึ่งกระทำโดยตัวแทนของรัฐที่กระทำเพื่อผลประโยชน์ของรัฐภายใต้กฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เจ้าหน้าที่กงสุลมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคล การช่วยเหลือทางกงสุลเป็นการป้องกันที่กว้างกว่าและมีจุดประสงค์หลักอยู่ที่การปกป้องคนชาติที่อาจจะถูกกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ แต่การให้ความคุ้มครองทางทูตเกี่ยวกับการเยียวยาโดยเฉพาะและเป็นการเยียวยาที่เกิดจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ¹⁰⁹ ในทางทฤษฎีมีการแบ่งแยกความแตกต่างเอาไว้อย่างชัดเจน แต่ยากในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกี่ยวข้องกับเรื่องการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายใน ซึ่งชัดเจนว่าสำหรับการช่วยเหลือทางกงสุลนั้นไม่จำเป็นต้องมีการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในก่อนเจ้าหน้าที่กงสุลจะสามารถเข้าช่วยเหลือคนชาติของตนได้ เพราะการช่วยเหลือนี้เกิดขึ้นก่อนการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ แต่ตามหลักเหตุและผลแล้ว การให้ความคุ้มครองทางทูตเกิดขึ้นหลังจากที่ได้มีการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศเกิดขึ้น ดังนั้นการเยียวยาตาม

* Article 2 (4) of Charter of United Nations

“The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles.

4. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

¹⁰⁸ United Nations, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), p. 27, para. 8

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 27, para. 9

กระบวนการยุติธรรมภายในต้องหมดหนทางแล้วเสมอ แต่ก็มีข้อยกเว้นภายใต้มาตรา 15 แห่งร่างบท
 มาตรการว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางทูตนี้¹¹⁰

ในประเด็นต่อมาสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูต ในมาตรา 2 แห่งร่างบทมาตรการว่าด้วย
 การให้ความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006 ได้กำหนดให้รัฐมีสิทธิในการให้ความคุ้มครองการทูตแก่คน
 ชาติของตน โดยบัญญัติว่า “รัฐมีสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตตามร่างบทมาตรานี้”^{*} ดังนั้น การ
 ให้ความคุ้มครองทางทูตเป็นการเรียกร้องเอาจากรัฐที่มีความรับผิดชอบจากความเสียหายต่อคนชาติ
 ของรัฐนั้นที่เกิดจากการกระทำในทางระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการเรียกร้องในระดับระหว่างรัฐด้วยกัน
 ซึ่งรัฐเจ้าของสัญชาติบุคคลที่เสียหายมีสิทธินำข้อเรียกร้องขึ้นอ้างกับรัฐที่มีความรับผิดชอบโดยชอบ
 ธรรม ซึ่งรัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตในนามของคนชาติ โดยที่ไม่ได้มีหน้าที่หรือพันธกรณีที่จะทำ
 เช่นนั้นตามกฎหมายระหว่างประเทศ แต่ตามกฎหมายภายในของรัฐแล้วรัฐอาจจะมีหน้าที่ให้ความ
 คุ้มครองต่อคนชาติ ซึ่งสถานะเช่นนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Barcelona Traction¹¹¹

ในประเด็นต่อมา มาตรา 3 แห่งร่างบทมาตรการว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006
 กำหนดเรื่องการคุ้มครองโดยรัฐเจ้าของสัญชาติ โดยบัญญัติว่า

- “1. รัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูตคือรัฐเจ้าของสัญชาติ
2. อย่างไรก็ตาม (1) การให้ความคุ้มครองทางทูตอาจจะใช้โดยรัฐที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่ไม่ได้
 เป็นคนชาติของตนตามที่กล่าวไว้ในมาตรา 8”^{*}

¹¹⁰ Ibid., p. 27, para. 10

^{*} Article 2 of Draft articles on Diplomatic Protection 2006 “A State has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the present draft articles.”

¹¹¹ Case concerning the Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgement, I.C.J. Reports 1970, p. 4, para. 44. (“ภายในข้อจำกัดของกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐอาจให้ความคุ้มครองทางทูตไม่ว่าด้วยวิธีการใดก็ตามที่เหมาะสมตามสิทธิของรัฐที่ได้กล่าวอ้างขึ้น ทั้งในนามของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เนื่องจากสิทธิของบุคคลเหล่านั้นไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ ตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วพวกเขาจะไม่ได้รับการเยียวยา แต่พวกเขาสามารถได้รับการเยียวยาตามกฎหมายภายในของรัฐ หากการเยียวยานั้นสามารถทำได้ โดยรัฐจะเป็นผู้พิจารณาถึงสาเหตุ และการแก้ปัญหาที่ควรจะได้รับ และพิจารณาถึงการคุ้มครองที่ควรจะได้รับ ขอบเขต และเมื่อใดการเยียวยานั้นควรจะสิ้นสุดลง ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับอำนาจการใช้ดุลยพินิจของรัฐ” (“... within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting. Should the natural or legal person on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law. All they can do is resort to municipal law, if means are available, with a view to furthering their cause or obtaining redress ... The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case”))

^{*} Article 3 of Draft articles on Diplomatic Protection 2006 Protection by the State of nationality

“1. The State entitled to exercise diplomatic protection is the State of nationality.

มาตรา 3 กล่าวถึงหลักการว่ารัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิแต่ไม่ได้มีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองทางทูตในนามของบุคคลนั้น นั่นคือต้องมีความสัมพันธ์ในเรื่องสัญชาติระหว่างรัฐและคนชาติที่จะทำให้รัฐมีสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตได้ แต่สายสัมพันธ์ในเรื่องสัญชาตินี้มีความแตกต่างกันในกรณีของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะพิจารณาเฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น และจะไม่กล่าวถึงบุคคลไร้สัญชาติตามมาตรา 8 เพราะไม่เกี่ยวข้องกับขอบเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ร่างบทมาตราที่กำหนดเรื่องสัญชาติของบุคคลธรรมดา คือมาตรา 4 รัฐเจ้าของสัญชาติบุคคลธรรมดา โดยบัญญัติว่า “เพื่อจุดประสงค์ของการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อบุคคลธรรมดา รัฐเจ้าของสัญชาติตามวิธีการที่รัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติที่บุคคลนั้นได้รับ โดยสอดคล้องกับกฎหมายของรัฐ ไม่ว่าจะโดยการเกิด การสืบสายโลหิต การแปลงสัญชาติ การสืบสิทธิของรัฐ หรือด้วยวิธีการใดๆ แต่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ”^{*}

การให้ความคุ้มครองทางทูตต่อบุคคลธรรมดา ตามนิยามของมาตรา 4 แบ่งหลักการออกเป็น 2 ข้อด้วยกัน ข้อแรกคือ รัฐเจ้าของสัญชาติต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับกฎหมายภายในของรัฐว่าบุคคลผู้ใดคือผู้มีที่คุณสมบัติในการเป็นคนชาติของตน ข้อสอง มีข้อจำกัดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการให้สัญชาติแก่บุคคล ซึ่งหลักการในเรื่องการให้สัญชาติแก่บุคคลเป็นเรื่องที่รัฐต้องพิจารณาภายใต้กฎหมายภายในของแต่ละรัฐ ซึ่งทั้งคำพิพากษาของศาลและสนธิสัญญาที่สนับสนุนหลักการนี้ โดยในปี ค.ศ. 1923 ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice) ในคดี Nationality Decrees in Tunis and Morocco ได้กล่าวว่า “รัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ ประเด็นเกี่ยวกับเรื่องสัญชาติเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้ขอบเขตของรัฐนั้น โดยเฉพาะ”¹¹² และหลักการนี้ก็ได้รับการยืนยันอีกครั้งตามมาตรา 1 แห่งอนุสัญญากรุงเฮกเกี่ยวกับปัญหาบางประการที่เกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายสัญชาติ ค.ศ. 1930 ซึ่งบัญญัติว่า “เป็นเรื่องของรัฐแต่ละรัฐที่จะพิจารณาภายใต้กฎหมายของตนว่าบุคคลใดเป็นคนชาติ”¹¹³ และล่าสุดในอนุสัญญา

2. Notwithstanding paragraph 1, diplomatic protection may be exercised by a State in respect of a person that is not its national in accordance with draft article 8.”

^{*} Article 4 of Draft articles on Diplomatic Protection 2006 State of nationality of a natural person

“For the purposes of the diplomatic protection of a natural person, a State of nationality means a State whose nationality that person has acquired, in accordance with the law of that State, by birth, descent, naturalization, succession of States, or in any other manner, not inconsistent with international law.”

¹¹² Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco (French Zone), advisory opinion. P.C.I.J. Reports, Series B, No. 4, 1923, at p. 24. (“in the present state of international law, questions of nationality are ... in principle within the reserved domain”.)

¹¹³ League of Nations, Treaty Series, vol. 179, p. 89. (Article 1 of the 1930 Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws “It is for each State to determine under its own law who are its nationals.”)

ของยุโรปในเรื่องสัญชาติปี ค.ศ. 1997 (the 1997 European Convention on Nationality)¹¹⁴ ก็ได้รับรองหลักการนี้เช่นเดียวกัน

รัฐส่วนใหญ่ใช้หลักเกณฑ์เรื่อง การเกิดซึ่งเป็นหลักกฎหมายสัญชาติโดยดินแดน (jus soli) หลักกฎหมายสัญชาติโดยสายโลหิต (jus sanguinis) และการแปลงสัญชาติ (naturalization) แต่การแต่งงานกับคนชาติไม่ทำให้ได้รับสัญชาติโดยอัตโนมัติ ซึ่งรัฐอาจจะให้สัญชาติได้โดยพิจารณาเรื่องเวลาของการอาศัยอยู่ในรัฐด้วยและต่อมาอาจจะได้รับสัญชาติโดยการแปลงสัญชาติ¹¹⁵ ในขณะที่บางรัฐที่สืบทอดไม่ชัดเจนเพียงพอ อาจจะทำให้ยากต่อการพิสูจน์สัญชาติ ดังนั้นจึงใช้หลักการถิ่นที่อยู่มาพิสูจน์ในเรื่องสัญชาติแทน แม้ว่าหลักการเรื่องถิ่นที่อยู่จะไม่ได้เป็นพื้นฐานเรื่องสัญชาติในตัวของมันเอง แต่อย่างไรก็ตามรัฐก็อาจให้สัญชาติโดยการแปลงสัญชาติก็ได้¹¹⁶

มาตรา 4 แห่งร่างบหมตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006 ไม่ได้กำหนดให้รัฐพิสูจน์สัญชาติระหว่างรัฐและคนชาติตามหลักความเกี่ยวข้องอย่างมีประสิทธิภาพ (effective) หรือตามหลักความเกี่ยวข้องกันอย่างแท้จริง (genuine link) ในคดี Nettlebohm* เพราะเป็นปัจจัยที่เพิ่มขึ้นจากการให้ความคุ้มครองทางทูต แม้ว่าคนชาตินั้นจะมีเพียงสัญชาติเดียวก็ตาม

ในตอนท้ายของร่างบหมตรา 4 เน้นย้ำว่าการได้มาซึ่งสัญชาติต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่ารัฐมีสิทธิในการตัดสินใจว่าบุคคลผู้ใดเป็นคนชาติของตนก็ตาม แต่สิทธินี้ก็ไม่ใช้สิทธิเด็ดขาดของรัฐ ตามมาตรา 1 แห่งอนุสัญญากรุงเฮก ปี ค.ศ. 1930 เกี่ยวกับปัญหาบางประการในเรื่องการขัดกันของกฎหมายสัญชาติ ได้บัญญัติขึ้นมาโดยยืนยันว่า “เป็นเรื่องของแต่ละรัฐที่จะไปพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นคนชาติของตนภายใต้กฎหมายภายใน” และมาตรา 3(2) แห่งอนุสัญญากรุงยุโรปว่าด้วยเรื่องสัญชาติปี ค.ศ. 1997 ก็ได้กำหนดว่า “กฎหมายในเรื่องสัญชาตินั้นแม้จะเป็นเรื่องกฎหมายภายในของรัฐแต่กฎหมายนี้ก็ควรได้รับการยอมรับจากรัฐอื่นตราบเท่าที่กฎหมายนี้สอดคล้องกับอนุสัญญาระหว่างประเทศทั้งหลาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับในเรื่องเกี่ยวกับสัญชาติ” จนถึงทุกวันนี้ อนุสัญญาหลายฉบับโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่

¹¹⁴ United Nations, *Treaty Series*, vol. 2135, p. 213, article 3. Competence of the State

“1. Each State shall determine under its own law who are its nationals.

2. This law shall be accepted by other States in so far as it is consistent with applicable international conventions, customary international law and the principles of law generally recognised with regard to nationality.”

¹¹⁵ United Nations, *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*, p. 32, para. 3

¹¹⁶ *Ibid*, p. 32, para. 4

* ตามแนวปฏิบัติของรัฐ ทั้งคำตัดสินของอนุญาโตตุลาการและคำตัดสินของศาล สัญชาติเป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่อยู่บนพื้นฐานทางข้อเท็จจริงทางสังคมที่บุคคลนั้นผูกพันอยู่ ความเกี่ยวพันกันอย่างแท้จริง ทั้งเรื่องความเป็นอยู่ ผลประโยชน์ และแนวความคิด สิทธิและหน้าที่ ได้รับโดยตรงจากกฎหมายหรือจากผลการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันอย่างแน่นแฟ้นกับพลเมืองของรัฐที่ได้รับสัญชาติ ก็เพื่อให้รัฐนั้นได้ปกป้องคนชาติของรัฐ

เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนบัญญัติให้รัฐทั้งหลายปฏิบัติตามมาตรฐานระหว่างประเทศในการให้สัญชาติแก่บุคคล¹¹⁷

ร่างบทมาตรา 4 ยอมรับว่ารัฐที่เรียกร้องในนามคนชาติที่ได้รับความเสียหายอาจถูกโต้แย้งเรื่องสัญชาติของบุคคลนั้นได้หากบุคคลนั้นได้รับสัญชาติมาโดยขัดแย้งต่อกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งตามคำในร่างบทมาตรา 4 ในต้นฉบับภาษาอังกฤษนั้นเป็นคำปฏิเสธซ้อนปฏิเสธ (“not inconsistent with international law”) ซึ่งเน้นย้ำว่าภาระการพิสูจน์สัญชาติที่ได้รับมานั้นละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศเป็นเรื่องของรัฐที่โต้แย้งสัญชาติของบุคคลนั้น และข้อสันนิษฐานเป็นไปในทางที่เป็นคุณกับรัฐที่ให้สัญชาติแก่บุคคลนั้น¹¹⁸

ในประเด็นที่จะพิจารณาต่อมา ในการที่รัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติได้ คนชาตินั้นต้องมีความต่อเนื่องของสัญชาติ โดยมาตรา 5 แห่งร่างบทมาตรารว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006 ได้บัญญัติไว้ ในกรณีที่บุคคลมีการเปลี่ยนแปลงสัญชาติด้วยเหตุผลที่ไม่เกี่ยวข้องกับการนำชื่อเรียกร้องเกี่ยวกับการทูต เพราะอาจจะทำให้มีการซื้อสัญชาติ (nationality shopping) เพื่อจุดประสงค์การให้ความคุ้มครองทางทูตก็ได้ แต่ร่างบทมาตรา 5 ก็บัญญัติข้อยกเว้นในกรณีที่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงสัญชาติเมื่ออาจจะไม่ได้รับความยุติธรรม มาตรา 5 วรรค 1 กล่าวถึงหลักการดั้งเดิมที่รัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูตกับบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐทั้งในเวลาที่ได้รับ ความเสียหาย และในวันที่มีการยกข้อเรียกร้องขึ้นมากล่าวกับรัฐที่ทำให้เกิดความเสียหายอย่างเป็นทางการ ซึ่งทั้งแนวปฏิบัติของรัฐและหลักการในเรื่องการให้ความคุ้มครองทางทูตก็ยังไม่ชัดเจนว่าคนชาติต้องมีสัญชาติของรัฐผู้เรียกร้องในระหว่างวันทั้งสองนี้หรือไม่ และในทางปฏิบัติของรัฐประเด็นแทบจะไม่ได้ยกขึ้นมากล่าวอ้างเลย ดังนั้นจึงบัญญัติให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายมีสัญชาติที่ต่อเนื่องจากวันที่ได้รับความเสียหายไปจนถึงวันที่แสดงข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการ¹¹⁹

เงื่อนไขข้อแรก คือ วันที่คนชาติได้รับความเสียหายนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นเวลาที่แน่นอน เพียงแต่เป็นช่วงระยะเวลาที่เกิดความเสียหายขึ้นหากความเสียหายนั้นเกิดจากหลายๆการกระทำหรือการกระทำผิวนั้นต่อเนื่องกัน เงื่อนไขข้อที่สอง คือ วันที่มีการเรียกร้องเอากับรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างเป็นทางการ แม้ว่าในอนุสัญญาหลายฉบับ คำตัดสินของศาล จะใช้คำว่า “การเสนอข้อเรียกร้อง” แต่ในร่างบทมาตรานี้ได้เพิ่มคำว่า “อย่างเป็นทางการ” เข้ามาด้วยซึ่งเป็นวันที่แสดงข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการครั้งแรกหรือแสดงความต้องการอย่างเป็นทางการโดยรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูตซึ่งตรงข้ามกับการติดต่อทางทูตแบบไม่เป็นทางการ¹²⁰

¹¹⁷ United Nations, *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*, p. 34, para. 6

¹¹⁸ *Ibid*, p. 34, para. 7.

¹¹⁹ *Ibid*, p. 36, para. 1-2.

¹²⁰ *Ibid*, p. 37, para. 3-4.

2.6.2.1 บุคคลสองสัญชาติหรือหลายสัญชาติ

ประเด็นที่สำคัญต่อมาก็คือ หากบุคคลธรรมดาเป็นบุคคลสองสัญชาติหรือบุคคลหลายสัญชาติโดยมาตรา 6 แห่งร่างบหมตราว่าด้วยความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006 กำหนดในกรณีที่รัฐจะเรียกร้องความรับผิดชอบในกรณีที่คนชาติของตนได้รับความเสียหายแต่เป็นกรณีที่คนชาตินั้นมีสัญชาติอื่นอยู่ด้วย แต่ทั้งนี้ตามมาตรา 6 เป็นการเรียกร้องเอากับรัฐที่สาม ที่คนชาติไม่มีสัญชาติของรัฐที่สามนั้น ซึ่งบัญญัติว่า

“1. รัฐใดซึ่งมีบุคคลสองสัญชาติหรือหลายสัญชาติเป็นคนชาติซึ่งรัฐอาจให้ความคุ้มครองทางทูตกับบุคคลนั้นได้ต่อรัฐอื่นซึ่งบุคคลนั้นไม่ได้มีสัญชาติ

2. รัฐสองรัฐหรือมากกว่าสองรัฐของรัฐที่มีสัญชาติอาจจะร่วมกันให้ความคุ้มครองทางทูตกับบุคคลสองสัญชาติหรือบุคคลหลายสัญชาติ”^{*}

การมีสองสัญชาติหรือหลายสัญชาติเกี่ยวข้องกับชีวิตระหว่างประเทศ บุคคลอาจได้รับมากกว่าหนึ่งสัญชาติก็ได้จากผลของผลบังคับทางกฎหมายแบบคู่ขนานของหลักกฎหมายสัญชาติโดยดินแดน (jus soli) และหลักกฎหมายโดยสายโลหิต (jus sanguinis) หรือโดยการแปลงสัญชาติ (naturalization) หรือโดยวิธีอื่นใดตามร่างบหมตรา 4 ซึ่งไม่ได้ก่อให้เกิดการละสิทธิสัญชาติที่มีอยู่ก่อน ถึงแม้ว่ากฎหมายของบางรัฐไม่อนุญาตให้คนชาติของตนเป็นคนชาติของรัฐอื่น แต่กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้ห้ามให้บุคคลมีสองสัญชาติหรือหลายสัญชาติ ร่างบหมตรา 6 จึงมีข้อจำกัดว่าการให้ความคุ้มครองทางทูตโดยรัฐใดรัฐหนึ่งหรือรัฐทุกรัฐที่บุคคลผู้เสียหายมีสัญชาติต่อรัฐที่บุคคลนั้นไม่ได้เป็นคนชาติ แต่การให้ความคุ้มครองทางทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติต่ออีกรัฐหนึ่งที่เป็นรัฐเจ้าของสัญชาติเช่นเดียวกันอยู่ภายใต้ร่างบหมตรา 7¹²¹ ร่างบหมตรา 6 วรรค 1 อนุญาตให้รัฐให้ความคุ้มครองทางทูตแม้ว่าบุคคลนั้นเป็นคนชาติของรัฐใดรัฐหนึ่งหรือมากกว่าหนึ่งรัฐ เช่นเดียวกับร่างบหมตรา 4 ที่ไม่ได้กำหนดให้มีความเกี่ยวพันกันอย่างแท้จริงหรือความเกี่ยวพันอย่างมีประสิทธิภาพระหว่างคนชาติกับรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูต แต่ต่างไปจากสถานการณ์ที่รัฐเจ้าของสัญชาติรัฐใดรัฐหนึ่งเรียกร้องจากรัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐหนึ่งถ้าหากบุคคลนั้นเป็นบุคคลสองสัญชาติ และจะไม่มีข้อขัดแย้งในเรื่องสัญชาติเมื่อรัฐเจ้าของสัญชาติรัฐหนึ่งต้องการให้ความคุ้มครองบุคคลสองสัญชาตินั้นต่อรัฐที่ 3 หากรัฐเจ้าของสัญชาติบุคคลสองสัญชาติหรือมากกว่านั้นได้รวมกันเรียกร้องต่อรัฐที่ 3 แล้วรัฐ

^{*} Article 6 Multiple nationality and claim against a third State

“1. Any State of which a dual or multiple national is a national may exercise diplomatic protection in respect of that national against a State of which that person is not a national.

2. Two or more States of nationality may jointly exercise diplomatic protection in respect of a dual or multiple national.”

¹²¹ United Nations, *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*, p. 42, para. 1

ที่ 3 ที่มีความรับผิดชอบไม่อาจโต้แย้งได้ แต่อาจจะโต้แย้งได้หากรัฐเจ้าของสัญชาตินั้นแยกกันเรียกร้อง โดยที่รัฐใดรัฐหนึ่งได้รับความพอใจจากการเรียกร้องนั้นแล้ว¹²²

จากที่ได้ศึกษาไปในมาตรา 6 ข้างต้น ซึ่งเป็นกรณีเรียกร้องเอาที่รัฐที่สามที่คนชาติไม่มีสัญชาติ แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่คนชาติของตนมีสัญชาติของรัฐอื่นอยู่ด้วย และรัฐเจ้าของสัญชาตินั้นจะเรียกร้องความรับผิดชอบกับรัฐที่คนชาติของตนนั้นมีสัญชาติอยู่ด้วย ก็จะอยู่ภายใต้มาตรา 7 แห่งร่างบหมตราว่าด้วยการให้ความคุ้มครองทางทูต ค.ศ. 2006 ซึ่งบัญญัติว่า

“รัฐเจ้าของสัญชาติอาจจะไม่ให้ความคุ้มครองทางทูตกับบุคคลซึ่งบุคคลนั้นมีสัญชาติของรัฐ ยกเว้นแต่สัญชาติของรัฐนั้นเหนือกว่า ทั้งในเวลาที่ได้รับ ความเสียหายและวันที่กล่าวอ้างข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการ”^{*}

ร่างบหมตรา 7 เป็นมาตราที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติรัฐหนึ่งโดยมีการเรียกร้องกับรัฐเจ้าของสัญชาติอีกรัฐหนึ่ง ซึ่งรัฐผู้เรียกร้องต้องแสดงให้เห็นว่าสัญชาติของตนนั้นมีอำนาจเหนือกว่า (Predominant) ทั้งในเวลาที่ได้รับ ความเสียหายและวันที่กล่าวอ้างข้อเรียกร้องอย่างเป็นทางการ¹²³ ซึ่งในอดีตก็มีข้อเสนอแนะว่ารัฐเจ้าของสัญชาติรัฐหนึ่งอาจจะไม่นำข้อเรียกร้องที่เกี่ยวกับบุคคลสองสัญชาติไปกล่าวอ้างกับรัฐอื่นที่บุคคลสองสัญชาตินั้นมีสัญชาติเช่นเดียวกัน ดังเช่นในอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยเรื่องปัญหาบางประการที่เกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายสัญชาติ ปี ค.ศ. 1930 โดยมาตรา 4 กล่าวว่า “รัฐอาจจะไม่ให้ความคุ้มครองทางทูตกับคนชาติต่อรัฐซึ่งบุคคลนั้นมีสัญชาติอยู่ด้วย”^{**} และในปี ค.ศ. 1949 ในการให้ความเห็นเชิงแนะนำของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดี Reparation for Injuries ศาลก็ได้เน้นย้ำว่า แนวปฏิบัติของรัฐไม่คุ้มครองคนชาติของตนต่อรัฐอื่นที่บุคคลนั้นมีสัญชาติด้วยในฐานะที่เป็นแนวปฏิบัติที่ทำกันโดยทั่วไป (the Ordinary Practice)¹²⁴

ในรายงานฉบับที่ 3 ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ นาย Garcia Amador ได้เสนอว่า “ในกรณีของบุคคลสองสัญชาติหรือบุคคล

¹²² Ibid., p. 42, para. 4.

^{*} Article 7 of Draft Article on Diplomatic Protection 2006

“A State of nationality may not exercise diplomatic protection in respect of a person against a State of which that person is also a national unless the nationality of the former State is predominant, both at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim.”

¹²³ United Nations, *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*, p. 43, para. 1.

^{**} Article 4 of The 1930 Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws

“A State may not afford diplomatic protection to one of its nationals against a State whose nationality such person also possesses.”

¹²⁴ I.C.J. Reports 1949, p. 186 (the practice of States not to protect their nationals against another State of nationality as “the ordinary practice”)

หลายสัญชาติ สิทธิในการนำข้อเรียกร้องสามารถใช้โดยรัฐที่คนต่างด้าวนั้นมีความผูกมัดทางกฎหมายที่แท้จริงหรือมีความผูกมัดที่เข้มแข็งกว่าหรือมีข้อผูกมัดอื่นๆ”

แม้ว่าในร่างบทมาตรา 7 จะไม่มีการกำหนดปัจจัยที่ใช้พิจารณาว่าสัญชาติใดจะเหนือกว่า แต่ก็ยังมีปัจจัยที่สามารถพิจารณาได้ดังต่อไปนี้ คือ ถิ่นที่อยู่อาศัยประจำ (Habitual Residence) ระยะเวลาที่ใช้อาศัยในแต่ละรัฐที่บุคคลนั้นมีสัญชาติ วันในการแปลงสัญชาติ นั่นคือระยะเวลาในการมีสัญชาติของรัฐที่ให้ความคุ้มครองทางทูตก่อนที่จะมีการเรียกร้อง หลักสูตรและภาษาในการเล่าเรียน การงานและผลประโยชน์ทางการเงิน สถานที่ที่ใช้ชีวิตอยู่กับครอบครัว ความผูกพันกับครอบครัวในแต่ละรัฐ การมีส่วนร่วมในสังคม การใช้ชีวิตในสังคม การใช้ภาษา ภาษี บัญชีธนาคาร การประกันภัย การเดินทางไปรัฐอื่นที่ตนมีสัญชาติ การครอบครองและการใช้พาสปอร์ตของรัฐอื่น การทหาร ซึ่งปัจจัยต่างๆเหล่านี้ไม่อาจให้น้ำหนักอย่างเด็ดขาดซึ่งต้องพิจารณาไปตามสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี¹²⁵ ดังนั้นภาระการพิสูจน์จึงตกเป็นของรัฐที่กล่าวอ้างข้อเรียกร้องขึ้นเพื่อพิสูจน์ว่าสัญชาติของตนนั้นมีความเหนือกว่า¹²⁶

2.6.3 การสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐ

กฎเกณฑ์ที่สำคัญอย่างหนึ่งคือเมื่อรัฐใดจะให้ความคุ้มครองทางทูตต่อคนชาติได้นั้น รัฐนั้นต้องไม่ได้รับความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีโดยตรง การเรียกร้องจะไม่สามารถนำมาใช้ได้ในระดับระหว่างประเทศยกเว้นแต่ว่าบุคคลต่างชาติได้สิ้นสุดการเยียวยาทางกฎหมายที่จะสามารถเยียวยาได้ตามกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐที่ได้ละเมิดนั้น นี่เป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการสนับสนุนจากแนวปฏิบัติของรัฐและทางการเมืองและไม่จำเป็นต้องมีความสมเหตุสมผลตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลภายในของรัฐจะเป็นผู้พัฒนาแนวโน้มจนเกิดเป็นแนวปฏิบัติในฐานะที่เป็นเวทีของข้อเรียกร้อง

ปัญหาที่สำคัญคือหากรัฐได้รับความเสียหายโดยตรง แต่ในกรณีของการให้ความคุ้มครองทางทูตเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและผลประโยชน์ทางกฎหมายของรัฐก็ขึ้นอยู่กับสัญชาติของปัจเจกบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วย นักวิชาการ Meron กล่าวว่ากฎเกณฑ์การสิ้นสุดการเยียวยาไม่สามารถนำมาใช้ในกรณีที่รัฐได้รับความเสียหายโดยตรงได้¹²⁷

ร่างบทมาตราของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความคุ้มครองทางทูต มาตรา 14 ได้กำหนดเรื่องการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายใน โดยบัญญัติว่า

¹²⁵ United Nations, *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*, p. 46, para. 5.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 46, para. 6.

¹²⁷ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 474.

“1. รัฐอาจจะไม่ยกข้อเรียกร้องระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับคนชาติที่ได้รับความเสียหายหรือบุคคลอื่นที่กล่าวไว้ในร่างบทมาตรา 8 ก่อนบุคคลที่ได้รับความเสียหายอยู่ภายใต้ร่างบทมาตรา 15 หากบุคคลนั้นสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในแล้ว

2. “การเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายใน” หมายถึงการเยียวยาตามกฎหมายที่เปิดให้บุคคลที่ได้รับความเสียหายต่อฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายบริหาร ไม่ว่าจะโดยวิธีทั่วไปหรือวิธีการพิเศษของรัฐที่ถูกกล่าวหาว่ามีความรับผิดชอบจากการที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้น

3. การเยียวยาภายในต้องสิ้นสุดลงแล้วก่อนที่จะมีการเรียกร้องระหว่างประเทศ หรือมีคำร้องให้มีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องนั้น” *

ร่างบทมาตรา 14 บัญญัติจากกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ต้องมีการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในก่อนเพราะเป็นเงื่อนไขที่ต้องกระทำก่อนที่รัฐจะให้ความคุ้มครองทางทูตได้ ซึ่งหลักการนี้ได้รับการสนับสนุนในคดี the *Interhandel*¹²⁸ และในคดี the *Electronica Sicula (ELSI)*¹²⁹ โดยศาลกล่าวว่า “การสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในก็เพื่อให้มั่นใจว่ารัฐที่กระทำละเมิดเกิดขึ้นต้องแก้ไขปัญหาโดยวิธีการของตนเอง ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายภายในของตน” ดังนั้นก่อนที่จะมีการให้ความคุ้มครองทางทูตได้นั้น การเยียวยาความเสียหายตามกระบวนการยุติธรรมภายในต้องสิ้นสุดลงเสียก่อน ซึ่งไม่มีประมวลกฎหมายใดที่เป็นกฎเกณฑ์ที่สมบูรณ์ที่สามารถใช้ได้กับทุกกรณีได้ ดังนั้นในร่างบทมาตรา 14 วรรค 2 จึงอธิบายในความหมายกว้างๆ ว่ารูปแบบหลักของการเยียวยาต้องสิ้นสุดลง ดังนั้นคนต่างด้าวต้องหมดหนทางเยียวยาที่จะสามารถทำได้จากการเยียวยาทางศาลตามที่ได้กำหนดไว้ภายใต้กฎหมายภายในของรัฐที่มีความรับผิดชอบ หากกฎหมายภายในของรัฐอนุญาตให้มีการอุทธรณ์ถ้าในกรณีนั้นสามารถยื่นต่อศาลสูงได้ เช่น การอุทธรณ์ก็เพื่อให้ศาลมีคำตัดสินถึงที่สุดโดยคดีนั้น แม้ว่าบุคคลต่างด้าวไม่ได้อุทธรณ์ตามสิทธิที่เขามีไปยังศาลสูง แต่ศาลนั้นก็ใช้ดุลยพินิจเพื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในคดีนั้นได้ ซึ่งเท่ากับว่าบุคคลต่างด้าวนั้นยังสามารถใช้สิทธิเพื่ออุทธรณ์ต่อศาลได้อยู่ ซึ่งประเด็นที่สำคัญจึงอยู่ที่ว่าวิธีการในการเยียวยานั้นมีประสิทธิผลและเพียงพอที่จะแก้ไขปัญหาจากการละเมิดได้หรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้อง

* Article 14 of Draft Article on Diplomatic Protection 2006

“1. A State may not present an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8 before the injured person has, subject to draft article 15, exhausted all local remedies.

2. “Local remedies” means legal remedies which are open to the injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury.”

¹²⁸ *Interhandel case (Switzerland v. United States of America) Preliminary objections*, I.C.J. Reports 1959, p. 6, para. 27.

¹²⁹ I.C.J. Reports 1989, p. 15 at p. 42, para. 50.

พิจารณาลักษณะของการเยียวยาตามกฎหมายว่าเป็นวิธีการโดยทั่วไปหรือเป็นวิธีการเยียวยาแบบพิเศษ¹³⁰

ส่วนการเยียวยาของฝ่ายบริหารก็ต้องหมดยกเว้นทางลงเช่นเดียวกัน ซึ่งการเยียวยาภายในของรัฐไม่รวมการเยียวยาที่มีจุดประสงค์เพื่อให้ได้รับความกรุณาและไม่ใช่เป็นการกล่าวอ้างสิทธิ อีกทั้งไม่รวมถึงการเยียวยาตามมารยาท ยกเว้นแต่ว่าการเยียวยานั้นเป็นเงื่อนไขที่ต้องกระทำก่อนเพื่อนำไปสู่กระบวนการพิจารณาคดี¹³¹ ทั้งนี้การร้องขอเพื่อบรรเทาโทษ (clemency) และการร้องขอต่อผู้ตรวจการของรัฐสภาโดยทั่วไปแล้วก็อยู่ในการเยียวยาของฝ่ายบริหารด้วย¹³²

วรรค 3 ของร่างมาตรา 14 กำหนดว่า กฎเกณฑ์ในเรื่องการหมดยกเว้นทางเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในจะนำมาใช้เฉพาะในกรณีของรัฐผู้เรียกร้องได้รับความเสียหาย “โดยทางอ้อม” (indirect) นั่นก็คือรัฐได้รับความเสียหายผ่านคนชาตินั้นเอง ดังนั้นกฎเกณฑ์ในเรื่องการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในจะไม่นำมาใช้ในกรณีของรัฐผู้เรียกร้องเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐอื่น เพราะรัฐจะมีเหตุผลของตนเองที่แตกต่างจากการที่รัฐได้รับความเสียหายผ่านทางคนชาติในการกล่าวอ้างข้อเรียกร้องระหว่างประเทศ¹³³ ดังนั้นในทางปฏิบัติจึงพิจารณาได้ยากว่า ข้อเรียกร้องนั้นเป็นข้อเรียกร้องโดยตรงหรือโดยอ้อม แต่ถ้าหากเมื่อข้อเรียกร้องนั้นมีทั้งข้อกล่าวอ้างว่ารัฐได้รับความเสียหายและความเสียหายของคนชาตินั้นคือความเสียหายของรัฐด้วยแล้ว ก็เป็น “การเรียกร้องแบบผสม” (mixed claim) ขึ้น ซึ่งในหลายๆคดีที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาการเรียกร้องแบบผสมนี้ เช่นในคดี the Hostages,^{*} คดี the Tnterhandel,^{**} คดี the Arrest Warrant of 11 August 2000^{***} ซึ่งในคดี

¹³⁰ United Nations, *Official Records of the General Assembly, fifty-eighth Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*, p. 72, para. 4.

¹³¹ Ibid, para. 5.

¹³² Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), paras. 135-143.

¹³³ United Nations, *Official Records of the General Assembly, fifty-eighth Session, Supplement No. 10 (A/61/10)*, p. 74, para. 9.

* คดีเกี่ยวกับนักการทูตและเจ้าหน้าที่กงสุลของสหรัฐอเมริกาในกรุงเตหะราน ระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและอิหร่าน โดยสหรัฐอเมริกาอ้างว่าคดีนี้เกิดจากการที่อิหร่านละเมิดพันธกรณีต่อสหรัฐอเมริกาในการให้ความคุ้มครองนักการทูตและเจ้าหน้าที่กงสุลของสหรัฐอเมริกาในกรุงเตหะราน แต่ในขณะเดียวกันทั้งนักการทูตและเจ้าหน้าที่กงสุลก็ได้รับความเสียหายในฐานะที่เป็นคนชาติของสหรัฐอเมริกาเนื่องจากถูกจับกุมเป็นตัวประกันด้วย ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าข้อเรียกร้องเกิดจากการละเมิดโดยตรงต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

** คดีที่ประเทศสวิสเซอร์แลนด์นำข้อเรียกร้องขึ้นมาสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยเป็นการกระทำต่อสวิสเซอร์แลนด์โดยตรงเนื่องมาจากการละเมิดสนธิสัญญาและมีการกระทำผิดโดยอ้อมผ่านทางความเสียหายของบริษัทของคนชาติ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าข้อเรียกร้องนี้เป็นความเสียหายโดยอ้อมมากกว่าและในคดีนี้ก็ยังไม่มีการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในด้วย

*** คดีระหว่างสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกและเบลเยียม เป็นคดีที่คองโกกล่าวอ้างว่าได้รับความเสียหายโดยตรงและผ่านทางคนชาติของตนนั่นก็คือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (the Foreign Minister) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าข้อเรียกร้องดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงการให้ความคุ้มครองแก่คนชาติเลย ดังนั้นสาธารณรัฐประชาธิปไตยคองโกจึงไม่จำเป็นต้องหมดยกเว้นทางเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในก่อน

เหล่านี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะพิจารณาไปตามข้อเรียกร้องว่ามีน้ำหนักไปในทางใดมากกว่า มาถึงคดีอาวินาที่ประเทศเม็กซิโกต้องการให้ความคุ้มครองคนชาติที่ถูกคุมขังอยู่ในแดนประหารของ สหรัฐอเมริกาภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความคุ้มครองทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยประเทศเม็กซิโกได้กล่าวอ้างว่า “ตนเองได้รับความเสียหายโดยตรงและผ่านทางคนชาติของตน” (itself suffered, directly and through its nationals) เนื่องจากสหรัฐอเมริกาไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลในส่วนที่เกี่ยวกับการเข้าถึงคน ชาติของกงสุล โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสนับสนุนข้อกล่าวอ้างนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่า “ในกรณีนี้ เป็นความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันของสิทธิของรัฐและสิทธิของปัจเจกบุคคล” โดยประเด็นในคดีอาวินานี้ จะได้ศึกษาโดยละเอียดในบทที่ 3 ต่อไป

ในกรณีของการเรียกร้องแบบผสม จึงเป็นหน้าที่ของศาลในการพิจารณาว่าองค์ประกอบของ ข้อเรียกร้องที่กล่าวอ้างมานั้นมีความแตกต่างกันอย่างไรและพิจารณาว่าองค์ประกอบนั้นเป็นข้อ เรียกร้องโดยตรงหรือโดยอ้อมว่ามีน้ำหนักมากกว่ากัน (preponderant) ถ้าหากว่าข้อเรียกร้องนั้นมี น้ำหนักอยู่ที่ความเสียหายของคนชาติ ก็เป็นหลักฐานที่ยืนยันได้ว่าข้อเรียกร้องนั้นไม่อาจนำมา เรียกร้องได้ หากไม่ใช่เพื่อความเสียหายของคนชาติ¹³⁴ ดังนั้นปัจจัยที่ใช้พิจารณาว่าข้อเรียกร้องมี น้ำหนักไปในทางใดมากกว่ากันก็ให้พิจารณาจากลักษณะของข้อเรียกร้องและการเยียวยาที่ร้องขอ ดังนั้นหากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล นักการทูต หรือทรัพย์สินของรัฐได้รับความ เสียหาย โดยปกติข้อเรียกร้องนั้นจะเป็นข้อเรียกร้องโดยตรง แต่ถ้าหากว่ารัฐเรียกร้องการชดใช้ ค่าเสียหายเป็นตัวเงินในนามคนชาติของตนในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลแล้ว ข้อเรียกร้องนั้นจะเป็นข้อ เรียกร้องโดยอ้อม¹³⁵

2.7 กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐ

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน ของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ภายในรัฐ ตามทฤษฎีทาง กฎหมายแล้วรัฐแต่ละรัฐมีอำนาจอธิปไตยและความเท่าเทียมกัน¹³⁶ แต่ในความเป็นจริงรัฐทั้งหลาย จำเป็นต้องมีการติดต่อกันเพื่อผลประโยชน์ในด้านต่างๆของรัฐ ดังนั้นอำนาจอธิปไตยของรัฐจึงไม่ สมบูรณ์เด็ดขาดเมื่ออยู่ในสังคมนระหว่างประเทศ เพราะการแสดงบทบาทของรัฐในระบบระหว่าง ประเทศจะเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในของรัฐนั้นและกฎหมายระหว่างประเทศ ของรัฐทั้งหมด ซึ่งปัญหาในทางปฏิบัติที่อาจจะเกิดขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการขัดกันของกฎหมาย

¹³⁴ United Nations, Official Records of the General Assembly, fifty-eighth Session, Supplement No. 10 (A/61/10), p. 75, para. 11.

¹³⁵ Ibid, p. 76, para. 12.

¹³⁶ Malcolm N. Shaw, International Law Fifth Edition, p. 120.

ระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอพิจารณาเฉพาะประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น

กฎหมายภายในของรัฐเกี่ยวข้องกับกระทำการกระทำของรัฐบาลของรัฐนั้นๆ และเกี่ยวข้องกับเรื่องระหว่างปัจเจกบุคคลของรัฐด้วยกันเอง และเรื่องระหว่างหน่วยงานฝ่ายปกครองและปัจเจกบุคคล ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศมุ่งเน้นที่ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ¹³⁷ ทั้งนี้จึงเป็นเรื่องของแต่ละรัฐที่จะไปกำหนดว่าความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐจะอยู่ในรูปแบบใด

ระบบทวินิยม (dualism) คือระบบที่กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในเป็นอิสระและแยกออกจากกันและไม่สามารถนำมาอ้างได้ว่ามีผลต่อกันและกันหรือลบล้างกันได้ ที่เป็นเช่นนี้เพราะลักษณะความแตกต่างทางพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและความสัมพันธ์เหนือรัฐและความแตกต่างทางโครงสร้างทางกฎหมาย¹³⁸ โดยนักกฎหมายในระบบทวินิยมเห็นว่า หากกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐในเรื่องเดียวกันนั้นมีความขัดแย้งกันศาลภายในของรัฐก็พิจารณาไปตามหลักการคดีของศาลตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา นักกฎหมายในระบบทวินิยมกล่าวว่า การให้สัตยาบันต่อสนธิสัญญาระหว่างประเทศก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายในระดับระหว่างประเทศเท่านั้น นั่นก็คือผูกพันแต่รัฐภาคีในสนธิสัญญาเท่านั้น แต่ถ้าหากต้องการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับใช้ในศาลภายในของรัฐก็ต้องนำสนธิสัญญาที่เป็นภาคนั้นมาผ่านกระบวนการทางกฎหมายภายในของรัฐเพื่อให้มีผลบังคับใช้ในระดับภายในรัฐเสียก่อน และศาลภายในของรัฐจะนำมาปรับใช้ในฐานะกฎหมายภายในของรัฐ¹³⁹

ในขณะที่ระบบเอกนิยม (monism) ที่แม้จะมีความหลายหลายแต่โดยใจความสำคัญแล้วมีหลักอยู่ว่า กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐต่างก็เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเหมือนกันและให้ความสำคัญกับความสูงสุดของกฎหมายระหว่างประเทศเหนือกฎหมายภายในของรัฐ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศแสดงถึงควมศิวิไลซ์ของสังคมระหว่างประเทศ หรือผ่านการสั่งสมมาอย่างช้านานจนมาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศโดยรัฐต่างๆ ได้ถือปฏิบัติตาม ดังนั้นภายใต้หลักการเอกนิยมกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐมีความเป็นหนึ่งเดียวกัน ซึ่งหมายความว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศมีผลเป็นกฎหมายภายในของรัฐภาคีโดยอัตโนมัติจากการให้สัตยาบัน และศาลภายในของรัฐก็จะนำบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศ

¹³⁷ Ibid., p. 121.

¹³⁸ Ibid., p. 122.

¹³⁹ Alina Kaczorowska, *Public International Law Fourth Edition* (Oxon: Routledge Taylor & Francis Group, 2010), p. 147.

มาใช้ในศาลภายในในฐานะที่เป็นบทบัญญัติระหว่างประเทศแต่ไม่ใช่ในฐานะของบทบัญญัติของกฎหมายภายใน¹³⁹

2.7.1 กฎหมายภายในของรัฐในศาลระหว่างประเทศ

กฎเกณฑ์ทั่วไป หากมีการขัดแย้งระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐ กฎหมายระหว่างประเทศมีอำนาจเหนือกว่ากฎหมายภายในของรัฐ และร่างบทมาตรา ก็ได้กล่าวไว้ว่า “รัฐไม่อาจกล่าวอ้างกฎหมายภายในเพื่อไม่ปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศได้” และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาตรา 27 ก็ได้กำหนดว่า “รัฐภาคีไม่อาจกล่าวอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในของตนเพื่อไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้...”^{*}

ในคดี LaGrand จากที่กล่าวไปในข้างต้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาประเด็นในคดีเกี่ยวกับกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไป (procedural default rule) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ห้ามจำเลยยกข้อต่อสู้ชั้นศาลของรัฐบาลกลางหากไม่ได้ยกข้อต่อสู้ชั้นศาลของมลรัฐ โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า “ถึงแม้ว่าโดยตัวของกฎเกณฑ์นี้เองแล้วไม่เป็นการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง แต่การนำมาใช้ต่างหากจึงเกิดการละเมิดมาตรา 36 ขึ้น” เพราะกฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาความทั่วไปขัดขวางคนชาติของประเทศเยอรมนีไม่ให้ยื่นคำร้องอุทธรณ์ที่พวกเขาไม่ได้ยกเป็นข้อต่อสู้จากการที่เจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในการให้ข้อมูลทางกงสุลโดยไม่ชักช้า ตามบทบัญญัติมาตรา 36 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในศาลชั้นต้น ดังนั้นจึงทำให้คนชาติของประเทศเยอรมนีไม่ได้รับความคุ้มครองทางกงสุลจากเจ้าพนักงานกงสุลของประเทศเยอรมนี และคำพิพากษาคดี LaGrand ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีการทบทวนแก้ไขกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปเลย ดังนั้นการขัดแย้งกันระหว่างกฎหมายภายในของรัฐและพันธกรณีระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องมีผลต่อความชอบด้วยกฎหมายในระดับภายในรัฐ ดังนั้น การกระทำภายใต้กฎหมายภายในที่ตรงข้ามกับกฎหมายระหว่างประเทศอาจจะเป็นการยอมรับในระดับภายในของรัฐเท่านั้น ในขณะที่รัฐอื่น ๆ ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องยอมรับผลที่กระทบในระดับระหว่างประเทศนั้น¹⁴⁰

2.7.2 กฎหมายระหว่างประเทศในศาลภายในของรัฐ

¹³⁹ Ibid., p. 148.

^{*} Article 27 of Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 - Internal law and observance of treaties
“A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.”

¹⁴⁰ Ibid., p. 151.

ปัญหาของกฎหมายระหว่างประเทศในระบบกฎหมายภายในของรัฐค่อนข้างเป็นปัญหาที่ซับซ้อน แน่นนอนว่ารัฐอยู่ภายใต้พันธกรณีทั่วไปที่ต้องกระทำการให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศและต้องมีความรับผิดชอบเมื่อทำละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะรัฐนั้นจะกระทำผิดโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายตุลาการก็ตาม ยิ่งไปกว่านี้สนธิสัญญาระหว่างประเทศอาจจะบังคับไปยังบทบัญญัติภายในของรัฐภาคีก็ได้¹³⁹

สำหรับกฎหมายระหว่างประเทศในสหรัฐอเมริกา กฎหมายระหว่างประเทศมีฐานะเทียบเท่าเป็นกฎหมายภายในของรัฐ* และในสหรัฐอเมริกามีการแยกพิจารณาด้วยว่ากฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็นกฎหมายระหว่างประเทศในรูปแบบใด ในการยอมรับสถานะของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในศาลภายในของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวว่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศเป็นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาก็ยังมีการพิจารณาในศาลของรัฐบาลกลางว่ามีผลผูกพันต่อศาลของมลรัฐ¹⁴⁰ ทั้งนี้เพราะระบบศาลของสหรัฐอเมริกาผูกพันตามหลักอรรถคดีของศาลในคดีก่อน อีกทั้งการออกกฎหมายของสภานิติบัญญัติ (Congress) ไม่อาจละเมิดกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้อีกด้วย อย่างไรก็ตามก็มีการยอมรับว่ารัฐบัญญัติ (statute) ก็เข้ามาแทนที่สนธิสัญญาที่ออกมาก่อนหรือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มีอยู่ก่อนได้¹⁴¹

เมื่อได้ศึกษาหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐแล้ว ความสำคัญของหลักกฎหมาย โดยเฉพาะร่างกฎหมายของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ มีผลต่อคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ มาก เพราะศาลได้นำไปใช้ในการวางกฎเกณฑ์ความรับผิดชอบ องค์ประกอบของการละเมิดการเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งเรื่องการฟ้องร้องแบบผสมของรัฐ

ในบทต่อไปจะได้ศึกษาถึงคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนา 2 ฉบับ ซึ่งจะได้วิเคราะห์ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยข้อเท็จจริงให้เข้ากับหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ จนนำไปสู่การเยียวยาซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่จะได้ศึกษาต่อไป

¹³⁹ Malcolm N. Shaw, *International Law Fifth Edition*, p. 128.

* ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในคดี *Boos v. Barry* เน้นย้ำว่า “เป็นที่แน่นอนว่าสหรัฐอเมริกามีผลประโยชน์ของคนชาติของรัฐในการปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเป็นเรื่องของรัฐธรรมนูญ”

¹⁴⁰ Malcolm N. Shaw, *International Law Fifth Edition*, p. 144.

¹⁴¹ *Ibid.*

บทที่ 3

ข้อพิจารณาว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศและความสัมพันธ์กับคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) และคดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009)

ก่อนที่จะได้พิจารณารายละเอียดของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ผู้เขียนจะขออธิบายอย่างคร่าวๆ ว่าคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ จะแบ่งออกเป็น 2 ฉบับ โดยฉบับแรกจะเป็นคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในการสื่อสารและการติดต่อกับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่ถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้ชื่อคดีว่าคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) โดยในภาพรวมของคดีแรกที่ประเทศเม็กซิโกนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคือการละเมิดสิทธิในการสื่อสารและการติดต่อของเจ้าพนักงานกงสุลของเม็กซิโกกับบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน ภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 (the Vienna Convention on Consular Relations of 24 April 1963 - VCCR) เมื่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาว่าตนมีเขตอำนาจเหนือคดีนี้ (Jurisdiction) และคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกสามารถรับฟังได้ (Admissibility) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้พิจารณาตามเนื้อความในคดี (Merits) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาประเด็นในคดีได้แก่ การละเมิดพันธกรณีในการสื่อสารและการติดต่อกับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยมีประเด็นย่อยที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาคือ การละเมิดการแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่ถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยไม่ชักช้า และการไม่แจ้งให้สถานทำการทางกงสุลของประเทศเม็กซิโกทราบโดยไม่ชักช้า ถึงเรื่องบุคคลสัญชาติเม็กซิกันถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้มาตรา 36 (1) นอกจากนี้ยังมีประเด็นการใช้กฎหมายภายในให้สอดคล้องต่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ตามมาตรา 36 (2) รวมทั้งประเด็นการให้ความคุ้มครองทางทูต (Diplomatic Protection) และประเด็นบุคคลสองสัญชาติ (Dual Nationality)

และประเด็นสุดท้ายของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนี้คือ การเยียวยาความเสียหายที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ในส่วนลงคะแนนชี้ขาดว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องมีการเยียวยาความเสียหายโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา (Review and Reconsideration) อันเป็นพันธกรณีที่ต้องเกิดผลโดยเจาะจงตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและต้องเกิดผลขึ้นในเวลาที่เหมาะสมผล แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้ตอบสนองใดๆ ต่อคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ในวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 เลย เพราะเมื่อเวลาผ่านไปถึงปี ค.ศ. 2008 มีบุคคลสัญชาติเม็กซิกันเพียงคนเดียวเท่านั้นที่ได้รับการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา และมีอีกคดีหนึ่งที่ศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกากำลังจะทำการประหารชีวิตบุคคลสัญชาติเม็กซิกันตามที่มีรายชื่อในคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) โดยที่ยังไม่ได้รับการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาเลย ดังนั้น จึงเป็นเหตุให้ประเทศเม็กซิโกยื่นฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอีกครั้งเพื่อขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตีความคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ โดยในคดีที่ 2 นี้ ใช้ชื่อคดีว่า คดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาถึงเขตอำนาจศาลเหนือคดีภายใต้มาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่าเป็นเรื่องข้อพิพาทที่เกี่ยวกับขอบเขตและความหมายของคำพิพากษา โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้แบ่งประเด็นในการพิจารณาถึงองค์ประกอบว่ามีข้อพิพาทเกิดขึ้นอย่างแท้จริงระหว่างประเทศเม็กซิโกกับประเทศสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ซึ่งก็คือประเด็นข้อพิพาทในเรื่องการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ตามย่อหน้าที่ 153 (9) ของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้กล่าวไว้ว่าหากพิจารณาตามข้อเท็จจริงแล้วดูเหมือนว่าทั้งประเทศเม็กซิโกและประเทศสหรัฐอเมริกต่างก็มีความเห็นที่แตกต่างกัน แต่ประเทศเม็กซิโกก็ไม่ได้แสดงให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นถึงประเด็นที่เป็นข้อพิพาทโดยเจาะจง จึงทำให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่อาจรับฟ้องคดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2009) ได้ แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้พิจารณาคำฟ้องเพิ่มเติมของประเทศเม็กซิโกในประเด็นการละเมิดมาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 และการละเมิดพันธกรณีในการเยียวยาความ

เสียหายโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาตามย่อหน้าที่ 153 (9) ของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) ซึ่งผู้เขียนได้สรุปให้เห็นความแตกต่างของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ทั้ง 2 ฉบับ ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 3 สรุปภาพรวมของคำพิพากษาคดีอาวีนาทั้ง 2 ฉบับ

คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004)	คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีคำร้องให้มีการตีความคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009)
1. มาตรการชั่วคราว	1. มาตรการชั่วคราว
2. เขตอำนาจของศาล	2. เขตอำนาจของศาล <ul style="list-style-type: none"> - การมีข้อพิพาทระหว่างคู่ความ - พันธกรณีในเรื่องการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ - พันธกรณีที่ต้องเกิดผลภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล
3. การรับฟ้อง	3. การรับฟ้อง
4. การละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963	4. การละเมิดคำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008
5. การให้ความคุ้มครองทางทูต	5. การละเมิดพันธกรณีในการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของสหรัฐอเมริกาตามย่อหน้าที่ 153 (9) คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ
6. บุคคลสองสัญชาติ	
7. การเยียวยาความเสียหายโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของสหรัฐอเมริกา	

เมื่อได้เห็นประเด็นคร่าวๆ ในการพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 2 คดีแล้ว ต่อมาจะได้พิจารณาประเด็นต่างๆ ตามที่กล่าวไว้ข้างต้นอย่างละเอียด ดังต่อไปนี้

3.1 คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004)

3.1.1 ข้อเท็จจริงในคดีและที่มาของการยื่นฟ้องคดีของประเทศเม็กซิโกต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ในวันที่ 9 มกราคม ค.ศ. 2003 รัฐบาลของประเทศเม็กซิโกได้ยื่นคำฟ้องเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต่อประเทศสหรัฐอเมริกา ภายใต้มาตรา 40 วรรค 1 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และมาตรา 38 แห่งกฎของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยกล่าวหาประเทศสหรัฐอเมริกาว่าได้ทำการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่แจ้งสิทธิทางกงสุลแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่อยู่ในแดนประหาร (death row) ทั้ง 54 คน ในเรื่องสิทธิในการสื่อสารและติดต่อกับสถานทำการทางกงสุลของประเทศเม็กซิโกภายใต้มาตรา 36 (1)(b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยไม่ชักช้าก่อนที่พวกเขาจะถูกคุมขัง พิจารณาคดีและพิพากษาลงโทษให้ถูกตัดสินประหารชีวิต และผลจากการละเมิดนั้นทำให้บุคคลสัญชาติเม็กซิกันไม่ได้ใช้สิทธิในการเข้าถึงเจ้าพนักงานกงสุลของประเทศเม็กซิโก และเจ้าพนักงานกงสุลของประเทศเม็กซิโกก็ไม่ได้ใช้สิทธิในการเข้าเยี่ยมและจัดหาที่ปรึกษาทางกฎหมายแก่คนชาติของตน เพื่อช่วยเหลือในเรื่องการดำเนินคดีอาญาในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย นอกจากนี้จากการละเมิดนั้นทำให้ประเทศเม็กซิโกไม่สามารถใช้สิทธิของตน ฉะนั้น จึงทำให้สิทธิของประเทศเม็กซิโกได้รับความเสียหายและยังก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของคนชาติเม็กซิโกอีกด้วย

ในคำฟ้องของประเทศเม็กซิโก ประเทศเม็กซิโกกล่าวหาว่าเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California) , มลรัฐเท็กซัส (Texas) , มลรัฐอิลลินอยส์ (Illinois) , มลรัฐอาร์ิโซนา (Arizona) , มลรัฐอาร์คันซัส (Arkansas) , มลรัฐฟลอริดา (Florida) , มลรัฐเนวาดา (Nevada) , มลรัฐโอไฮโอ (Ohio) , มลรัฐโอกลาโฮมา (Oklahoma) , และ มลรัฐโอเรกอน (Oregon) ได้จับกุม คุมขัง พิจารณาคดี มีคำพิพากษาและการลงโทษตัดสินประหารชีวิตแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันไม่น้อยกว่า 54 คน ซึ่งคนชาติเหล่านี้ต่างก็ถูกตัดสินประหารชีวิตในรัฐที่กล่าวไว้ข้างต้นโดยที่กระบวนการพิจารณาคดีของบุคคลที่กล่าวมานั้น เจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้มาตรา 36 (1)(b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทาง

กงสุล ค.ศ. 1963 เลย์¹ นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าในระดับมลรัฐหรือระดับรัฐบาลกลางต่างก็ปฏิเสธการบรรเทาความเสียหายอย่างเพียงพอต่อการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นั้น หรือไม่ได้แสดงให้เห็นประเทศเม็กซิโกมั่นใจได้เลยว่าเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะยุติการละเมิดนั้น²

อีกทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเม็กซิโกมีความคิดเห็นที่ขัดแย้งกันในเรื่องการตีความและการใช้ออนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 เพราะทั้งคู่ต่างก็ไม่เห็นด้วยในเรื่องขอบเขตและลักษณะของสิทธิตามมาตรา 36 รวมถึงความหมายของคำว่า “โดยไม่ชักช้า” (without delay) ด้วย รวมทั้งยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในประเด็นเรื่องการเยียวยาความเสียหายเมื่อประเทศสหรัฐอเมริกามีการละเมิดสิทธิของประชาชนของประเทศเม็กซิโกภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963³

ประเด็นในคำฟ้องของเม็กซิโกอีกประเด็นหนึ่งคือ บุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่ถูกดำเนินคดีอาญาในศาลของมลรัฐไม่สามารถยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้เพราะว่ากฎหมายว่าด้วยกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไปซึ่งเป็นกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาไม่อนุญาตให้ทำเช่นนั้น เพราะผู้ต้องหาไม่ได้ยกข้อต่อสู้ดังกล่าวมาในศาลชั้นต้น แต่ตามมาตรา 36 (2) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แล้ว กฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาต้องใช้ให้ได้ผลอย่างเต็มที่ต่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 หรือถึงแม้ว่าชาติของประเทศเม็กซิโกจะได้ยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้ในศาลของมลรัฐ แต่ศาลของมลรัฐก็ยังคงปฏิเสธการเยียวยาเนื่องจากการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นั้นอยู่ดี ด้วยเหตุผลที่ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ปัจเจกบุคคลที่จะนำข้อเรียกร้องเกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาเรียกร้องได้ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา จึงทำให้คนชาติของประเทศเม็กซิโกไม่ได้รับการเยียวยาทางศาล ซึ่งศาลของรัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิเสธด้วยเหตุผลนี้เช่นเดียวกัน⁴

ด้วยเหตุผลทั้งหมดนี้ ประเทศเม็กซิโกในฐานะที่เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และพิธีสารเลือกรับเกี่ยวกับการบังคับการระงับข้อพิพาทซึ่งประกอบอนุสัญญากรุงเวียนนา จึงได้ยื่นฟ้องประเทศสหรัฐอเมริกาต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่าประเทศสหรัฐอเมริการะทำละเมิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ และขอให้มีการชดใช้เยียวยาแก่

¹ International Court of Justice, *Application Instituting Proceedings of Mexico (Mexico v. United States)*, 9 January 2003, p. 1, para. 1

² *Ibid.*, p. 1, para. 4.

³ *Ibid.*, p. 2, para. 5.

⁴ *Ibid.*, p. 4, para. 17.

ประเทศเม็กซิโก ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และพิธีสารเลือกรับฉบับดังกล่าวนี้เช่นเดียวกัน โดยการฟ้องร้องนี้ยังอาศัยมาตรา 1 แห่งพิธีสารเลือกรับเกี่ยวกับการบังคับการระงับข้อพิพาทซึ่งประกอบอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963⁵

3.1.2 มาตรการชั่วคราว (Provisional Measures)

ประเทศเม็กซิโกได้ยื่นคำฟ้องเริ่มต้นคดีต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และได้ยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำสั่งชั่วคราวในเรื่องมาตรการชั่วคราว (Provisional Measures) ตามคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกที่ได้บรรยายมานั้น บุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 3 คน ได้แก่ นายเซซาร์ โรแบร์โต ฟิแอร์โร เรย์นา (César Roberto Fierro Reyna) นายโรแบร์โต โมเรโน รามอส (Roberto Moreno Ramos) และนายออสวัลโด ตอร์เรส อากีเลรา (Osvaldo Torres Aguilera) มีความเสี่ยงที่จะถูกประหารชีวิตภายในช่วงเวลาหกเดือนนับจากนี้และยังมีบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ อีกหลายคนที่มีความเสี่ยงที่จะถูกประหารก่อนสิ้นปี ค.ศ. 2003 และยังมีกำหนดวันประหารชีวิตนายเซซาร์ โรแบร์โต ฟิแอร์โร เรย์นา (César Roberto Fierro Reyna) ในวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2003⁶ ดังนั้น บุคคลทั้ง 3 นี้จึงมีความเสี่ยงที่จะถูกประหารชีวิตก่อนที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะมีคำพิพากษาตามเนื้อความในคดี จึงเข้าเงื่อนไขความเร่งด่วนฉุกเฉิน (the condition of urgency) ที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะมีคำสั่งในเรื่องมาตรการชั่วคราวได้⁷ นอกจากนี้ยังมีความเป็นไปได้ว่าจะมีภัยคุกคามอันจะเกิดความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ (irreparable prejudice) เพราะในคดีนี้มีการกำหนดวันประหารชีวิตขึ้นแล้ว⁸

ประเทศเม็กซิโกเน้นย้ำว่าการกระทำของประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งการแสดงความเสียใจหลังจากที่ได้ประหารชีวิตบุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่ถูกละเมิดสิทธิภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ไปแล้ว และการพิจารณาโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารนั้นเป็นเรื่องความสุภาพ (grace) และไม่ใช่ว่าเรื่องทางกฎหมาย ซึ่งไม่ใช่การเยียวยาอย่างเพียงพอจากการละเมิดของเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้พันธกรณีของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963⁹

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาแล้วว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลในเบื้องต้น (prima facie) ภายใต้มาตรา 1 แห่งพิธีสารเลือกรับเกี่ยวกับการบังคับการระงับข้อ

⁵ Ibid., p. 2, paras. 7-9.

⁶ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Request for the Indication of Provisional Measure, Order of 5 February 2003, p. 81, para. 11.

⁷ Ibid., p. 84, para. 28.

⁸ Ibid., p. 85, para. 34.

⁹ Ibid., p. 84, para. 27.

พิพาทซึ่งประกอบอนุสัญญากรุงเวียนนาเพื่อพิจารณาคดีนี้¹⁰ และมาตรการชั่วคราวภายใต้มาตรา 41 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำสั่งมาตรการชั่วคราว จนกว่าจะมีคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตามเนื้อความในคดี ดังนั้นหากพิสูจน์ว่าคดีนี้มี เหตุฉุกเฉินเร่งด่วนว่าจะมีการกระทำที่จะเกิดความเสียหายต่อสิทธิของคู่ความเกิดขึ้นอีก ศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศก็สามารถมีคำสั่งมาตรการชั่วคราวได้จนกว่าศาลจะได้มีคำพิพากษา¹¹

ด้วยเหตุที่มีข้อมูลปรากฏต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนี้ว่า บุคคลสัญชาติเม็กซิกัน ทั้ง 3 คน ได้แก่ นายเซซาร์ โรแบร์โต ฟิแอร์โร เรย์นา (César Roberto Fierro Reyna) นายโรแบร์โต โมเรโน รามอส (Roberto Moreno Ramos) และนายออสวัลโด ตอร์เรส อากีเลรา (Osvaldo Torres Aguilera) มีความเสี่ยงที่จะถูกประหารชีวิตในเดือนที่จะถึงนี้หรือภายในอีกไม่กี่อาทิตย์ และการประหารชีวิตนั้นอาจเกิดความเสียหายต่อสิทธิใดๆ ที่อาจจะเป็นผลมาจากคำตัดสินของศาลภายใน ของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อประเทศเม็กซิโกโดยไม่อาจแก้ไขได้ ดังนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จึงมีคำสั่งว่า ตามสถานการณ์ที่ประเทศเม็กซิโกได้ร้องขอมานั้น จึงให้มีมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครอง สิทธิเหล่านั้น ตามมาตรา 41 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ¹²

แต่สำหรับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ที่มีรายชื่อตามคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกนั้น ถึงแม้ว่าในเวลานี้จะอยู่ในแดนประหาร แต่ก็ไม่ได้มีสถานะเช่นเดียวกับบุคคลทั้ง 3 ข้างต้น แต่ถ้าหาก ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีโอกาสที่เหมาะสมที่จะมีคำสั่งมาตรการชั่วคราวภายใต้มาตรา 41 แห่ง ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับบุคคลเหล่านั้น ก่อนที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะ มีคำพิพากษาในคดีนี้อีกก็ได้ หากเข้าเงื่อนไขความฉุกเฉินเร่งด่วนดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น¹³

ด้วยเหตุผลทั้งหมดนี้ ศาลด้วยคะแนนเป็นเอกฉันท์

I. มีคำสั่งมาตรการชั่วคราว

(a) สหรัฐอเมริกาต้องระงับการทุกมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มั่นใจว่านายเซซาร์ โรแบร์โต ฟิแอร์โร เรย์นา (César Roberto Fierro Reyna) นายโรแบร์โต โมเรโน รามอส (Roberto Moreno Ramos) และนายออสวัลโด ตอร์เรส อากีเลรา (Osvaldo Torres Aguilera) จะไม่ถูกประหารชีวิต จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษามาตามกระบวนการพิจารณาของศาลนี้ ;

(b) รัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาต้องบอกกล่าวมาตรการทุกมาตรการแก่ศาลภายในเพื่อให้ ปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการชั่วคราวนี้

¹⁰ Ibid., p. 87, para. 42.

¹¹ International Court of Justice, *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, p. 17, para. 23

¹² International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Request for the Indication of Provisional Measure, Order of 5 February 2003, p. 91, para. 55.

¹³ Ibid., p. 91, para. 56

II. ตัดสินว่า จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาในคดีนี้ ศาลยังครอบคลุมองค์ประกอบเนื้อความเป็นรูปแบบของคำสั่งมาตรการชั่วคราวนี้¹⁴

ดังนั้น หลังจากที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาแล้วว่า มีสถานการณ์ที่ฉุกเฉินเร่งด่วนอย่างเพียงพอในกรณีของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 3 คน ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำสั่งชี้ขาดในเรื่องคำสั่งมาตรการชั่วคราวต่อสหรัฐอเมริกาให้ “ทำมาตรการทุกมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มั่นใจ” ว่าเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องไม่ประหารผู้ต้องหาที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด¹⁵

3.1.3 เขตอำนาจศาล

คดีเกี่ยวกับอาวีนาและคนสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่าศาลมีเขตอำนาจในการพิจารณาตามเนื้อความในคดี ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นด้วยกับคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกที่แสดงเพื่อให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่า ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ มีกฎหมายระหว่างประเทศอยู่ 2 ฉบับที่เกี่ยวข้องในเรื่องเขตอำนาจศาลภายใต้ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นรัฐภาคีของพิธีสารเลือกรับเกี่ยวกับการบังคับการระงับข้อพิพาทซึ่งประกอบอนุสัญญากรุงเวียนนา และข้อพิพาทเกิดขึ้นมาจากการตีความและการปรับใช้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

ในเรื่องเขตอำนาจศาล ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกที่ขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความหรือการปรับใช้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963¹⁶ แต่ประเทศเม็กซิโกก็มีคำโต้แย้งต่อคำคัดค้านในเรื่องเขตอำนาจศาลและการรับฟังของ

¹⁴ Ibid., p. 91-92, para. 59.

(I. Indicates the following provisional measures:

(a) The United States of America shall take all measures necessary to ensure that Mr. César Roberto Fierro Reyna, Mr. Roberto Moreno Ramos and Mr. Osvaldo Torres Aguilera are not executed pending final judgment in these proceedings;

(b) The Government of the United States of America shall inform the Court of all measures taken in implementation of this Order.

II. Decides that, until the Court has rendered its final judgment, it shall remain seized of the matters which form the subject of this Order.)

¹⁵ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, p. 17, para. 3 (...it further decided that, "until the Court has rendered its final judgment, it shall remain seized of the matters" which formed the subject of that Order.)

¹⁶ Ibid., p. 30, para. 26. (The United States contends that the Court lacks jurisdiction to decide many of Mexico's claims, inasmuch as Mexico's submissions in the Memorial asked the Court to decide questions which do not arise out of the interpretation or application of the Vienna Convention, and which the United States has never agreed to submit to the Court.)

ประเทศสหรัฐอเมริกาว่าไม่สามารถรับฟังได้ เพราะคำคัดค้านของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นยกขึ้นมาหลังจากที่เลยกำหนดเวลาตามกฎหมายของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 79 วรรค 1 ซึ่งกล่าวว่า คำคัดค้านใดๆของจำเลยในเรื่องเขตอำนาจศาลหรือในเรื่องการรับฟังคำฟ้อง ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรให้เร็วที่สุด และไม่เกินกว่าเวลา 3 เดือนหลังจากที่ได้ยื่นคำฟ้องแล้ว ซึ่งหมายความว่าคำคัดค้านของประเทศสหรัฐอเมริกาต้องยื่นภายในกำหนดเวลา 3 เดือนหลังจากที่ประเทศเม็กซิโกยื่นคำฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้วในวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 2003 แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยื่นคำคัดค้านในเรื่องเขตอำนาจศาลและการรับฟังคำฟ้องมาในวันที่ 3 พฤศจิกายน ค.ศ. 2003 ซึ่งเป็นเวลามากกว่า 3 เดือน¹⁷ แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่า มาตรา 79 แห่งกฎหมายของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนำมาปรับใช้กับคำคัดค้านในเบื้องต้น (preliminary objections) เท่านั้น แต่คำคัดค้านที่ไม่ได้แสดงในฐานะคำคัดค้านเบื้องต้นตามมาตรา 79 วรรค 1 ก็ไม่ใช่ว่าจะรับฟังไม่ได้ เพราะคำคัดค้านของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องเขตอำนาจศาลและการรับฟังคำฟ้องนั้นในหลายๆ ข้อนั้นต้องไปพิจารณาตามเนื้อความในคดีด้วย คือประเทศสหรัฐอเมริกายกประเด็นคำคัดค้านในเรื่องเขตอำนาจศาลและการรับฟังคำฟ้องขึ้นมา แต่ในเนื้อหานั้นเป็นสิ่งที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องไปพิจารณาตามเนื้อความในคดีด้วย ดังนั้น คำคัดค้านของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องเขตอำนาจศาลและการรับฟังคำฟ้องไม่ต้องยื่นภายในเวลา 3 เดือนหลังจากที่ประเทศเม็กซิโกได้ยื่นคำฟ้องไปแล้ว¹⁸

นอกจากนี้ ตามข้อเท็จจริงในคำคัดค้านของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีข้อโต้แย้งว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และพิธีสารเลือกรับเกี่ยวกับการบังคับการระงับข้อพิพาทซึ่งประกอบอนุสัญญากรุงเวียนนา แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งในเรื่องเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยกล่าวว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้เป็น “ศาลสูงสุดของรัฐ” อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้กล่าวว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องทำอะไรไปมากกว่าใช้กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประเด็นนี้ ซึ่งจะ “ไม่ได้เปลี่ยนศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไปเป็นศาลอุทธรณ์ทางอาญาของรัฐ” ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงกล่าวว่า ศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีนี้เพราะว่าคำคัดค้านของประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งหมด

¹⁷ Ibid., p. 28, para. 23. (...In the present case the Memorial of Mexico was filed on 23 June 2003; the objections of the United States to jurisdiction and admissibility were presented in its Counter-Memorial, filed on 3 November 2003, more than four months later)

¹⁸ Ibid., p. 29, para. 24. (...However, apart from such circumstances, 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. That is indeed what the United States has done in this case; and, for reasons to be indicated below, 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. The Court concludes that it should not exclude from consideration the objections of the United States to jurisdiction and admissibility by reason of the fact that they were not presented within three months from the date of filing of the Memorial)

นั่นเป็นเรื่องที่ต้องไปพิจารณาตามเนื้อความในคดีและสหรัฐอเมริกาที่ไม่ได้ต่อสู้ในเรื่องของเขตอำนาจศาลเพียงอย่างเดียว¹⁹

ตารางที่ 4 สรุปประเด็นการพิจารณาในประเด็นเขตอำนาจศาล

คำคัดค้านของประเทศสหรัฐอเมริกา	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
1. ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า ประเทศเม็กซิโกต้องการให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแทรกแซงระบบยุติธรรมทางอาญาทั้งของมลรัฐและของรัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกาในส่วนที่มีผลกระทบต่อบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจมากกว่ายาระบบยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา ²⁰	1. เขตอำนาจของศาลในคดีนี้อยู่ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และพิธีสารเลือกรับเกี่ยวกับการบังคับการระงับข้อพิพาทซึ่งประกอบอนุสัญญากรุงเวียนนาที่กำหนดลักษณะและขอบเขตพันธกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาในฐานะที่เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะพิจารณาว่าการกระทำของศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับชาติของรัฐภาคีอื่น ว่ามีการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 หรือไม่ ตั้งนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงไม่สามารถสนับสนุนคำคัดค้านของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ แม้ว่าขอบเขตของเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะห้ามไม่ให้เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาใน

¹⁹ Ibid., p. 28-33, paras. 22-35. (The Court would recall that its jurisdiction in the present case has been invoked under the Vienna Convention and Optional Protocol to determine the nature and extent or the obligations undertaken by the United States towards Mexico by becoming party to that Convention... The Court is unable to uphold the contention of the United States that, as a matter of jurisdiction, it is debarred from enquiring into the conduct of criminal proceedings in United States courts.)

²⁰ Ibid., p. 30, para. 27. (By its first jurisdictional objection, the United States suggested that the Memorial is fundamentally addressed to the treatment of Mexican nationals in the federal and state criminal justice systems of the United States, and the operation of the United States criminal justice system as a whole. It suggested that Mexico's invitation to the Court to make what the United States regards as "far-reaching and unsustainable

findings concerning the United States criminal justice systems" would be an abuse of the Court's jurisdiction. At the hearings, the United States contended that Mexico is asking the Court to interpret and apply the treaty as if it were intended principally to govern the operation of a State's criminal justice system as it affects foreign nationals.)

	ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งในประเด็นนี้ต้องไปพิจารณาตามเนื้อความในคดี ²¹
<p>2. ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่ามาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ไม่ได้สร้างพันธกรณีที่บังคับต่อสิทธิของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อการจับกุมคนต่างชาติ การคุมขัง การพิจารณาคดี การพิพากษาและการลงโทษบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน ดังนั้น จึงไม่เป็นการละเมิดมาตรา 36 และประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าคำฟ้องที่ประเทศเม็กซิโกได้กล่าวอ้างมานั้น อยู่นอกเหนือเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และพิธินสารเลือกรับเกี่ยวกับการบังคับการระงับข้อพิพาทซึ่งประกอบอนุสัญญากรุงเวียนนา และประเทศสหรัฐอเมริกา ยังคงโต้แย้งการแก้ไขคำฟ้องที่เสนอโดยประเทศเม็กซิโกที่ขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำตัดสินและประกาศว่า</p> <p>“ประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศต่อประเทศเม็กซิโก ในการจับกุม คุมขัง การพิจารณาคดี การพิพากษาและการลงโทษประหารชีวิตบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 52 คน ดังที่ได้บรรยายมาในคำฟ้องของประเทศเม็กซิโก รวมถึงการละเมิดสิทธิที่ประเทศเม็กซิโกมีอยู่และสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูต (Diplomatic protection) ต่อบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่แจ้งสิทธิ</p>	<p>2. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า ประเด็นนี้เป็นประเด็นเรื่องการตีความพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีของรัฐผู้รับ(ประเทศสหรัฐอเมริกา)ที่จะต้องปฏิบัติต่อคนชาติของรัฐผู้ส่ง โดยมาตรา 36 (1)(b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ที่ต้องการให้มีการแจ้งต่อคนชาติของรัฐผู้ส่งถึงสิทธิของเขา เมื่อเขา “ถูกจับกุมหรือถูกคุมขัง หรืออยู่ในระหว่างการพิจารณาคดี หรือถูกคุมขังด้วยวิธีการอื่น” ซึ่งเนื้อหาของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ไม่ได้ห้ามรัฐผู้รับทำการจับกุม คุมขัง การดำเนินคดี การพิพากษาและการลงโทษคนชาติของรัฐผู้ส่ง หรือมีการจำกัดอำนาจที่จะกระทำเช่นนั้น</p> <p>อย่างไรก็ตามในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุมขัง การพิจารณาคดี การพิพากษาและการลงโทษบุคคลสัญชาติเม็กซิกันนั้น ประเทศเม็กซิโกต่อสู้ว่า การขัดขวางคนชาติของรัฐผู้ส่งที่ถูกดำเนินคดีอาญาในเรื่องที่เกี่ยวกับการแจ้งสิทธิทางกงสุล และการเข้าช่วยเหลืออื่น เป็นเรื่องที่ไม่ยุติธรรมอย่างยิ่ง ประเทศเม็กซิโกได้ชี้แจงในประเด็นนี้ว่า การแจ้งสิทธิทางกงสุล (Consular Notification) ก่อให้เกิดองค์ประกอบพื้นฐานในเรื่องความชอบธรรมตามกฎหมาย (due</p>

²¹ Ibid., p. 30, para. 28. (The Court would recall that its jurisdiction in the present case has been invoked under the Vienna Convention and Optional Protocol to determine the nature and extent or the obligations undertaken by the United States towards Mexico by becoming party to that Convention. If and so far as the Court may find that the obligations accepted by the parties to the Vienna Convention included commitments as to the conduct of their municipal courts in relation to the nationals of other parties, then in order to ascertain whether there have been breaches of the Convention, The Court must be able to examine the actions of those courts in the light of international law. The Court is unable to uphold the contention of the United States that, as a matter of jurisdiction, it is debarred from enquiring into the conduct of criminal proceedings in United States courts. How far it may do so in the present case is a matter for the merits. The first objection of the United States to jurisdiction cannot therefore be upheld.)

<p>ทางกงสุลแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 52 คน หลังจากที่พวกเขาถูกจับกุมโดยทันทีนั้น เป็นการละเมิดสิทธิของพวกเขาที่จะต้องมีการแจ้งให้สถานทำการทางกงสุลทราบและเป็นสิทธิตามมาตรา 36 (1) (b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และเป็น การขัดขวางสิทธิของประเทศเม็กซิโกในการให้ความคุ้มครองทางกงสุล (Consular Protection) และเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 52 คน ในการได้รับความคุ้มครองเช่นนั้นจากประเทศเม็กซิโก เพราะประเทศเม็กซิโกมีสิทธิตามมาตรา 36 (1) (a) และ (c) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963”²²</p>	<p>process) โดยจะทำให้มั่นใจได้ว่าทั้ง กระบวนการพิจารณาความที่เท่าเทียมกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และการบังคับใช้หลักความชอบธรรมตามกฎหมายกับคนชาติของรัฐผู้ส่งเพื่อรับประกันว่าคนชาติของรัฐผู้ส่งจะได้รับสิทธินั้น</p> <p>ขณะเดียวกันประเทศเม็กซิโกก็กล่าวว่าการแจ้งสิทธิทางกงสุลเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ชอบธรรมตามกฎหมายและเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าข้อโต้แย้งของประเทศเม็กซิโกที่กล่าวว่าสิทธิของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันถูกละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาและบุคคลเหล่านั้นยังไม่ได้ ได้รับความยุติธรรมในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย ดังนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงไม่สนับสนุนข้อโต้แย้งของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะต้องไปพิจารณาในเรื่องการตีความตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ตามเนื้อความในคดี²³</p>
<p>3. ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า จากการกล่าวหาว่าการบังคับใช้กฎหมายภายในในระบบยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐนั้น เป็นการขัดขวางการเยียวยาจากการละเมิดสิทธิตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ประเทศ</p>	<p>3. สำหรับข้อโต้แย้งในส่วนนี้ ประเทศเม็กซิโก แสดงให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการยอมรับเขตอำนาจศาลในเรื่องการตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และการขาดใช้ความเสียหายที่เหมาะสมตามกฎหมาย</p>

²² Ibid., p. 31, para. 29. (...The United States pointed out that Article 36 of the Vienna Convention "creates no obligations constraining the rights of the United States to arrest a foreign national"; and that similarly the "detaining, trying, convicting and sentencing" of Mexican nationals could not constitute breaches of Article 36, which merely lays down obligations of notification, The United States deduced from this that the matters raised in Mexico's first submission are outside the jurisdiction of the Court under the Vienna Convention and the Optional Protocol.)

²³ Ibid., p. 32, para. 30. (...Consequently, in the contention of Mexico, "the integrity of these proceedings has been hopelessly undermined, their outcomes rendered irrevocably unjust". For Mexico to contend, on this basis, that not merely the failure to notify, but the arrest, detention, trial and conviction of its nationals were unlawful is to argue in favour of a particular interpretation of the Vienna Convention. Such an interpretation may or may not be confirmed on the merits, but is not excluded from the jurisdiction conferred on the Court by the Optional Protocol to the Vienna Convention. The second objection of the United States to jurisdiction cannot therefore be upheld.)

<p>สหรัฐอเมริกาเห็นว่าเป็นการก้าวล่วงความเป็นอิสระของศาลภายในของประเทศสหรัฐ และการที่ให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศประกาศว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องยกเลิกการพิจารณาคดีและการลงโทษแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่เกี่ยวข้อง เป็นการอยู่นอกเหนือเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ</p> <p>ประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาความเหมาะสมในการตัดสินลงโทษคดีอาญาของศาลภายในของรัฐ และไม่มีหน้าที่ที่กำหนดว่าสิ่งใดถูกหรือผิด โดยมีเพียงศาลอุทธรณ์ทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาศาลเดียวเท่านั้นที่จะสามารถทำได้²⁴</p>	<p>ระหว่างประเทศ</p> <p>สำหรับเหตุผลของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นคงคล้ายกับดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อโต้แย้งข้อที่ 2 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่สามารถสนับสนุนข้อโต้แย้งของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ถ้าหากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 จริงตามที่ประเทศเม็กซิโกกล่าวหา ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะพิจารณาในส่วนนี้โดยดูตัวอย่างจากคำพิพากษาในคดี LaGrand ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลอยู่เหนือประเด็นนี้หรือไม่ รวมถึงเขตอำนาจศาลที่จะพิจารณาการเยียวยา (remedy) ที่คู่ความเรียกร้องอันเป็นผลมาจากการละเมิดพันธกรณี (I.C.J. Reports 2001, p.485,para.48)</p> <p>อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอาจจะมีคำสั่งให้มีการเยียวยาตามข้อเรียกร้องของประเทศเม็กซิโกได้ ดังนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงไม่สามารถสนับสนุนข้อโต้แย้งของประเทศสหรัฐอเมริกาได้²⁵</p>
<p>4. ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจที่จะกำหนดว่า</p>	<p>4. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อโต้แย้งของประเทศเม็กซิโกว่า</p>

²⁴ Ibid., p. 33, para. 32. (The United States objects that so to require specific acts by the United States in its municipal criminal justice systems would intrude deeply into the independence of its courts; and that for the Court to declare that the United States is under a specific obligation to vacate convictions and sentences would be beyond its jurisdiction. The Court, the United States claims, has no jurisdiction to review appropriateness of sentences in criminal cases, and even less to determine guilt or innocence, matters which only a court of criminal appeal could go into.)

²⁵ Ibid., p. 33, para. 34. (For the same reason as in respect of the second jurisdictional objection, the Court is unable to uphold the contention of the United States that, even if the Court were to find that breaches of the Vienna Convention have been committed by the United States of the kind alleged by Mexico, it would still be without jurisdiction to order restitutio in integrum as requested by Mexico. The Court would recall in this regard, as it did in the LaGrand case, that, where jurisdiction exists over a dispute on a particular matter, no separate basis for jurisdiction is required by the Court in order to consider the remedies a party has requested for the breach of the obligation (I. C.J. Reports 2001, p. 485, para. 48). Whether or how far the Court may order the remedy requested by Mexico are matters to be determined as part of the merits of the dispute. The third objection of the United States to jurisdiction cannot therefore be upheld.)

<p>การแจ้งสิทธิทางกงสุล (Consular Notification) เป็นสิทธิมนุษยชนหรือไม่ หรือประกาศว่าการแจ้งสิทธิทางกงสุลเป็นพื้นฐานที่สำคัญหรือเป็นกระบวนการพิจารณาคดีที่ชอบด้วยกฎหมาย²⁶</p>	<p>การแจ้งสิทธิทางกงสุลนั้น มีการยอมรับอย่างกว้างขวาง (widely recognized) ในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานที่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าข้อโต้แย้งดังกล่าวของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น เป็นการละเมิดสิทธิผู้ถูกคุมขังที่เป็นคนชาติของประเทศเม็กซิโกโดยเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกา และคนชาติเหล่านั้นก็ถูกดำเนินคดีอาญาอย่างไม่ได้รับความยุติธรรม</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เห็นว่าข้อโต้แย้งของประเทศเม็กซิโกเป็นเรื่องเกี่ยวกับการตีความเนื้อหาของมาตรา 36 วรรค 1 (b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ดังนั้น จึงต้องพิจารณาไปตามเนื้อความในคดี ซึ่งเป็นเรื่องที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจ²⁷</p>
--	--

3.1.4 การรับฟัง

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพบว่าคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกสามารถรับฟังได้เพราะศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาไปเรียบร้อยแล้ว คำคัดค้านทั้งหลายของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องการรับฟังคำฟ้องนั้น พบว่าคำคัดค้านเหล่านั้นไม่เป็นเรื่องสำคัญกับประเด็น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินอย่างชัดเจนในคดี LaGrand ว่าการปรับใช้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้เปลี่ยนศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไปสู่ “ศาลอุทธรณ์ทางอาญาของรัฐ”²⁸ และ

²⁶ Ibid., p. 33, para. 35. (The Fourth and last jurisdictional objection of the United States is that "the Court lacks jurisdiction to determine whether or not consular notification is a 'human right', or to declare fundamental requirements of substantive or procedural due process". As noted above, it is on the basis of Mexico's contention that the right to consular notification has been widely recognized as a fundamental due process right, and indeed a human right, that it argues that the rights of the detained Mexican nationals have been violated by the authorities of the United States, and that they have been "subjected to criminal proceedings without the fairness and dignity to which each person is entitled".)

²⁷ Ibid. (...The Court observes that Mexico has presented this argument as being a matter of interpretation of Article 36, paragraph 1 (b), and therefore belonging to the merits. The Court considers that this is indeed a question of interpretation of the Vienna Convention, for which it has jurisdiction; the fourth objection of the United States to jurisdiction cannot therefore be upheld.)

²⁸ Ibid., p. 34, para. 37.

นอกจากนี้คำคัดค้านของสหรัฐอเมริกาหลายข้อนั้นต้องไปพิจารณากันตามเนื้อความในคดี ซึ่งผู้เขียนจะขอยกไปกล่าวอย่างละเอียดในประเด็นตามเนื้อหาในคดี ในหัวข้อถัดไป

ตารางที่ 5 สรุปประเด็นในเรื่องการรับฟ้องของศาล

คำคัดค้านของประเทศไทย	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
1. ประเทศไทยคัดค้านว่าคำฟ้องของประเทศไทยไม่สมควรรับฟังได้ เพราะประเทศไทยจะทำให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำหน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์ทางอาญา (Court of criminal appeal) ²⁹	1. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า ประเทศไทยคัดค้านว่าคำฟ้องของประเทศไทยไม่สมควรรับฟังได้ เพราะประเทศไทยจะทำให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศควรจะเป็นอิสระเรื่องเขตอำนาจศาลที่จะพิจารณาปัญหาการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แต่ประเทศไทยคัดค้านต่อผู้ฟ้องเพียงแค่ว่าถ้าปรากฏต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่ามี การละเมิดเช่นนั้นจริง ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็จะไม่ตัดสินใจเกินไปกว่าที่ประเทศไทยคัดค้านว่าประเทศไทยต้องจัดให้มีการพิจารณาและ ทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ (review and reconsideration) ตามแนวคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี LaGrand (I.C.J. Reports 2001, pp.513-514, para. 125) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าประเด็นนี้เป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องพิจารณาตามเนื้อความในคดี ดังนั้นศาลจึงไม่สนับสนุนข้อโต้แย้งของประเทศไทย ³⁰
2. ประเทศไทยคัดค้านว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ควรรับฟังคำฟ้องของประเทศไทยในกรณีนี้ในเรื่องให้ความคุ้มครองทางทูตกับคน	2. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าสิทธิของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันนั้น ปรากฏอยู่ในมาตรา 36 วรรค 1 (b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย

²⁹ Ibid. (The first objection under this head is that "Mexico's submissions should be found inadmissible because they seek to have this Court Function as a court of criminal appeal" there is, in the view of the United States, "no other apt characterization of Mexico's two submissions in respect of remedies".)

³⁰ Ibid. (The Court notes that this contention is addressed solely to the question of remedies. The United States does not contend on this ground that the Court should decline jurisdiction to enquire into the question of breaches of the Vienna Convention at all, but simply that, if such breaches are shown, the Court should do no more than decide that the United States must provide "review and reconsideration" along the lines indicated in the Judgment in the LaGrand case (I.C.J. Reports 2001, pp. 513-514, para. 125). The Court notes that this is a matter of merits. The first objection of the United States to admissibility cannot therefore be upheld.)

<p>ชาติเม็กซิโก ซึ่งคนเหล่านั้นก็ได้รับการเยียวยาตามกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างเหมาะสมแล้ว (exhaustion of municipal remedies)</p> <p>นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกายังโต้แย้งอีกว่าการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายใน (local remedies) นั้น ทุกคดีตามคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกได้รับการเยียวยาแล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างถึงเรื่องนี้เป็นอย่างมาก และในคดีเหล่านี้ก็ได้มีการเยียวยาทางศาล (judicial remedies) รวมถึงจำเลยที่เป็นบุคคลสัญชาติเม็กซิกันหลายคนก็ไม่ได้มีการร้องขอ จากสิ่งต่างๆ เหล่านี้จึงสรุปได้ว่าไม่มีคดีไหนอยู่ในสภาพที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่จะพิจารณาได้เลย³¹</p> <p>ซึ่งในประเด็นนี้ประเทศเม็กซิโกตอบโต้ว่าหลักเกณฑ์ของการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในไม่สามารถขัดขวางศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการรับฟังคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกได้ ในขั้นแรกบุคคลสัญชาติเม็กซิกันส่วนใหญ่ที่อ้างถึงนั้น ต้องการการเยียวยาทางศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาตามหลักการพื้นฐานของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทาง</p>	<p>ความสัมพันธ์ทางกงสุล คือ เป็นสิ่งที่ยืนยันสิทธิของบุคคลเหล่านั้นได้ในระบบกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อกระบวนการพิจารณาเสร็จสิ้นลงและมีการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในแล้ว (local remedies are exhausted) ประเทศเม็กซิโกก็จะมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางทูต (Diplomatic protection) แก่คนชาติของตนได้</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีการยอมรับในคดี LaGrand ว่า มาตรา 36 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ก่อให้เกิดสิทธิของปัจเจกบุคคล (สำหรับคนชาติที่เกี่ยวข้อง) และรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคลที่ถูกคุมขังอาจจะนำคำพิพากษาในคดีนี้ มาอ้างในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ (I.C.J. Reports 2001, p. 494 para 77)</p> <p>นอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังเห็นว่าการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลตามมาตรา 36 อาจเป็นการละเมิดสิทธิของรัฐผู้ส่งคือประเทศเม็กซิโกด้วย และการละเมิดสิทธิของรัฐผู้ส่งก็อาจเป็นการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลด้วยเช่นเดียวกัน เพราะมาตรานี้มีความสัมพันธ์ซึ่งกัน</p>
---	---

³¹ Ibid., p. 34, para. 38. (The Court now turns to the objection of the United States based on the rule of exhaustion of local remedies. The United States contends that the Court "should find inadmissible Mexico's claim to exercise its right of diplomatic protection on behalf of any Mexican national who has failed to meet the customary legal requirement of exhaustion of municipal remedies". It asserts that in a number of the cases the subject of Mexico's claims, the detained Mexican national, even with the benefit of the provision of Mexican consular assistance, failed to raise the alleged non-compliance with Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention at the trial. Furthermore, it contends that all of the claims relating to cases referred to in the Mexican Memorial are inadmissible because local remedies remain available in every case. It has drawn attention to the fact that litigation is pending before courts in the United States in a large number of the cases the subject of Mexico's claims and that, in those cases where judicial remedies have been exhausted, the defendants have not had recourse to the clemency process available to them; from this it concludes that none of the cases "is in an appropriate posture for review by an international tribunal".)

<p>กงสุล ค.ศ. 1963 และข้อเรียกร้องของบุคคล สัญชาติเม็กซิกันเหล่านั้นถูกขัดขวางโดย หลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไป (procedural default rule) โดยมีตัวอย่างจากคำพิพากษา ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี La Grand ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการแจ้งสิทธิทาง กงสุลแก่สองพี่น้อง LaGrand ได้ทราบ (I.C.J. Reports 2001, p. 488, para 60)</p> <p>นอกจากนี้ประเทศเม็กซิโกยังตอบโต้ว่า ศาล ภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เคยมีการ เยียวยาทางศาลแก่คนชาติของรัฐผู้ส่ง ในกรณีที่มี การละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เลย โดยอ้างว่ามาตรานี้ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิของปัจเจก ชน (individual right)</p> <p>ประเทศเม็กซิโกจึงสรุปว่าการเยียวยาทาง ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีอยู่นั้นไม่มี ประสิทธิภาพ ในฐานะกระบวนการพิจารณาคดีที่ ถูกต้องเหมาะสม และประเทศเม็กซิโกยังโต้แย้ง อีกว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เคยคำนึงถึง วัตถุประสงค์ของหลักการสิ้นสุดการเยียวยาตาม กระบวนการยุติธรรมภายในที่มีความเสียหาย เกิดขึ้น (rule of exhaustion of local remedies) เพราะว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่เคยมีการเยียวยาทางศาลเลย³²</p>	<p>และกันระหว่างสิทธิปัจเจกบุคคลกับสิทธิของรัฐ ดังนั้นศาลจึงไม่สามารถสนับสนุนข้อ โต้แย้งของประเทศสหรัฐอเมริกาได้³³</p>
--	---

³² Ibid., p. 35, para. 39. (...it concludes that the available judicial remedies are thus ineffective. As for clemency procedures, Mexico contends that they cannot count for purposes of the rule of exhaustion of local remedies, because they are not a judicial remedy.)

³³ Ibid., p. 35, para. 40. (...It would further observe 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. Further, for reasons just explained, the Court does not find it necessary to deal with Mexico's claims of violation under a distinct heading of diplomatic protection. Without needing to pronounce at this juncture on the issues raised by the procedural default rule, as explained by Mexico in paragraph 39 above, the Court accordingly finds that the second objection by the United States to admissibility cannot be upheld.)

<p>3. ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า บุคคลที่ประเทศเม็กซิโกต้องการใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตนั้น มีหลายคนเป็นบุคคลสัญชาติอเมริกันด้วยเช่นเดียวกัน</p> <p>ประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับหลักการที่ว่า เมื่อบุคคลที่ถูกจับกุมหรือถูกคุมขังในรัฐผู้รับเป็นชนชาติของรัฐนั้นเอง นอกจากนี้แล้วหากบุคคลนั้นยังมีสัญชาติของรัฐภาคีอื่นตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ด้วย ในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับจะไม่นำมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาปรับใช้ ดังนั้นในประเด็นนี้จึงไม่เป็นการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963³⁴</p> <p>ในประเด็นนี้ประเทศเม็กซิโกโต้แย้งว่า ตามวัตถุประสงค์ของคดีนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้โต้แย้งว่าบุคคลสองสัญชาติไม่มีสิทธิที่จะได้รับการแจ้งสิทธิทางกงสุลของพวกเขาตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963³⁵</p>	<p>3. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า ในส่วนประเด็นที่ว่าประเทศเม็กซิโกจะให้ความคุ้มครองทางทูตแก่บุคคลสองสัญชาติ คือ มีทั้งสัญชาติเม็กซิกันและสัญชาติอเมริกันได้หรือไม่นั้น</p> <p>ประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ภายใต้พันธกรณีตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความคุ้มครองทางกงสุล ค.ศ. 1963 ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็จะได้พิจารณาว่าบุคคลตามที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กล่าวอ้างมานั้นเป็นบุคคลสองสัญชาติตามกฎหมายหรือไม่ โดยจะต้องมีพิจารณาตามเนื้อความในคดี</p> <p>ดังนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงไม่สามารถสนับสนุนข้อโต้แย้งของประเทศสหรัฐอเมริกาได้³⁶</p>
--	--

³⁴ Ibid. (...the United States contends that in its Memorial Mexico had failed to establish that it may exercise diplomatic protection based on breaches of Mexico's rights under the Vienna Convention with respect to those of its nationals who are also nationals of the United States. The United States regards it as an accepted principle that, when a person arrested or detained in the receiving State is a national of that State, then even if he is also a national of another State party to the Vienna Convention...)

³⁵ Ibid., p. 36, para. 41. (...Article 36 has no application, and the authorities of the receiving State are not required to proceed as laid down in that Article; and Mexico has indicated that, for the purposes of the present case it does not contest that dual nationals have no right to be advised of their rights under Article 36.)

³⁶ Ibid., p. 37, para. 42 (...the question of dual nationality is not one of admissibility, but of merits. A claim may be made by Mexico of breach of Article 36 of the Vienna Convention in relation to any of its nationals, and the United States is thereupon free to show that, because the person concerned was also a United States national, Article 36 had no application to that person, so that no breach of treaty obligations could have occurred. Furthermore, as regards the claim to exercise diplomatic protection, the question whether Mexico is entitled to protect a person having dual Mexican and United States nationality is subordinated to the question whether, in relation to such a person, the United States was under any obligation in terms of Article 36 of the Vienna Convention. It is thus in the course of its examination of the merits that the Court will have to consider whether the individuals concerned, or some of them, were dual nationals in law. Without prejudice to the outcome of such examination, the third objection of the United States to admissibility cannot therefore be upheld.)

<p>4. ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องไม่อนุญาตให้ประเทศเม็กซิโกกล่าวหาประเทศสหรัฐอเมริกาในประเด็นของปัจเจกบุคคล ซึ่งประเทศเม็กซิโกรับรู้ว่าการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แต่ประเทศเม็กซิโกกลับไม่นำการละเมิดนั้นเรียกร้องต่อประเทศสหรัฐอเมริกาหรือมีความล่าช้าในการพิจารณาของประเทศสหรัฐอเมริกา</p> <p>ประเทศสหรัฐอเมริกามีเหตุผลสนับสนุนคำให้การ 2 ประเด็น คือ ถ้าคดีนี้ถูกอ้างถึงอย่างทันท่วงที การกระทำที่ถูกต้องเหมาะสมอาจจะเกิดขึ้นได้ และการไม่กระทำการใดๆ ของประเทศเม็กซิโก ทำให้เข้าใจได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้ทำตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แล้วและประเทศเม็กซิโกเองก็เข้าใจเช่นนั้น ดังนั้น ประเทศเม็กซิโกได้สละสิทธิ (waive) ในประเด็นที่ประเทศเม็กซิโกกล่าวหาว่าประเทศสหรัฐอเมริกालะเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และสละสิทธิในประเด็นที่เกี่ยวกับการชดใช้เยียวยาความเสียหาย (reparation) ด้วย³⁷</p>	<p>4. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาจากคดี Certain Phosphate Lands in Nauru ระหว่างประเทศนาอูรูกับประเทศออสเตรเลียว่า “delay on the part of a claimant State may render an application inadmissible” คือ ถ้าการชักช้านั้นเกิดขึ้นจากรัฐผู้อ้างสิทธิ (โจทก์) ก็จะทำให้คำฟ้องนั้นไม่อาจรับฟังได้ แต่กฎหมายระหว่างประเทศก็ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ามีกำหนดระยะเวลาเท่าใด (I.C.J. Reports 1992, pp. 253-254, para. 32)</p> <p>ในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยอมรับว่าการชักช้า (delay) นั้นอาจเป็นผลร้ายแก่รัฐที่ถูกกล่าวหา (Respondent State) ว่ามีความเกี่ยวข้องทั้งข้อเท็จจริง (fact) และความสามารถในการปรับใช้กฎหมาย (applicable law) (ibid, p. 255, para. 36) แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ไม่ได้กล่าวว่าสิ่งต่างๆ ที่ว่ามานั้นจะเป็นผลร้าย (prejudice) ในคดีนี้ トラบเท่าที่การไม่รับฟังนั้นอาจอยู่บนพื้นฐานที่เข้าใจได้ว่าเป็นการสละสิทธิ (waiver of rights)</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาว่าการปล่อยให้ล่วงเลยและประกอบการณ์เฉยของประเทศไทยตามที่ประเทศสหรัฐอเมริกากล่าวอ้างมานั้น อาจตีความและเข้าใจได้ว่าการสละสิทธิ</p> <p>นอกจากนี้ประเทศเม็กซิโกได้ระบุวิธีในการพิจารณาและทำความเข้าใจว่า ประเทศสหรัฐอเมริกालะเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ดังนั้นศาล</p>
--	--

³⁷ Ibid., p. 37, para. 43 (...the fourth objection advanced by the United States to the admissibility of Mexico's claims: the contention that "The Court should not permit Mexico to pursue a claim against the United States with respect to any individual case where Mexico had actual knowledge of a breach of the Vienna Convention] but failed to bring such breach to the attention of the United States or did so only after considerable delay."...)

	<p>ยุติธรรมระหว่างประเทศจึงไม่สามารถสนับสนุนข้อโต้แย้งของประเทศสหรัฐอเมริกาได้³⁸</p>
<p>5. ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า ในส่วนที่สอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของการบริหารกิจการยุติธรรม (basic principles of administration of justice) และความเสมอภาคของรัฐทั้งหลาย (equality of States) คู่ความทั้งสองฝ่ายจะต้องอยู่บนความรับผิดชอบตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเหมือนกัน³⁹</p>	<p>5. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาข้อโต้แย้งของประเทศสหรัฐอเมริกา ว่าสิ่งที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กระทำลงไปนั้นเป็นมาตรฐานที่ประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิบัติแก่ทุกประเทศ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเคยยกข้ออ้างในลักษณะนี้มาแล้วในคดี LaGrand และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาอีกแล้ว (I.C.J. Reports 2001, p. 489, para. 63)</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าลักษณะของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นั้น รัฐภาคีทั้งหลายก็ได้มีการปฏิบัติตามจนเป็นมาตรฐาน และไม่ใช่อุปสรรคต่อการดำเนินความสัมพันธ์ทางกงสุล (Consular relations) ดังที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ในปี ค.ศ. 1979 ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เป็นส่วนสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบัน เพราะส่งเสริมการพัฒนาความสัมพันธ์ของชาติต่างๆ และเป็นการให้ความคุ้มครองและช่วยเหลือคนชาติของรัฐผู้ส่งที่อาศัย</p>

³⁸ Ibid., p. 37, para. 44 (As the Court observed in the case of Certain Phosphate lands in Nauru (Nauru v. Australia), "delay on the part of a claimant State may render an application inadmissible", but "international law does not lay down any specific time-limit in that regard" (I. C. J. Reports 1992, pp. 253- 254, para. 32). In that case the Court recognized that delay might prejudice the respondent State "with regard to both the establishment of the facts and the determination of the content of the applicable law" (ibid, p. 255, para. 36), but it has not been suggested that there is any such risk of prejudice in the present case. So far as inadmissibility might be based on an implied waiver of rights, the Court considers that only a much more prolonged and consistent inaction on the part of Mexico than any that the United States has alleged might be interpreted as implying such a waiver. Furthermore, Mexico indicated a number of ways in which it brought to the attention of the United States the breaches which it perceived of the Vienna Convention. The fourth objection of the United States to admissibility cannot therefore be upheld.)

³⁹ Ibid., p. 38, para. 45. (...The United States contends that, in accordance with basic principles of administration of justice and the equality of States, both litigants are to be held accountable to the same rules of international law. The objection in this regard was presented in terms of the interpretation of Article 36 of the Vienna Convention, in the sense that, according to the United States, a treaty may not be interpreted so as to impose a significantly greater burden on any one party than the other (Diversion of Water from the Meuse, Judgment, 1937, P. C. I. J., Series A IB, No. 70, p. 20).)

	<p>อยู่ในดินแดนของรัฐอื่น トラบเท่าที่การกระทำ เช่นนั้นยังมีปรากฏให้เห็น แนวปฏิบัติของประเทศเม็กซิโกจึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการปรับใช้ มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ซึ่งจะต้องไปพิจารณาตามเนื้อความในคดี</p> <p>ดังนั้นศาลจึงไม่สามารถสนับสนุนข้อโต้แย้งของประเทศสหรัฐอเมริกาได้⁴⁰</p>
--	---

3.2 เจื่อนไขของการกระทำผิดของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศในบริบทของคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004)

3.2.1 ประเด็นในเนื้อหาแห่งคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ

สำหรับประเด็นในเนื้อหาแห่งคดี ประเทศเม็กซิโกมีการกล่าวอ้างการละเมิดของสหรัฐอเมริกาไว้หลายข้อด้วยกัน และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้มีคำพิพากษาในประเด็นต่างๆ ซึ่งจะได้พิจารณาดังต่อไปนี้

3.2.1.1 การกระทำผิดของประเทศสหรัฐอเมริกาโดยการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง

เนื่องจากการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาถึงองค์ประกอบการกระทำผิดของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะได้พิจารณาในแต่ละหัวข้อของความผิด เพราะมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เป็นมาตราที่ค่อนข้างละเอียดซับซ้อน และในการพิจารณามี 52 คดีที่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัว

⁴⁰ Ibid., p. 38, para. 47. (The Court would recall that it is in any event essential to have in mind the nature of the Vienna Convention. It lays down certain standards to be observed by all States parties, with a view to the "unimpeded conduct of consular relations", which, as the Court observed in 1979, is important in present-day international law "in promoting the development of friendly relations among nations, and ensuring protection and assistance for aliens resident in the territories of other States" (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Provisional Measures, Order of 15 December 1979, I. C.J. Reports 1979, pp. 19-20, para. 40). Even if it were shown, therefore, that Mexico's practice as regards the application of Article 36 was not beyond reproach, this would not constitute a ground of objection to the admissibility of Mexico's claim. The fifth objection of the United States to admissibility cannot therefore be upheld.)

ระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งประเทศเม็กซิโกได้แสดงต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่ามีการละเมิดมาตรา 36 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 อย่างชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีเหล่านี้ที่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันหลายคนนั้น ได้มีกระบวนการพิจารณาคดีและมีคำตัดสินลงโทษโดยปราศจากการเข้าถึงสถานทำการทางกงสุลของประเทศเม็กซิโก ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้วิเคราะห์ถึงข้อกล่าวหาของประเทศเม็กซิโกตามมาตรา 36 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยประเทศเม็กซิโกมีคำร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ตัดสินและประกาศว่า

“ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการจับกุม การคุมขัง การดำเนินคดี การพิพากษาและการตัดสินลงโทษกับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 52 คนในแดนประหารตามที่ประเทศเม็กซิโกได้บรรยายมาในคำฟ้องนั้น การกระทำของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กล่าวมานี้เป็นการละเมิดพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อประเทศเม็กซิโก ในสิทธิที่เม็กซิโกเป็นเจ้าของ และในสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติของตน ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้บอกกล่าวสิทธิทางกงสุลและสิทธิในการเข้าถึงกงสุลภายใต้มาตรา 36 (1)(b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 52 คนโดยไม่ชักช้าหลังจากที่พวกเขาถูกจับกุม และยังเป็น การขัดขวางประเทศเม็กซิโกในสิทธิการให้ความคุ้มครองทางกงสุล และสิทธิของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 52 คนในการได้รับความคุ้มครองจากประเทศเม็กซิโกภายใต้มาตรา 36 (1)(a) และ (c) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963”⁴¹

ต่อไปจะได้พิจารณาคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยแบ่งเป็นหัวข้อดังนี้

3.2.1.1.1 การละเมิดพันธกรณีว่าด้วยเรื่องการแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกัน

พันธกรณีในเรื่องการแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่ถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งประเด็นที่สำคัญที่เป็นข้อพิพาทระหว่างคู่ความที่อยู่ภายใต้มาตรานี้ มีประเด็นสำคัญอยู่ 2 ประเด็นด้วยกัน คือ ประเด็นในเรื่องความหมายของคำว่า “โดยไม่ชักช้า” และประเด็นในเรื่อง

⁴¹ Ibid., p. 39, para. 49. (In its final submissions Mexico asks the Court to adjudge and declare that,

"the United States of America, in arresting, detaining, trying, convicting, and sentencing the 52 Mexican nationals on death row described in Mexico's Memorial, 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 inform, without delay, the 52 Mexican nationals after their arrest of their right to consular notification and access under Article 36 (1) (h) 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".)

สัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้อง⁴² ซึ่งในหัวข้อนี้จะพิจารณาเฉพาะประเด็นความหมายของคำว่าโดยไม่ชักช้าเท่านั้น เนื่องจากประเด็นในเรื่องสัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้องจะไปพิจารณาในหัวข้อบุคคลสองสัญชาติ

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตีความมาตรา 36 (1)(b) ว่าประกอบไปด้วยองค์ประกอบที่สำคัญ 3 ข้อด้วยกัน ซึ่งองค์ประกอบทั้ง 3 ข้อนั้นแยกออกจากกันแต่ก็มีองค์ประกอบที่สัมพันธ์กัน คือ สิทธิของปัจเจกบุคคลในการได้รับการบอกกล่าวในเรื่องสิทธิของตนโดยไม่ชักช้า ต่อมาคือสิทธิของสถานทำการทางกงสุลในการได้รับการบอกกล่าวในเรื่องการจับกุมหรือคุมขังคนชาติของรัฐผู้ส่งโดยไม่ชักช้า แต่มีข้อแม้ว่าเมื่อคนชาติของรัฐผู้ส่งร้องขอ และสุดท้ายคือพันธกรณีของรัฐผู้รับในการบอกกล่าวข้อมูลนั้นจากคนชาติของรัฐผู้ส่งที่ถูกจับกุมหรือคุมขังไปยังสถานทำการทางกงสุลโดยไม่ชักช้า⁴³

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพบว่าพันธกรณีของเจ้าหน้าที่ที่ทำการจับกุมอยู่ภายใต้มาตรา 36 (1)(b) ในการบอกกล่าวข้อมูลแก่บุคคลที่ถูกจับกุมเมื่อรู้ว่าบุคคลนั้นเป็นคนต่างชาติหรือมีฐานที่จะคิดว่าบุคคลนั้นอาจจะเป็นคนต่างชาติ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็มีคู่มือให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลาง เจ้าหน้าที่ของมลรัฐ รวมทั้งเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นเพื่อให้เจ้าหน้าที่เหล่านั้นปฏิบัติตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยประเทศสหรัฐอเมริกามีหลักเกณฑ์ว่า บุคคลส่วนใหญ่ที่เกิดนอกประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ใช่พลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาและความไม่คุ้นเคยกับภาษาอังกฤษก็สามารถชี้วัดได้ว่าเป็นคนต่างชาติ⁴⁴ แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา ภาษาที่บุคคลใช้ในการสื่อสารไม่จำเป็นที่จะนำมาชี้วัดได้ว่าบุคคลนั้นเป็นคนต่างชาติ แต่ก็เป็นความจริงว่ามีคนต่างชาติอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนมาก ซึ่งในสถานการณ์เช่นนี้สหรัฐอเมริกาต้องมีการสืบสวนหา

⁴² Ibid., p. 40, para. 52. (Thus two major issues under Article 36, paragraph 1 (b), that are in dispute between the Parties are, first, the question of the nationality of the individuals concerned ; and second, the question of the meaning to be given to the expression "without delay". The Court will examine each of these in turn.)

⁴³ Ibid., p. 43, para. 61. (The Court thus now turns to the interpretation of Article 36, paragraph 1 (b), having found in paragraph 57 above that it is applicable to the 52 persons listed in paragraph 16. It begins by noting that Article 36, paragraph 1 (b), contains three separate but interrelated elements: the right of the individual concerned to be informed without delay of his rights under Article 36, paragraph 1 (b) ; the right of the consular post to be notified without delay of the individual's detention, if he so requests; and the obligation of the receiving State to forward without delay any communication addressed to the consular post by the detained person.)

⁴⁴ Ibid., p. 43, para. 63. (Precisely when this may occur will vary with circumstances. The United States Department of State booklet, Consular Notification and Access – Instructions for Federal, State and Local Law Enforcement and Other Officials Regarding Foreign Nationals in the United States and the Rights of Consular Officials EQ Assist Them, issued to Federal, state and local authorities in order to promote compliance with Article 36 of the Vienna Convention points out in such cases that: "most, but not all, persons born outside the United States are not [citizens]. Unfamiliarity with English may also indicate foreign nationality.")

ข้อเท็จจริงเป็นประจําเพื่อตรวจสอบว่าบุคคลนั้นมีสัญชาติใดเมื่อเขาถูกจับกุม และในขั้นตอนนี้เอง พันธกรณีภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลต้องนำมาบังคับใช้⁴⁵

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาตามเนื้อความในคดี ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพบว่าสหรัฐอเมริกาละเมิดมาตรา 36 (1)(b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้บอกกล่าวบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 51 คนว่าพวกเขามีสิทธิในการติดต่อและเข้าถึงกงสุล เนื่องจากสหรัฐอเมริกามีพันธกรณีในฐานะรัฐผู้รับ การบอกกล่าวบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 51 คนตามสิทธิของพวกเขาในการติดต่อกับสถานทำการทางกงสุลของประเทศเม็กซิโก และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตีความคำว่า “โดยไม่ล่าช้า” (without delay) ภายใต้มาตรา 36 (1)(b) เนื่องจากไม่มีคำนิยามกำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 จึงต้องตีความให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์จารีตประเพณีของสนธิสัญญาในเรื่องการตีความซึ่งอยู่ภายใต้มาตรา 31 และมาตรา 32 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา⁴⁶ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาแล้วเห็นว่าคำว่า “โดยไม่ชักช้า” ไม่จำเป็นต้องตีความว่า “โดยทันที” (immediately) หลังจากการจับกุมและการบอกกล่าวนั้นไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวก่อนการสอบสวน⁴⁷ ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงตัดสินว่าความหมายของคำว่า “โดยไม่ชักช้า” คือ “พันธกรณีเหนือเจ้าหน้าที่ที่ทำการจับกุมที่จะให้ข้อมูลแก่บุคคลที่ถูกจับกุมนั้นทราบเท่าที่รับรู้ได้ว่าบุคคลนั้นเป็นคนต่างชาติ หรือเมื่อมีพื้นฐานที่สามารถคิดได้ว่า มีความ

⁴⁵ Ibid., p. 44, para. 64. (The Court appreciates that in the United States the language that a person speaks, or his appearance, does not necessarily indicate that he is a foreign national. Nevertheless, and particularly in view of the large numbers of foreign nationals living in the United States, these very circumstances suggest that it would be desirable for enquiry routinely to be made of the individual as to his nationality upon his detention, so that the obligations of the Vienna Convention may be complied with.)

⁴⁶ Ibid., p. 48, para. 83. (The Court now addresses the question of the proper interpretation of the expression "without delay" in the light of arguments put to it by the Parties. The Court begins by noting that the precise meaning of "without delay", as it is to be understood in Article 35, paragraph 1 (b), is not defined in the Convention. This phrase therefore requires interpretation according to the customary rules of treaty interpretation reflected in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.)

⁴⁷ Ibid., p. 48, para. 83. (The Court thus finds that "without delay" is not necessarily to be interpreted as "immediately" upon arrest. It further observes that during the Conference debates on this term, no delegate made any connection with the issue of interrogation. The Court considers that the provision in Article 36, paragraph 1 (b), that the receiving State authorities "shall inform the person concerned without delay of his rights" cannot be interpreted to signify that the provision of such information must necessarily precede any interrogation.)

เป็นไปได้ว่าบุคคลนั้นเป็นคนต่างชาติ”⁴⁸ โดยการบอกกล่าวนั้นไม่จำเป็นต้องกระทำในทันทีหลังจากการจับกุมตามคำฟ้องของเม็กซิโก⁴⁹

ดังนั้น ในประเด็นของการแจ้งสิทธิทางกงสุลโดยไม่ชักช้า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีภายใต้มาตรา 36 (1)(b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่มีรายชื่อตามคำฟ้อง 51 คดี เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้บอกกล่าวสิทธิทางกงสุลแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 51 คนหลังถูกจับกุม ยกเว้นในคดีของนายซาลซิโด (Salcido) คดีหมายเลขที่ 22 เนื่องจากนายซาลซิโดมีสัญชาติอเมริกัน⁵⁰

ผู้พิพากษา Tomka ได้มีความเห็นแย้งในประเด็นนี้ว่า การตีความของศาลในเรื่องมาตรา 36 วรรค 1 (b) ปรากฏในคำพิพากษาย่อหน้าที่ 63 นั้นยังไม่แน่ชัด พันธกรณีภายใต้ย่อหน้านี้ในการจัดเตรียมข้อมูลแก่ปัจเจกบุคคลต้องถูกยกขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่ที่จับกุมได้ทราบว่าบุคคลนั้นเป็นคนต่างชาติ หรือมีฐานที่จะคิดว่าบุคคลนั้นอาจจะเป็นคนต่างชาติ โดยพันธกรณีที่ได้มอบหมายแก่รัฐผู้รับตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ไม่ได้ขึ้นอยู่กับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับได้รู้ว่าบุคคลนั้นเป็นคนต่างชาติ แต่พันธกรณีในการจัดเตรียมข้อมูลต้องยกขึ้นตราบเท่าที่คนต่างชาตินั้นยังถูกกักขังอยู่⁵¹

การรับรู้ข้อเท็จจริงไม่ได้แสดงให้เห็นถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการมีอยู่หรือการปรับใช้พันธกรณีในการเตรียมข้อมูลภายใต้มาตรา 36 วรรค 1 (b) หรือเกี่ยวข้องกับการละเมิดซึ่ง

⁴⁸ Ibid. (The Court finds that the duty upon the detaining authorities to give the Article 36, paragraph 1 (b), information to the individual arises once it is realized that the person is a foreign national, or once there are grounds to think that the person is probably a foreign national.)

⁴⁹ Ibid., p. 49, para. 87. (The Court thus finds that "without delay" is not necessarily to be interpreted as "immediately" upon arrest. It further observes that during the Conference debates on this term, no delegate made any connection with the issue of interrogation. The Court considers that the provision in Article 36, paragraph 1 (b), that the receiving State authorities "shall inform the person concerned without delay of his rights" cannot be interpreted to signify that the provision of such information must necessarily precede any interrogation, so that the commencement of interrogation before the information is given would be a breach of Article 36.)

⁵⁰ Ibid., p. 50, para. 90. (The Court accordingly concludes that, with respect to each of the individuals listed in paragraph 16, with the exception of Mr. Salcido (case No. 22; see paragraph 74 above), the United States has violated its obligation under Article 36, paragraph 1 (b), of the Vienna Convention to provide information to the arrested person.)

⁵¹ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, Separate Opinion of Judge Tomka, p. 97, para. 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 person is probably a foreign national.)

พันธกรณีนั้น ความไม่รู้ไม่ได้เป็นการกีดกันออกจากความไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องแสดงความระมัดระวังในการใช้อำนาจของตน และไม่มีอะไรที่สามารถขัดขวางเจ้าหน้าที่เหล่านั้นจากการสอบสวนได้ ตราบเท่าที่การจับกุมยังมีอยู่⁵²

3.2.1.1.2 การละเมิดพันธกรณีว่าด้วยเรื่องการแจ้งให้สถานทำการทางกงสุลทราบโดยไม่ชักช้าถึงเรื่องการดำเนินคดีอาญากับคนชาติของรัฐผู้ส่ง (มาตรา 36 (1)(b))

จากที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อข้างต้นแล้วว่าพันธกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา มีอยู่ด้วยกัน 2 ส่วน คือ นอกจากสหรัฐอเมริกาจะมีพันธกรณีในการแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่คนชาติของรัฐผู้ส่งเมื่อถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกายังมีพันธกรณีในการบอกกล่าวแก่สถานทำการทางกงสุลของรัฐผู้ส่งให้ทราบว่าคนชาติของตนนั้นถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้แจ้งให้สถานทำการทางกงสุลของประเทศเม็กซิโกทราบว่าได้จับกุมบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน ทำให้ประเทศเม็กซิโกไม่ได้รับทราบและเข้าช่วยเหลือคนชาติของตนได้อย่างทันท่วงที

ในการพิจารณาตามเนื้อความในคดี ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีในการบอกกล่าวแก่สถานทำการทางกงสุลของประเทศเม็กซิโกว่าได้ทำการจับกุม หรือคุมขังบุคคลสัญชาติเม็กซิกันไว้ในเรือนจำ หรือควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกาแก่ประเทศเม็กซิโก โดยไม่ได้บอกกล่าวแก่สถานทำการทางกงสุลให้รับทราบในทุกคดี ยกเว้น 2 คดี เนื่องจากบุคคลสัญชาติเม็กซิกันได้รับทราบสิทธิทางกงสุลแล้วแต่ไม่ได้ร้องขอให้บอกกล่าวแก่สถานทำการทางกงสุลของประเทศเม็กซิโก จึงทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ละเมิดพันธกรณีในการบอกกล่าวแก่สถานทำการทางกงสุลใน 2 คดีนี้ คือ คดีของนายฆัวเรส Juárez (คดีหมายเลข 10) และ คดีของนายเฮอนานเดซ Hernández (คดีหมายเลข 34)⁵³

⁵² Ibid., p. 97, para. 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 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)

⁵³ Ibid., p. 54, para 106(2). (that the United States committed breaches of the obligation incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (b) to notify the Mexican consular post of the detention of the Mexican nationals listed in subparagraph (1) above, except in the cases of Mr. Juárez (No. 10) and Mr. Hernández (No. 34);)

3.2.1.1.3 การละเมิดพันธกรณีว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการเข้าถึงคนชาติของกงสุล (มาตรา 36(1)(a))

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดต่อพันธกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีในการบอกกล่าวต่อประเทศเม็กซิโกตามกรอบเวลาที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้คุ้มครองบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน เนื่องด้วยเหตุนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกายังได้ละเมิดบทบัญญัติตามมาตรา 36 (1)(a) โดยทำให้ประเทศเม็กซิโกไม่ได้รับโอกาสในการ “ติดต่อสื่อสารและได้เข้าถึงบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 49 คน ซึ่งคำว่าภายใต้กรอบเวลา ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้นั้นก็คือ การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้แจ้งสิทธิทางกงสุลแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันโดยไม่ชักช้า ซึ่งไม่ใช่การกระทำในทันที แต่ต้องกระทำเมื่อรับรู้ว่าจำเลยนั้นเป็นคนต่างสัญชาติหรือมีเหตุที่จะสามารถรู้ได้ว่าบุคคลนั้นเป็นคนต่างชาติที่ต้องบอกกล่าวสิทธิทางกงสุลแก่คนต่างชาตินั้น เพื่อให้เขาสามารถติดต่อขอความช่วยเหลือจากเจ้าพนักงานกงสุล และเจ้าพนักงานกงสุลของประเทศเม็กซิโกจะได้เข้าช่วยเหลืออย่างทันท่วงที แต่ในหลายๆ คดี เจ้าพนักงานกงสุลก็มาทราบในภายหลัง แต่ก็ทำได้เพียงติดต่อสื่อสารกับคนชาติของตนเท่านั้น⁵⁴

3.2.1.1.4 การละเมิดพันธกรณีว่าด้วยเรื่องการเข้าเยี่ยมและการจัดให้มีตัวแทนทางกฎหมายของคนชาติของรัฐผู้ส่ง (มาตรา 36(1)(c))

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าเจ้าพนักงานกงสุลของประเทศเม็กซิโกมีสิทธิในการเข้าเยี่ยมบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน เมื่อพวกเขาถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงละเมิดพันธกรณีในการ “ที่ให้เจ้าพนักงานกงสุลของประเทศเม็กซิโกสามารถเตรียมตัวแทนทางกฎหมายให้แก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกัน” ใน 34 คดี เพราะว่าศาลมีบันทึกทางข้อเท็จจริงฉบับจริงที่ประเทศเม็กซิโกได้มาแสดงต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและได้พิจารณาแต่ละคดีตามพื้นฐานของแต่ละคดีว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ค้นพบอย่างถูกต้องว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดต่อพันธกรณีภายใต้มาตรา 36 (1)(c) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963⁵⁵

⁵⁴ Ibid., p. 54, para 106(3). (that by virtue of its breaches of Article 36, paragraph 1 (b), as described in subparagraph (2) above, the United States also violated the obligation incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (a), of the Vienna Convention to enable Mexican consular officers to communicate with and have access to their nationals, as well as its obligation under paragraph 1 (c) of that Article regarding the right of consular officers to visit their detained nationals;)

⁵⁵ Ibid., p. 54, para 106(4). (that the United States, by virtue of these breaches of Article 36, paragraph 1 (b), also violated the obligation incumbent upon it under paragraph 1 (c) of that Article to enable Mexican

สิทธิตามอนุमतรานี้เป็นสิทธิที่มีความสำคัญเช่นเดียวกัน เพราะการแต่งตั้งตัวแทนทางกฎหมายเพื่อเข้าไปช่วยเหลือคนสัญชาติเม็กซิกันในระหว่างที่ยังมีการดำเนินคดีในศาลของสหรัฐอเมริกาอยู่ จะช่วยให้คนสัญชาติเม็กซิกันได้รับความยุติธรรมมากขึ้น เพราะลำพังบุคคลสัญชาติเม็กซิกันเองอาจไม่รู้ขั้นตอนกระบวนการวินิจฉัยทางกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของตัวแทนทางกฎหมายเข้าไปช่วยเหลือเพื่อต่อสู้ดำเนินคดี ซึ่งอย่างน้อยแม้ว่าจะไม่ได้รับโทษที่เบาลงแต่ก็ได้ต่อสู้ตามสิทธิที่คนสัญชาติเม็กซิกันพึงมี

ตารางที่ 6 สรุปประเด็นเกี่ยวกับการแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่ผู้ต้องหาคดีอาญา

ประเทศเม็กซิโก(โจทก์)	ประเทศสหรัฐอเมริกา(จำเลย)	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
ประเทศเม็กซิโกกล่าวว่า พันธกรณีตามมาตรา 36 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 กำหนดให้มีการแจ้งสิทธิทางกงสุลและให้โอกาสที่เหมาะสมเพื่อให้เจ้าพนักงานกงสุลของประเทศเม็กซิโกเข้าพบบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน ก่อนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับ (ประเทศสหรัฐอเมริกา) จะกระทำการใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของคนต่างชาติได้ ⁵⁶	ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า นายโซลาเช่ (Solache) คดีหมายเลข 47 ได้รับการแจ้งสิทธิทางกงสุลตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ประมาณ 7 เดือนหลังจากที่เขาถูกจับกุม และประเทศโต้แย้งอีกว่ามีบุคคลสัญชาติเม็กซิกันหลายคนเป็นคนสัญชาติอเมริกันและอย่างน้อยที่สุด 7 คน ที่ปรากฏว่ามีการยืนยันเป็นพลเมืองของสหรัฐในเวลาที่ถูกจับกุม ได้แก่	ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตีความมาตรา 36 (1)(b) ในการนำไปปรับใช้แก่บุคคลทั้ง 52 คน ในย่อหน้าที่ 16 โดยมาตราดังกล่าวแยกองค์ประกอบได้ 3 ส่วน คือ 1.สิทธิของปัจเจกชนที่เกี่ยวข้องที่จะได้รับการแจ้งสิทธิตามมาตรา 36 (1)(b) โดยไม่ชักช้า 2.สิทธิของสถานทำการทางกงสุลที่จะได้รับการแจ้งโดยไม่ชักช้า ถ้าบุคคลเหล่านั้นร้องขอ 3.หน้าที่ของรัฐผู้รับที่จะต้องติดต่อ

consular officers to arrange for legal representation of their nationals in the case of the following individuals: Avena (case No. 1), Ayala (case No. 2), Carrera (case No. 4), Contreras (case No. 5), Gómez (case No. 8), López (case No. 11), Lupericio (case No. 12), Maciel (case No. 13), Manríquez (case No. 14), Fuentes (case No. 15), Martínez (case No. 16), Ochoa (case No. 18), Parra (case No. 19), Salazar (case No. 21), Tafoya (case No. 24), Valdez (case No. 25), Vargas (case No. 26), Alvarez (case No. 30), Fierro (case No. 31), García (case No. 32), Ibarra (case No. 35), Leal (case No. 36), Maldonado (case No. 37), Medellín (case No. 38), Moreno (case No. 39), Plata (case No. 40), Regalado (case No. 43), Arias (case No. 44), Caballero (case No. 45), Flores (case No. 46), Fong (case No. 48), Pérez (case No. 51), Loza (case No. 52) and Torres (case No. 53).)

⁵⁶ Ibid., p. 42, para 58. (Mexico asks the Court to find that “the obligation in Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention requires notification of consular rights and a reasonable opportunity for consular access

<p>ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการแจ้งสิทธิทางกงสุลตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 (1)(b) แก่บุคคลที่ถูกจับกุม “โดยไม่ชักช้า” (without delay)</p>	<p>1. นายอาวีนา (Avena) คดีหมายเลข 1</p> <p>2. นายอายาลา (AlaYa) คดีหมายเลข 2</p> <p>3. นายเบนาวีเดซ (Benavides) คดีหมายเลข 3</p> <p>4. นายโอโซอา (Ochoa) คดีหมายเลข 18</p> <p>5. นายซาลซิโด (Salcido) คดีหมายเลข 22</p> <p>6. นายทาโฟยา (Tafoya) คดีหมายเลข 24</p> <p>7. นายอัลบาเรซ (Alvarez) คดีหมายเลข 30</p>	<p>แจ้งไปยังสถานทำการกงสุลโดยไม่ชักช้า</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าในช่วงเวลาที่มีการจับกุม นั้น มาตรา 36 (1)(b) ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่จับกุมแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่บุคคลที่เป็นหรือมีเหตุให้คิดได้ว่าเป็นคนต่างชาติ (foreign national)</p>
<p>ประเทศเม็กซิโกได้กล่าวหาประเทศสหรัฐอเมริกา ดังต่อไปนี้</p> <p>1. คดีนายเอสควิเบล (Esquivel) คดีหมายเลข 7 ผู้ถูกจับกุมได้รับการแจ้งสิทธิทางกงสุล หลังจากที่ถูกจับแล้ว 18 เดือน</p> <p>2. คดีนายฆัวเรซ (Juárez) คดีหมายเลข 10 มีการแจ้งสิทธิหลังจากที่ถูกจับแล้ว 40 ชั่วโมง</p> <p>3. คดีนายอายาลา (Ayala) คดีหมายเลข 2 จำเลยได้รับการแจ้งสิทธิทางกงสุลในขณะที่เขาจะถูกประหารชีวิต ซึ่งเป็นเวลาประมาณ 4 ปีหลังจากที่เขาถูกจับกุม</p>	<p>จากมุมมองของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อบุคคลเหล่านี้ ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีหน้าที่แจ้งสิทธิทางกงสุล นอกจากนี้ยังโต้แย้งอีกว่าในคดีนายอายาลา (AlaYa) คดีหมายเลข 2 และนายซาลซิโด (Salcido) คดีหมายเลข 22 นั้นไม่มีเหตุผลที่ควรเชื่อว่าบุคคลทั้งสองนี้เป็นบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน และในคดีนายฆัวเรซ (Juárez) คดีหมายเลข 10 ได้มีการแจ้งสิทธิทางกงสุลโดยไม่ชักช้า (without delay) แล้ว⁵⁸</p>	<p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ภาษาพูดหรือรูปร่างหน้าตาไม่จำเป็นต่อการระบุว่าคนเหล่านั้นเป็นคนต่างชาติ ซึ่งมีคนต่างชาติอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนมาก การที่จะทราบสัญชาติได้ต้องมีการสอบสวนในเวลาที่มีการจับกุมเท่านั้น</p> <p>โดยแท้จริงแล้วปัจเจกชนแต่ละคนที่เป็นคนต่างชาติ ต้องมีสิทธิในการติดต่อสอบถามไปยังสถานทำการทางกงสุลของพวกเขา ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ตามมาตรา 36 (1)(b) และควรต้องมีการปรับปรุงอย่างมาก ซึ่ง</p>

before the competent authorities of the receiving State take any action potentially detrimental to the foreign national's rights".)

⁵⁸ Ibid., p. 42-43, para 60. (The United States claims that Mr. Solache (case No. 47) was informed of his rights under the Vienna Convention some seven months after his arrest. The United States further claims that many of the persons concerned were of United States nationality and that at least seven of these individuals

<p>ทางกงสุลนั้นต้องแจ้งก่อนที่จะมีการสอบสวน และยังกล่าวอีกว่า บุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่เหลือไม่เคยได้รับการแจ้งสิทธิจากเจ้าหน้าที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเลย⁵⁷</p>	<p>นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกายังโต้แย้งอีกว่า มีคนต่างชาติอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาว่าล้านคน ทั้งที่อาศัยโดยถูกหรือผิดกฎหมาย และกฎหมายเกี่ยวกับพลเมืองก็เอื้อเพื่อต่อบุคคลเหล่านั้น และกล่าวว่าประเทศสหรัฐอเมริกาคือสังคมพหุวัฒนธรรม (multicultural society) มีความหลากหลายทั้งรูปร่าง หน้าตา ภาษาพูด</p> <p>ประเทศสหรัฐอเมริกาแจ้งต่อศาลว่าตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เจ้าหน้าที่ก็มีการถามผู้ต้องหาเป็นประจำ (routinely) อยู่แล้วก่อนที่จะมีการนำไปกักขัง รวมถึงคนที่เป็พลเมืองสหรัฐอเมริกาด้วย</p>	<p>ตามหลักกฎหมายอาญาแล้ว จะต้องมีการแจ้งสิทธิของผู้ต้องหา ก่อนที่จะมีการสอบสวน ซึ่งในเรื่องนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ทราบดีอยู่แล้ว ในฐานะที่เป็นสิทธิของผู้ต้องหา (Miranda rule) สิทธินี้ยังรวมถึง</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. สิทธิที่จะมีทนายในช่วงเวลาที่ ถูกสอบปากคำ 2. สิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งทนายจากรัฐบาลถ้าบุคคลนั้นไม่สามารถจัดหาได้ <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ พิจารณาการปรับใช้นุสฎญากรุง เวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทาง กงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 (1) (b) ในการพิจารณานั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพบว่า บุคคลสัญชาติเม็กซิกันจำนวน 45</p>
---	---	---

“appear to have affirmatively claimed to be United States citizens at the time of their arrest”. These cases were said to be those of Avena (case No. 1), Ayala (case No. 2), Benavides (case No. 3), Ochoa (case No. 18), Salcido (case No. 22), Tafoya (case No. 24), and Alvarez (case No. 30). In the view of the United States no duty of consular information arose in these cases. Further, in the contention of the United States, in the cases of Mr. Ayala (case No. 2) and Mr. Salcido (case No. 22) there was no reason to believe that the arrested persons were Mexican nationals at any stage; the information in the case of Mr. Juárez (case No. 10) was given “without delay”.)

⁵⁷ Ibid., p. 42, para 59. (Mexico contends that, in each of the 52 cases before the Court, the United States failed to provide the arrested persons with information as to their rights under Article 36, paragraph 1 (b), “without delay”. It alleges that in one case, Mr. Esquivel (case No. 7), the arrested person was informed, but only some 18 months after the arrest, while in another, that of Mr. Juárez (case No. 10), information was given to the arrested person of his rights some 40 hours after arrest. Mexico contends that this still constituted a violation, because “without delay” is to be understood as meaning “immediately”, and in any event before any interrogation occurs. Mexico further draws the Court’s attention to the fact that in this case a United States court found that there had been a violation of Article 36, paragraph 1 (b), and claims that the United States cannot disavow such a determination by its own courts. In an Annex to its Memorial, Mexico mentions that, in a third case (Mr. Ayala, case No. 2), the accused was informed of his rights upon his arrival on death row, some four years after arrest. Mexico contends that in the remaining cases the Mexicans concerned were in fact never so informed by the United States authorities.)

		<p>คน ไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่ามี การอ้างสัญชาติอเมริกันใน ช่วงเวลาที่ถูกจับกุม หรือมีเหตุผล อันควรเชื่อว่าเป็นมีสัญชาติ อเมริกัน</p> <p>ส่วนอีก 7 คนที่เหลือ ศาล ยุติธรรมระหว่างประเทศพบว่ามี การอ้างว่าเป็นพลเมือง สหรัฐอเมริกาในเวลาที่ถูกจับกุม เฉพาะในคดีของนายซาลซิโด (Salcido) คดีหมายเลข 22 เท่านั้น ที่ศาลยุติธรรมระหว่าง ประเทศได้รับพยานหลักฐานจาก ประเทศสหรัฐอเมริกา คือ บันทึก การสอบสวน และได้มีการยอมรับ จากประเทศเม็กซิโกแล้ว นอกนั้น ไม่ปรากฏพยานหลักฐานต่อศาล ยุติธรรมระหว่างประเทศว่ามี การ ระบุว่าบุคคลสัญชาติอเมริกัน กันใน เวลา ที่ ถูก จับ กุม ซึ่ง เจ้าหน้าที่ที่จับกุมจะต้องมีการ สอบสวนโดยทันที และมีการแจ้ง ให้สถานทำการทางกงสุลทราบ โดยไม่ชักช้า (without delay) ประเทศเม็กซิโกไม่แสดงให้ศาล ยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าใน คดีของนายซาลซิโด (Salcido) ประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิด พันธกรณีตามมาตรา 36 วรรค 1 (b)</p> <p>1.ในคดีของนายอายาลา (AlaYa)</p>
--	--	--

		<p>คดีหมายเลข 2 ผู้ต้องหาให้การอ้างว่าเป็นพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาในเวลาที่ถูกจับกุม แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้รับรายงานการสอบสวนที่ยืนยันว่ามีสัญชาติอเมริกัน</p> <p>2. ในอีก 5 คดีที่เหลือปรากฏว่าการอ้างว่าเป็นพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาในเวลาที่มีการจับกุม แต่ไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่าคำให้การเหล่านั้นได้ถูกทำขึ้นในเวลาที่มีการจับกุมได้แก่</p> <p>1. นายอาวีนา (Avena) คดีหมายเลข 1 ในรายงานการจับกุมระบุว่าเขาเกิดที่มลรัฐแคลิฟอร์เนีย แต่เจ้าหน้าที่เรือนจำบันทึกว่าเขาเป็นบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้มีการสอบสวนเพื่อยืนยันว่าเขาเป็นบุคคลสัญชาติอเมริกัน</p> <p>2. นายเบนนาวิเดซ (Benavides) คดีหมายเลข 3 ได้อพยพมาและได้รับบัตรประจำตัวผู้อพยพในปี ค.ศ. 1991 อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเชื่อว่าในเวลาที่ถูกจับกุมนั้น เขาเป็นบุคคลสัญชาติอเมริกัน แต่หลักฐานในการต่อสู้คดีในเดือนมิถุนายน ปี ค.ศ. 1993 ได้มีการแจ้งต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่าเขาได้</p>
--	--	---

		<p>กลายเป็นบุคคลสัญชาติอเมริกัน จึงไม่มีความเกี่ยวข้องกับสัญชาติของเขาในเวลาที่มีการจับกุม</p> <p>3. นายโอโชอา (Ochoa) คดีหมายเลข 18 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพบว่ารายงานการจับกุมในปี ค.ศ. 1990 อ้างว่าเขาเกิดในประเทศเม็กซิโก และก็ปรากฏในบันทึกการสอบสวนของเจ้าหน้าที่ตำรวจด้วย ประมาณ 2 ปีหลังจากนั้น ข้อมูลในบันทึกอ้างว่าเขาเป็นพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกิดในประเทศเม็กซิโก ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้รับรายละเอียดเพิ่มเติมจากประเทศสหรัฐอเมริกาว่า มีการสอบสวนเพื่อยืนยันว่าเขาเป็นบุคคลสัญชาติอเมริกันในเวลาที่ถูกจับกุม</p> <p>4. นายทาโฟยา (Tafoya) คดีหมายเลข 24 ในบันทึกของเจ้าหน้าที่ตำรวจระบุว่าเขาเกิดในประเทศเม็กซิโก แต่ในคดีนี้ไม่มีการให้ข้อมูลเพิ่มเติมจากประเทศสหรัฐอเมริกา ถ้ามีการสอบสวนเพิ่มเติมก็จะทำให้ทราบสัญชาติของนายทาโฟยาได้</p> <p>5. นายอัลบาเรซ (Alvarez) คดีหมายเลข 30 ถูกจับในมลรัฐเท็กซัส เมื่อวันที่ 20 มิถุนายน ค.ศ. 1998 เจ้าหน้าที่ตำรวจบันทึกว่า</p>
--	--	--

		<p>เขาเป็นพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาภายในเวลา 3 วัน นับแต่ที่เขาถูกจับกุม อย่างไรก็ตามเจ้าหน้าที่ศูนย์บริการผู้อพยพ และการให้สัญชาติ ได้มีการสืบสวนพบว่านายอัลบาเรซเคยได้รับโทษมาก่อนแล้ว คือ ถูกเนรเทศ (deportation) ในฐานะคนต่างด้าว</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าประเทศเม็กซิโกไม่สามารถทำให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีตามมาตรา 36 วรรค 1 (b) ในคดีของนายซาลซิโด (Salcido) คดีหมายเลข 22 ในทางกลับกัน คนที่เหลือ ผู้ซึ่งยืนยันว่ามีการอ้างสัญชาติอเมริกันในเวลาที่ถูกจับกุม นั้น ข้อต่อสู้ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สามารถรับฟังได้⁵⁹</p>
--	--	---

3.2.1.1.5 การละเมิดพันธกรณีว่าด้วยเรื่องการใช้กฎหมายภายในให้สอดคล้องต่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 (มาตรา 36 (2))

ประเทศเม็กซิโกได้ยื่นคำฟ้องเป็นฉบับสุดท้าย เพื่อขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินและประกาศว่า “สหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีภายใต้มาตรา 36 (2) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เพราะไม่ได้มีการทบทวนและ

⁵⁹ Ibid., p. 44-46, paras. 65-74.

พิจารณาคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ภายในศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างเต็มที่จากการละเมิดมาตรา 36 (1)”⁶⁰ นอกจากนี้ประเทศเม็กซิโกยังกล่าวอ้างว่าการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้กฎหมายภายในขัดขวางไม่ให้มีการเยียวยาจากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกालะเมิดสิทธิตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ดังนั้นการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษเสียใหม่ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาจากการละเมิดมาตรา 36 ทั้งที่ได้ละเมิดไปแล้ว และยังมีกรณีต่อไปอีกและที่สำคัญที่สุดคือ ถึงแม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะได้มีคำตัดสินไปแล้วในคดี LaGrand ว่าศาลของสหรัฐอเมริกาไม่ว่าในระดับรัฐบาลกลางหรือระดับมลรัฐต่างก็อ้างกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไป (procedural default rule) เพื่อเป็นอุปสรรคต่อการพิจารณาข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้บุคคลสัญชาติเม็กซิกันไม่สามารถยกข้อต่อสู้การละเมิดมาตรา 36 ในชั้นศาลได้⁶¹ แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาก็โต้แย้งว่าในระบบยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา หากเกิดความผิดพลาดในกระบวนการพิจารณาคดี ประเทศสหรัฐอเมริกาก็จะใช้ทั้งกระบวนการทางศาลและกระบวนการในการบรรเทาโทษของฝ่ายบริหาร (executive clemency) ดังนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาจึงปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แล้ว

มาตรา 36 (2) บัญญัติว่า “สิทธิที่อ้างถึงในวรรค 1 ของข้อนี้ จะต้องใช้ให้สอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ ภายใต้เงื่อนไขว่ากฎหมายและข้อบังคับดังกล่าวต้องให้ผลอย่างเต็มที่ต่อความมุ่งประสงค์ที่ได้มุ่งประสาทไว้ตามข้อนี้”

กฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาความทั่วไปในกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เคยพิจารณามาแล้วในคดี LaGrand ซึ่งตามคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกกล่าวว่า กฎเกณฑ์นี้ห้ามไม่ให้จำเลยยกข้อต่อสู้ในศาลอุทธรณ์หรือศาลของรัฐบาลกลาง หากจำเลยไม่ได้ยกข้อต่อสู้ขึ้นมาในศาลชั้นต้น ดังนั้นกฎเกณฑ์นี้ใช้บังคับในศาลของรัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกา⁶² ดังนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงพิจารณาว่า ต้องมีการพิจารณาถึง

⁶⁰ Ibid., p. 55, para. 107. (In its third final submission Mexico asks the Court to adjudge and declare that “the United States violated its obligations under Article 36 (2) of the Vienna Convention by failing to provide meaningful and effective review and reconsideration of convictions and sentences impaired by a violation of Article 36 (1).”)

⁶¹ Ibid., p. 55, para. 109 (In this connection, Mexico has argued that the United States “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 sentences imposed in proceedings that violated Article 36 has violated, and continues to violate, the Vienna Convention.”)

⁶² Ibid., p. 56, para. 111. (The “procedural default” rule in United States law has already been brought to the attention of the Court in the LaGrand case. The following brief definition of the rule was provided by Mexico in its Memorial in this case and has not been challenged by the United States: “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,

ตัวของกฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาความทั่วไปเองและการนำมาปรับใช้ด้วยเพราะมีความแตกต่างกัน โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้อ้างอิงคดี LaGrand ว่ากฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปนั้นได้ขัดขวางผู้ต้องหาจากการท้าทายคำพิพากษาและการลงโทษของพวกเขา และในคดี LaGrand ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาไปเป็นที่เรียบร้อยแล้วว่ากฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปนั้นอาจจะก่อให้เกิดการขัดขวางผู้ต้องหาจากการโต้แย้งต่อคดีของตน ถึงแม้ว่ากฎเกณฑ์นั้นไม่จำเป็นต้องมีการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศโดยตัวเอง และในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ กฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปยังได้ก่อให้เกิดการละเมิดอีกเช่นเดียวกัน เพราะว่าเป็นการขัดขวางผู้ต้องหาจากการโต้แย้งคดีของตน ซึ่งเป็นผลมาจากศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ทำตามสิทธิที่มาตรา 36 ให้ไว้อย่างมีประสิทธิภาพ⁶³

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่าการที่กฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไป (procedural default rule) ไม่ได้รับการปรับปรุงแก้ไขเลย อีกทั้งยังเป็นการขัดขวางการยื่นคำขอในคดีที่มีการไม่แจ้งสิทธิทางกงสุลของประเทศสหรัฐอเมริกาเอง จึงทำให้ทนายของฝ่ายจำเลยไม่สามารถยกประเด็นเรื่องการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในศาลชั้นต้นของมลรัฐได้ ดังนั้นหากมีการพิจารณาคดีในศาลสูงของประเทศสหรัฐอเมริกาขึ้นไปอีกก็จะยังคงมีการละเมิดมาตรา 36 (1) อันเป็นการขัดขวางประเทศเม็กซิโกเข้าช่วยเหลือบุคคลสัญชาติเม็กซิกันอย่างทันท่วงที ดังนั้น การนำกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปมาใช้ในแต่ละคดีนั้นเป็นการขัดขวางต่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เพื่อให้ได้ผลอย่างเต็มที่ ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงละเมิดมาตรา 36 (2) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ยกเว้นใน 49 คดี เนื่องจากคดีเหล่านี้ยังสามารถได้รับการพิจารณาและการทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา⁶⁴

on appeal or in a petition for a writ of habeas corpus". 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 United States federal courts; in the present case, Mexico also complains of the application of the rule in certain state courts of criminal appeal.)

⁶³ International Court of Justice, *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 2001, p. 497, para. 90. (Turning now to the "procedural default" rule, the application of which in the present case Germany alleges violated Article 36, paragraph 2, the Court emphasizes that a distinction must be drawn between that rule as such and its specific application in the present case. 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, 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.)

⁶⁴ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, p. 57, para. 113. (The Court will return to this aspect below, in the context of Mexico's claims as to remedies. For the moment, 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

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าในคดีของบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน 3 คดี ได้แก่ คดีนายฟิเอโร (Fierro) นายโมเรโน (Moreno) และนายตอร์เรส (Torres) ที่คำพิพากษา และการลงโทษนั้นมาถึงที่สุดแล้ว ยิ่งไปกว่านั้นในคดีของนายตอร์เรสเองศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดวันประหารชีวิตไว้แล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกालะเมิดพันธกรณีภายใต้มาตรา 36 วรรค 2 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เนื่องจากในคดีเหล่านี้กระบวนพิจารณาทางอาญาไม่สามารถพิจารณาทางศาลใหม่ได้อีกแล้ว⁶⁵

ดังนั้น ในประเด็นนี้จึงสรุปได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกालะเมิดมาตรา 36 (2) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เมื่อสหรัฐอเมริกาไม่ได้ตอบสนองใดๆ ต่อ“สิทธิตามมาตรา 36 (1) “เพื่อให้ได้ผลอย่างเต็มที่” ใน 3 คดี ทั้งนี้กฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งเพราะห้ามไม่ให้ผู้ต้องหาทำทนายต่อคำพิพากษาและการลงโทษ เพราะในแต่ละคดีนั้นใช้กฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไป (procedural default rule) ขัดขวางบุคคลสัญชาติเม็กซิกันในการโต้แย้งต่อคำพิพากษาเหล่านั้น หรือศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีเยียวยาอย่างมีประสิทธิภาพจากการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

การที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า ถึงแม้ว่ากฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปนั้นโดยตัวเองแล้วไม่ก่อให้เกิดการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทาง

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. It 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. In 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. The Court notes moreover that 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. However, in none of the cases, save for the three mentioned in paragraph 114 below, 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, and as explained further in paragraphs 128 and following below. 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.)

⁶⁵ *Ibid.*, p. 57, para. 114. (...the Court notes that in the case of three Mexican nationals, Mr. Fierro (case No. 311, Mr. Moreno (case No. 391, and Mr. Torres (case No. 53), conviction and sentence have become final. Moreover, in the case of Mr. Torres the Oklahoma Court of Criminal Appeals has set an execution date (see paragraph 21 above, in fine). The Court must therefore conclude that, in relation to these three individuals, the United States is in breach of the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention.)

กงสุล ค.ศ. 1963 แต่การละเมิดจะเกิดขึ้นต่อเมื่อกฎเกณฑ์นั้นห้ามไม่ให้จำเลยสามารถทำทนายต่อคำพิพากษาและการลงโทษที่มีข้อต่อสู้ว่าเกิดการละเมิดขึ้น คือกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปนั้นจะละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ก็ต่อเมื่อศาลภายในของสหรัฐอเมริกานำมาใช้โดยไม่รับฟังข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิดเหล่านั้นของจำเลย แต่ถ้าจะพิจารณาให้ดีแล้วหากเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาหรือก็คือเจ้าหน้าที่ตำรวจแจ้งสิทธิทางกงสุลให้ผู้ต้องหาทราบตั้งแต่แรกก็คงจะไม่เกิดปัญหาเช่นนี้ขึ้น คืออย่างน้อยผู้ต้องหาจะสามารถยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในศาลที่สูงกว่าศาลชั้นต้นได้ หรือผลลัพธ์ที่มากกว่านั้นคือมีผลทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้อย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ โดยไม่ต้องมีรัฐใดมาฟ้องร้องเกี่ยวกับคนชาติของรัฐผู้ส่งอีก

จากที่ได้กล่าวไปในข้างต้นแล้วว่า กฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปคือกฎเกณฑ์ที่ห้ามจำเลยยกข้อต่อสู้ในศาลอุทธรณ์ หากจำเลยไม่ได้ยกข้อต่อสู้ขึ้นมาในศาลชั้นต้น ในที่นี้ผู้เขียนจะอธิบายเพิ่มเติมว่า กฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปคือแนวคิดเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาความหนึ่งในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งการใช้กฎเกณฑ์นั้นสามารถใช้ได้ 2 ทางคือ 1. เมื่อผู้ร้องทุกข์ยังไม่สิ้นสุดการเยียวยา โดยที่ผู้ร้องทุกข์ต้องยกข้อต่อสู้ที่ไม่ได้รับความยุติธรรมในศาลของมลรัฐ ซึ่งศาลของรัฐบาลกลางก็ต้องพิจารณากับประเด็นนี้ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไป และ 2. ศาลของรัฐบาลกลางจะไม่รับพิจารณาข้อต่อสู้ที่กล่าวอ้างขึ้นมาใหม่ ถ้าหากประเด็นใดที่ไม่ได้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาลล่างแล้ว ศาลที่สูงกว่าก็จะไม่รับฟังในชั้นอุทธรณ์ ถือว่าผู้ร้องทุกข์สละสิทธิในประเด็นนั้น ในมลรัฐเท็กซัสเพื่อที่จะสงวนประเด็นที่เป็นผลมาจากการพิจารณาทางอุทธรณ์ คู่ความต้องยื่นหมายเหตุต่อศาลล่างเกี่ยวกับประเด็นนั้นตามเวลาที่ศาลกำหนด การคัดค้าน หรือคำฟ้องต้องระบุไว้อย่างชัดเจน แต่มีข้อยกเว้นอยู่เพียงอย่างเดียวที่ไม่อาจสละสิทธิได้ก็คือสิทธินั้นเป็นสิทธิเด็ดขาด⁶⁶

ผู้พิพากษาเฉพาะกาล Sepulveda กล่าวแย้งต่อคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนี้ว่า เมื่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีนี้ยอมรับว่ากฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปขัดขวางไม่ให้บุคคลสัญชาติเม็กซิกันได้รับการเยียวยาเมื่อมีการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ดังนั้นข้อเรียกร้องของเม็กซิโกจึงไม่อาจถูกปฏิเสธได้แม้จะยังไม่มีการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา⁶⁷

⁶⁶ Steven M. Novak, "Everyone Knows Medellin; Has Anyone Heard of O'Brien? Reconciling the United States and the International Community by Amending the VCCR," *John Marshall Law Review* 43,3 (2010): 820.

⁶⁷ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, Separate Opinion of Judge Ad Hoc Sepulveda, p. 108, para. 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

ตารางที่ 7 สรุปประเด็นเกี่ยวกับการใช้กฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญา

ประเทศเม็กซิโก(โจทก์)	ประเทศสหรัฐอเมริกา(จำเลย)	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
<p>ประเทศเม็กซิโกกล่าวว่าประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีตามมาตรา 36 (2) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เนื่องจากไม่มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาอย่างมีประสิทธิภาพตามที่ละเมิดมาตรา 36 (1)⁶⁸</p> <p>ประเทศสหรัฐอเมริกามีการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายภายใน มาเป็นอุปสรรคหรือขัดขวางการเยียวยาจากการละเมิดสิทธิตามมาตรา 36 ซึ่งประเทศเม็กซิโกกล่าวว่าประเทศสหรัฐอเมริกาใช้หลักการกฎหมายภายในหลายเรื่องเพื่อป้องกันผลที่เกิดจากการละเมิดมาตรา 36</p>	<p>ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าระบบยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกามีการใช้กระบวนการพิจารณาทางศาลและกระบวนการพิจารณาของฝ่ายบริหารในการบรรเทาโทษร่วมกันโดยเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อให้มาตรา 36 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เกิดประสิทธิภาพสูงสุด (full effect) และสอดคล้องกับมาตรา 36 วรรค 2 ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการเยียวยาที่มีความพอใจ (satisfy) และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีการยอมรับในคดี LaGrand ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้จัดให้มีการพิจารณาและการทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่</p>	<p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่าได้เคยมีการพิจารณาการปรับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไปของประเทศสหรัฐอเมริกามาแล้ว ในคดี LaGrand ซึ่งทำให้เกิดอุปสรรคในการปฏิบัติตามพันธกรณีมาตรา 36 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงกล่าวว่า</p> <p>“ในตัวของกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไปเองไม่ได้ละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 แต่ปัญหาเกิดจากการที่บุคคลที่ถูกคุมขังไม่สามารถทำทนายคำพิพากษาหรือการลงโทษโดยต่อสู้ว่ามีการละเมิดมาตรา 36 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยอ้างว่าเจ้าหน้าที่</p>

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.)

⁶⁸ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, p. 55, para. 107. (In its third final submission Mexico asks the Court to adjudge and declare that "the United States violated its obligations under Article 36 (2) of the Vienna Convention by failing to provide meaningful and effective review and reconsideration of convictions and sentences impaired by a violation of Article 36 (1)".)

<p>นอกจากนี้บุคคลสัญชาติเม็กซิกันไม่อาจรับรู้สิทธิของเขาในการสื่อสารและติดต่อกับสถานทำการทางกงสุลของประเทศเม็กซิโกตั้งนั้นเขาจึงไม่สามารถยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้ในศาลชั้นต้นเนื่องจากเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ปฏิบัติตามมาตรา 36⁶⁹</p>	<p>ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว⁷⁰</p>	<p>ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ปฏิบัติตามมาตรา 36 (1) ที่จะต้องมีการแจ้งสิทธิทางกงสุลโดยไม่ชักช้า ด้วยเหตุนี้เองจึงเป็นการขัดขวางบุคคลเหล่านี้ในการที่จะได้รับการช่วยเหลือทางกงสุลจากรัฐผู้ส่ง (I.C.J. Reports 2001, p. 497, para. 90) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า กฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปขัดขวางการให้ความช่วยเหลือแก่นาย LaGrand ในการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาใหม่ ซึ่งเป็นการปฏิเสธหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา (I.C.J. Reports 2001, p. 497, para. 91) ในคดี LaGrand ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญา</p>
---	---	--

⁶⁹ Ibid., p. 55, para. 109. (“The United States uses several municipal legal doctrines to prevent finding any legal effect from the violations of Article 36. First, 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.”)

⁷⁰ Ibid., p. 55-56, para. 110. (Against this contention by Mexico, the United States argues that: “the criminal justice systems of the United States address all errors in process through both judicial and executive clemency proceedings, relying upon the latter when rules of default have closed out the possibility of the former. That is, the ‘laws and regulations’ of the United States provide for the correction of mistakes that may be relevant to a criminal defendant to occur through a combination of judicial review and clemency. These processes together, working with other competent authorities, give full effect to the purposes for which Article 36 (1) is intended, in conformity with Article 36 (2). And, insofar as a breach of Article 36 (1) has occurred, these procedures satisfy the remedial function of Article 36 (2) by allowing the United States to provide review and reconsideration of convictions and sentences consistent with *LaGrand*.”)

		<p>กรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 (2) เทียบกับคดีนี้แล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าในคดีของบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน 3 คน ได้แก่ นายพีเอโอโร คดีหมายเลข 31, นายโมเรโน คดีหมายเลข 39 และนายตอร์เรซ คดีหมายเลข 53 ที่ศาลอุทธรณ์ คดีอาญารัฐโองาโอมากำหนดวันประหารชีวิต (execution date) ด้วยเหตุนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงตัดสินว่าประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณี ในการปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 (2)⁷¹</p>
--	--	--

⁷¹ Ibid., p. 57, para. 113. (The Court will return to this aspect below, in the context of Mexico’s claims as to remedies. For the moment, 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. It 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. In 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. The Court notes moreover that 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. However, in none of the cases, save for the three mentioned in paragraph 114 below, 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, and as explained further in paragraphs 128 and following below. 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.)

3.2.1.2 การให้ความคุ้มครองทางทูต

ประเด็นนี้เกี่ยวเนื่องมาจากคำคัดค้านของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในของสหรัฐอเมริกา (the rule of exhaustion of local remedies) ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้โต้แย้งประเทศเม็กซิโกว่าบุคคลสัญชาติเม็กซิกันในทุกคดีตามคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกนั้นยังไม่ได้สิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะในหลายๆ คดียังมีการดำเนินคดีอยู่ในชั้นศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา⁷² และในหลายคดีที่การเยียวยาลิ้นสุดลงแล้ว แต่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันเหล่านั้นก็ไม่ได้มีการขอกระบวนการบรรเทาโทษ (clemency) และประเทศเม็กซิโกโต้แย้งว่าบุคคลสัญชาติเม็กซิกันต้องการการเยียวยาทางศาลจากประเทศสหรัฐอเมริกาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แต่ข้อเรียกร้องของพวกเขาเหล่านั้นถูกห้ามโดยกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไป อีกทั้งประเทศสหรัฐอเมริกายังกล่าวอ้างว่ามาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิปัจเจกบุคคลที่บุคคลเหล่านี้จะนำข้อเรียกร้องเกี่ยวกับอนุสัญญามาเรียกร้องได้ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในหัวข้อต่อไปจะได้พิจารณาว่าคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ นี้มีลักษณะพิเศษคือมีการเรียกร้องแบบผสม (mixed claims) ซึ่งจะมีผลต่อการให้ความคุ้มครองทางทูตของประเทศเม็กซิโก โดยจะได้พิจารณาดังต่อไปนี้

3.2.1.2.1 การเรียกร้องแบบผสม

ในการพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลสังเกตว่าคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกที่ขอให้ศาลตัดสินว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ปฏิบัติตามมาตรา 36 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล “เป็นการละเมิดต่อพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อประเทศเม็กซิโก ในสิทธิที่ประเทศเม็กซิโกเป็นเจ้าของ และในการใช้สิทธิของตนในการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อคนชาติของตน”⁷³

⁷² Ibid., p. 34, para. 38. (Furthermore, it contends that all of the claims relating to cases referred to in the Mexican Memorial are inadmissible because local remedies remain available in every case. It has drawn attention to the fact that litigation is pending before courts in the United States in a large number of the cases the subject of Mexico's claims and that, in those cases where judicial remedies have been exhausted, the defendants have not had recourse to the clemency process available to them; from this it concludes that none of the cases “is in an appropriate posture for review by an international tribunal.”.)

⁷³ Ibid., p. 35, para. 40. (In its final submissions Mexico asks the Court to adjudge and declare that the United States, in failing to comply with Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention, has “violated its international legal obligations to Mexico, in its own right and in the exercise of its right of diplomatic protection of its nationals.”.)

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า ประเทศเม็กซิโกสามารถยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับปัจเจกบุคคลขึ้นกล่าวอ้างได้ในเวลาใดๆ ในระบบกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา เพียงแต่ต้องยกขึ้นเมื่อการเยียวตามกระบวนการยุติธรรมภายในได้สิ้นสุดลงแล้ว ประเทศเม็กซิโกจึงจะสามารถรับข้อเรียกร้องของปัจเจกบุคคลนั้นโดยผ่านกระบวนการให้ความคุ้มครองทางทูต แต่ในคดีนี้ประเทศเม็กซิโกไม่ได้มีข้อเรียกร้องในนามคนชาติของตนเพียงอย่างเดียว แต่อย่างยิ่งเรียกร้องในนามของตนเองอีกด้วย โดยประเทศเม็กซิโกกล่าวว่า ตนได้รับความเสียหายโดยตรงและโดยผ่านคนชาติของตน ซึ่งเป็นผลจากการที่ประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีภายใต้มาตรา 36 (1)(a), (b) และ (c) โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงคดี LaGrand และได้ยอมรับว่า “มาตรา 36 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 ก่อให้เกิดสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลเฉพาะแต่คนชาติที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ซึ่งรัฐเจ้าของสัญชาติผู้ถูกคุมขังอาจจะยกขึ้นกล่าวอ้างได้ในศาลนี้”⁷⁴

ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ นี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวเพิ่มเติมว่าการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 อาจจะนำมาซึ่งการละเมิดสิทธิของรัฐผู้ส่งด้วย และเช่นเดียวกันหากมีการละเมิดสิทธิของรัฐผู้ส่งแล้วก็อาจจะเป็นการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลนั้นด้วย ในสถานการณ์พิเศษของความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันระหว่างสิทธิของรัฐและสิทธิของปัจเจกบุคคล ประเทศเม็กซิโกอาจจะยื่นคำฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในนามของตนเองเพื่อร้องขอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้ตัดสินเรื่องการละเมิดสิทธิตามข้อเรียกร้องที่ตนได้รับความเสียหายไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยผ่านการละเมิดสิทธิปัจเจกบุคคลของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันภายใต้มาตรา

⁷⁴ International Court of Justice, *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27 June 2001, p. 494, para. 77. (The Court notes that Article 36, paragraph 1 (b), spells out the obligations the receiving State has towards the detained person and the sending State. It provides that, at the request of the detained person, the receiving State 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 /its 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 (see *Acquisition of Polish Nationality Advisory Opinion, 1923, P. C.I. J., Series B, No. 7, p. 20; Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950, p. 8 ; Arbitral Award of 31 July 1989, Judgment, I. C. J. Reports 1991, pp. 69-70, para. 48; Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriyah Chad), Judgment, I. C. J. Reports 1994, p. 25, para. 51). Based on the text of these provisions, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article 1 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.)*

36 (1)(b) ดังนั้น หลักเกณฑ์ในเรื่องการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่ต้องนำมาใช้กับข้อเรียกร้องเหล่านี้⁷⁵ เพราะศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าในกรณีนี้มีการเรียกร้องในนามของประเทศเม็กซิโก ซึ่งรัฐได้รับความเสียหายโดยตรงจึงไม่จำเป็นต้องมีการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา

ผู้พิพากษา Ranjeva ได้ให้ความเห็นในประเด็นนี้ว่า แนวคิดเรื่องความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้นำมาใช้ในปี ค.ศ. 2001 ในคดี LaGrand เพื่อที่จะกำหนดลักษณะของการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันของสิทธิที่ได้ระบุไว้ในมาตรา 36 (1) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เหตุผลหรือจุดสำคัญของความสัมพันธ์ก็เพื่อต้องการความสะดวกจากคุ้มครองทางกงสุลนั้น อย่างไรก็ตามวิธีการที่สิทธิทั้งหลายได้ถูกนิยามไว้ได้นำมาบัญญัติลงในกฎหมายภายในของตนและพวกเขาได้ถูกแบ่งสรรในฐานะระหว่างรัฐผู้ส่งและผู้ถูกคุมขัง อีกนัยหนึ่ง อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ดูเหมือนว่าจะกำหนดผู้ถือสิทธิว่าได้สร้างสิทธิไว้กับสิทธิของปัจเจกบุคคลทั้งความเป็นอยู่และสิทธิที่เป็นของคนที่ถูกคุมขัง ในสถานการณ์เช่นนี้ ความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันซึ่งได้พิจารณาไตร่ตรองไปในคำพิพากษาปี ค.ศ. 2001 ที่ไม่เกี่ยวข้องกับทั้งลักษณะและขอบเขตของสิทธิที่เป็นประเด็นปัญหา ซึ่งเป็นเรื่องของประสิทธิผลของการมีผลบังคับใช้ของระบบการคุ้มครอง การมีประสิทธิผลที่ใช้โดยรัฐซึ่งสิทธิของตน เพื่อให้มีการคุ้มครองคนชาติของตน ผู้ซึ่งได้รับสิทธิของพวกเขาตามมาตรา 36 (1)(b) จะเป็นไปได้เพียงแต่คนชาติที่ถูกคุมขังนั้นไม่ได้ปฏิเสธสิทธิทางกงสุลตั้งแต่เริ่มต้น และสิทธิในการริเริ่มนั้นมีประสิทธิผลที่ได้ถูกยกขึ้นตราบเท่าที่ไต่ระลึกว่าบุคคลนั้นมีสัญชาติอื่น หรือมีเหตุที่สามารถคิดได้ว่าบุคคลนั้นอาจจะมีสัญชาติอื่น⁷⁶

⁷⁵ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, p. 36, para. 40 (It would further observe that violations of the right 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.)

⁷⁶ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, Declaration of Vice-President Ranjeva, p. 78, para. 13. (The notion of interrelationship was used by the Court in 2001 to characterize the interdependence of the rights enumerated in Article 36, paragraph 1. The *raison d'etre* or focus of that relationship is to seek to facilitate consular protection. However, the manner in which the various rights are defined consists in stating their content and how they are to be apportioned as between the sending State and the detainee; in other words, the 1963 Convention sought to identify the holders of the rights that it created, with individual rights being those belonging to the detained nationals. In these circumstances, the interrelationship contemplated by the 2001 Judgment concerns neither the nature nor the scope of the rights in question; it pertains to the effective implementation of the protection system. The effective exercise by a State of its right to provide for the protection of its nationals,

แต่ผู้พิพากษา Verashchetin มีความเห็นแย้งว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ปฏิเสธต่อข้อเท็จจริงที่ปรากฏโดยชัดแจ้งว่า ประเทศเม็กซิโกนำข้อเรียกร้อง 2 ส่วนด้วยกัน กล่าวคือ 1. ความเสียหายโดยตรงต่อรัฐ และ 2. การใช้สิทธิของตนในการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อคนชาติของตน และยังบันทึกไว้ว่าสิทธิปัจเจกบุคคลของคนสัญชาติเม็กซิกันเป็นสิทธิ “ซึ่งสามารถอ้างสิทธินั้นได้ในระดับใดๆ ภายในระบบกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา” และกล่าวว่า “ในสถานการณ์พิเศษของความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันของสิทธิของรัฐและสิทธิปัจเจกบุคคล” ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ประเทศเม็กซิโกอาจจะใช้สิทธิฟ้องก่อนมีการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในได้⁷⁷

ในการสนับสนุนข้อโต้แย้งเกี่ยวกับ “สถานการณ์พิเศษของความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันของสิทธิของรัฐและสิทธิของปัจเจกบุคคล” ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ศาลได้ยก (a) ในการพิจารณาในคดี LaGrand ว่า “มาตรา 36 (1) ได้สร้างสิทธิปัจเจกบุคคล (สำหรับคนที่มีสัญชาตินั้น) ซึ่งอาจจะถูกอ้างในศาลนี้โดยรัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ที่ถูกคุมขัง”⁷⁸ และ (b) บนคำแถลงว่า “การละเมิดสิทธิของปัจเจกชนภายใต้มาตรา 36 อาจจะนำมาซึ่งการละเมิดสิทธิของรัฐผู้ส่งด้วยและการละเมิดสิทธินั้นในเวลาต่อมาอาจจะนำมาซึ่งการละเมิดสิทธิของปัจเจกชน”

อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ไม่ได้ระลึกถึงคดี LaGrand ที่ประเทศเยอรมันได้มีข้อเรียกร้องภายใต้ 2 ข้อเรียกร้องนี้เช่นเดียวกัน ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้กล่าวว่าในการกล่าวอ้างสิทธิปัจเจกบุคคลของคนชาติตนนั้น ทำให้รัฐอาจจะหลีกเลี่ยงกฎเกณฑ์

who derive their rights from Article 36, paragraph 1 (h), is only possible if the detained national does not refuse such an initiative. The discretionary power of the sending State is thus confined to a right of initiative to activate the protection mechanism. And that right of initiative effectively arises "as soon as it is realized that the person is a foreign national, or once there are grounds to think that the person is probably a foreign national" (Judgment, para. 88).)

⁷⁷ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, Separate Opinion of Judge Vereshchetin, p. 79, para. 2. (The Court, without denying the obvious fact that Mexico brought its claims under **two** heads, namely direct injury to the State and in the exercise of its right of diplomatic protection of its nationals, and having also noted that the individual rights of the Mexican nationals are rights "which are to be asserted, at any rate in the first place, within the domestic legal system of the United States", thereafter makes an unexpected U-turn and states that, "in the special circumstances of interdependence of the rights of the State and of individual rights" under the Vienna Convention, Mexico may, prior to the exhaustion of local remedies.)

⁷⁸ Ibid., p. 80, para. 3. (In support of its argument regarding the "special circumstances of interdependence of the rights of the State and individual rights" under the Vienna Convention, the Court relies (a) on the finding in the LaGrand case that "Article 36, paragraph 1, creates individual rights [for the national concerned], which . . . may be invoked in this Court by the national State of the detained person" (LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I. C.J. Reports 2001, p. 494, para. 77), and (b) on its statement that "violations of the rights of the individual under Article 36 may entail violations 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".)

การสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายใน ในขณะที่คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวว่า การละเมิดต่อสิทธิของปัจเจกบุคคลอาจจะนำมาซึ่งการละเมิดสิทธิของรัฐและก็เกิดผลในทางกลับกัน การให้เหตุผลเช่นนี้สามารถประเมินค่าได้ในแนวทางของการตัดสินบรรทัดของศาลในเรื่องการคุ้มครองทางทูตและเป็นงานของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเร็ว ๆ นี้ได้มีร่างบทมาตราในการให้ความคุ้มครองทางทูต แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้นำมากล่าวอ้างในคดีนี้เลย⁷⁹

ในการใช้คำศัพท์เฉพาะทางของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (ILC) ประเทศเม็กซิโกนำมาใช้ในคำฟ้องซึ่งเรียกกันว่า “การเรียกร้องแบบผสม” (mixed claims) โดยข้อเรียกร้องนั้นมีทั้งความเสียหายที่รัฐได้รับโดยตรงและความเสียหายโดยอ้อมต่อรัฐโดยผ่านการกระทำความผิดต่อคนชาติของตน ในข้อคิดเห็นของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศในมาตรา 9 ซึ่งมีฐานมาจากคำพิพากษาหลายคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับคดีการให้ความคุ้มครองทางทูตและประเด็นที่เกี่ยวข้องของการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายใน

มาตรา 9 (11) “การเยียวยาภายในต้องสิ้นสุดแล้วที่จะมีการเรียกร้องในระดับระหว่างประเทศหรือเรียกร้องเพื่อให้มีคำตัดสินเพื่อแสดงสิทธิอันเกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้องนี้ โดยนำมาซึ่งหลักน้ำหนักที่เหนือกว่าที่อยู่บนพื้นฐานของความเสียหายต่อคนชาติหรือบุคคลอื่น”

ซึ่งควรกล่าวว่าร่างบทมาตราของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ที่ได้อ้างไปนั้นไม่ได้ทำให้เกิดข้อยกเว้นใดๆ สำหรับข้อเรียกร้องที่อยู่บนฐานของสนธิสัญญา⁸⁰

ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ นี้ พื้นฐานทางข้อเท็จจริงสำหรับองค์ประกอบข้อเรียกร้องทั้ง 2 ข้อเรียกร้องของประเทศเม็กซิโกมีความคล้ายคลึงกัน และการเยียวยายังมุ่งประเด็นไปที่ความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับคนชาติ ซึ่งตามทฤษฎี “การมีน้ำหนักมากกว่า” (preponderance) ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าต้องพิจารณานำหนักข้อเรียกร้องว่าเป็นไปเพื่อจุดประสงค์ใดและต้องการให้มีการเยียวยาเพื่อประโยชน์ของรัฐหรือปัจเจกบุคคลมากกว่ากัน แต่จากคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกเป็นไปเพื่อความต้องการของประเทศเม็กซิโกเพื่อปกป้องคนชาติโดยเฉพาะ สิ่งนี้ได้แสดงอย่างชัดเจนว่าข้อเรียกร้องของประเทศเม็กซิโกแบบผสมเป็นข้อเรียกร้อง

⁷⁹ Ibid., p. 80, para. 4. (The Court, however, fails to recall that in the LaGrand case, in which Germany also brought its claims under the two heads, the Court does not say that in invoking individual rights of its nationals the State may avoid the rule of exhaustion of local remedies or, for that matter, that in case of such invocation the claims fall outside the scope of the law of diplomatic protection. As to the Court's statement that violations of the rights of the individual may entail violations of the rights of the State and vice versa, this circular reasoning can be assessed in the light of the jurisprudence of the Court on diplomatic protection and of the work of the International Law Commission (ILC), which recently formulated Draft Articles on Diplomatic Protection. Unfortunately, neither of these is even mentioned in the Judgment.)

⁸⁰ Ibid., p. 80, para. 5.

ที่มีน้ำหนักไปในทางเพื่อใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตมากกว่า ซึ่งประเทศเม็กซิโกได้สนับสนุนข้อเรียกร้องต่อคนชาติของตนต่อหน้าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ความเสียหายโดยตรงต่อประเทศเม็กซิโกควรยกขึ้นหลังจากเมื่อมีการละเมิดซึ่งสิทธิของคนชาติที่ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 36 (1)(b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เท่านั้น⁸¹

แม้ว่าผู้พิพากษา Vereshchetin ลงความเห็นตามเสียงส่วนใหญ่ว่า ข้อเรียกร้องของประเทศเม็กซิโกนั้นรับฟังได้และกล่าวว่าพันธกรณีของการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในไม่นำมาใช้กับคดีนี้ อย่างไรก็ตาม ตามความเข้าใจแล้วลักษณะธรรมชาติของ “สถานการณ์พิเศษ” ในประเด็นนี้ค่อนข้างแตกต่างจากที่ได้ชี้แจงไปในย่อหน้าที่ 40 ของคำพิพากษาเลยทีเดียว สถานการณ์พิเศษตามจุดประสงค์ของคำพิพากษานี้แล้ว เป็นข้อยกเว้นจากข้อเรียกร้องให้มีการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในของคดีนี้ ที่ไม่ต้องอยู่ในขอบเขตของลักษณะพิเศษตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แต่อยู่ในขอบเขตของสถานการณ์พิเศษทางข้อเท็จจริงที่ปรากฏเป็นเฉพาะของคดีต่อหน้าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งตรงกันข้ามกับสิ่งที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ในย่อหน้าที่ 40 ของคำพิพากษา ในการอ้างสิทธิของปัจเจกบุคคลภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้ ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ทั่วไป ดังนั้น รัฐจึงไม่ได้รับการยกเว้นจากพันธกรณีของการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายใน⁸²

สิทธิของปัจเจกบุคคลของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันภายใต้วรรค 1(b) แห่งมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ความจริงแล้วสิทธิ “ซึ่งได้ถูกอ้างขึ้นมานั้นไม่ว่าระดับใดๆ ในครั้งแรก ภายในระบบกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา” (ย่อหน้า 40 ของคำพิพากษา) ตามหลักการแล้วเมื่อกระบวนการนั้นได้เสร็จสิ้นสมบูรณ์แล้วและการเยียวยาเพื่อการละเมิดนั้นทำที่สุดแล้วไม่สามารถเป็นไปได้อีก ประเทศเม็กซิโกควรนำคดีนี้ในรูปแบบของการสนับสนุนข้อเรียกร้องของปัจเจกบุคคลต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้ อย่างไรก็ตาม ในคดี LaGrand ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้แสดงให้เห็นว่า ความเป็นไปได้อีกในการเยียวยาภายในระบบยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวโน้มที่จะสิ้นสุดก็ต่อเมื่อเป็นเวลานั้นๆ ก่อนการประหารชีวิตปัจเจกบุคคลภายใต้คำพิพากษาและการลงโทษประหารชีวิตเท่านั้น เพราะฉะนั้น จึงเป็นความเสี่ยงว่าคำฟ้องที่อยู่บนฐานของการให้ความคุ้มครองทางทูตอันเกี่ยวกับ

⁸¹ Ibid., p. 81, para. 7. (In the case before the Court now, we are Faced with a similar situation: the factual basis for both elements of Mexico's claim is the same; the remedies sought focus on injuries to the nationals concerned. To use the "preponderance" standard, referred to above, the claim would not have been brought before the Court but for Mexico's desire to protect specific nationals. This clearly shows that the mixed Mexican claim is preponderantly a diplomatic protection claim, in which Mexico espouses before the Court the claims of its nationals. Direct injury to Mexico could arise only after the violations of the rights of its nationals provided for in Article 36, paragraph 1 (b), of the Vienna Convention.)

⁸² Ibid., p. 82, para. 10.

ปัจเจกบุคคลแต่ละคนที่จะนำมายื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนี้ในสถานการณ์ที่หากล่วงเลยไปแล้วอาจจะไม่มีประโยชน์ทันเวลาเพราะกำลังจะมีการประหารชีวิตปัจเจกบุคคลแล้ว⁸³

ในสถานการณ์พิเศษของคดีนี้ ในเวลาที่คำฟ้องถูกยื่นไปแล้ว บุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้งหมดที่เกี่ยวข้องในคดีก็ได้อยู่ในแดนประหารเรียบร้อยแล้วและดังนั้นชีวิตของพวกเขาจึงอยู่ในระดับที่เสี่ยง ในสถานการณ์เช่นนี้ความต้องการให้มีการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในทั้งหมดจากการละเมิดมาตรา 36 (1) ต้องมีการสิ้นสุดโดยสิ้นเชิงก่อนที่ประเทศเม็กซิโกจะสามารถใช้สิทธิของตนในการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อคนชาติเหล่านี้ได้ ซึ่งจะนำมาสู่ผลที่ไม่เกิดผลในทางปฏิบัติ เพราะว่าคดีส่วนใหญ่ยังไม่ถึงขั้นสุดท้ายในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา และมีความหวังว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องทำเรื่องนี้ให้ชัดเจนจากจุดยืนของกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าประเทศเม็กซิโกสามารถนำข้อเรียกร้องนี้ทั้งในสิทธิที่เป็นของตนเองและในการใช้สิทธิของตนในการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อคนชาติของตน⁸⁴

โดยสรุปแล้วผู้พิพากษา Vereshchetin กล่าวว่า ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องปรับใช้หลักมาตรฐาน “น้ำหนักที่มากกว่า” ต่อการเรียกร้องแบบผสมที่นำมาเรียกร้องทั้งสิทธิที่เม็กซิโกเป็นเจ้าของและสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อคนชาติของตน ดังนั้น หากพิจารณาตามหลักอรรถคดีของศาลในคดีก่อนในเรื่องกฎหมายการให้ความคุ้มครองทางทูต แล้วจะพบว่าการเรียกร้องเป็นเรื่องของการให้ความคุ้มครองทางทูตโดยเฉพาะ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องตัดสินว่ากฎเกณฑ์การสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในนั้นไม่สามารถนำมาใช้ได้ ไม่ใช่เพราะว่ามาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 นั้นแตกต่างจากบทบัญญัติประเภทเดียวกันของสนธิสัญญาอื่นๆ ที่สร้างสิทธิของปัจเจกชน แต่นั่นเป็นเพราะว่าเป็นสถานการณ์พิเศษของคดีที่ใกล้จะเกิดขึ้นตามที่ได้อธิบายไปข้างต้น⁸⁵

ผู้พิพากษา Parra-Aranguren มีความเห็นแย้งในประเด็นนี้ว่า ข้อสรุปนี้ทำให้หลงผิดได้ ซึ่งต้องกล่าวว่ากฎเกณฑ์การเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในไม่ได้นำมาปรับใช้เมื่อความเสียหายที่เรียกร้องนั้นเกิดจากความเสียหายโดยตรงต่อสิทธิของประเทศเม็กซิโก และไม่ใช่ว่ากฎเกณฑ์นี้ไม่สามารถนำมาใช้ได้สำหรับการเรียกร้องที่เรียกร้องโดยประเทศเม็กซิโกว่าตนเป็นเจ้าของสิทธิ การเรียกร้องที่แสดงโดยประเทศเม็กซิโกในสิทธิของการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อคน

⁸³ Ibid., p. 82, para. 11.

⁸⁴ Ibid., p. 83, para. 12.

⁸⁵ Ibid., p. 83, para. 13. (To conclude, the Court should have applied the "preponderance" standard to the "mixed" Mexican claims brought under the heads both of Mexico's own rights and of its right of diplomatic protection of its nationals, thus remaining consistent with its former jurisprudence on the law of diplomatic protection. Having found that the claims were essentially those of diplomatic protection, the Court should have held that the rule of exhaustion of local remedies was inapplicable not because Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations impliedly differs in *kind* from other treaty provisions creating rights of individuals, but rather because of the very special circumstances of the case at hand, as explained above.)

ชาติของตนเป็นข้อเรียกร้องของประเทศเม็กซิโกในสิทธิซึ่งตนเป็นเจ้าของ เพราะได้รับการยอมรับเป็นอย่างดีในคำประกาศเมื่อวันที่ 30 สิงหาคม ค.ศ. 1924 ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศในคดี *Mavrommatis Palestine Concessions case* ซึ่งศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศได้กล่าวว่า “โดยการขอความช่วยเหลือจากการกระทำทางทูตหรือกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศในนามของรัฐเอง รัฐได้อ้างสิทธิอย่างแท้จริงในสิทธิซึ่งตนเป็นเจ้าของ สิทธิของตนเพื่อให้มั่นใจว่า บุคคลตามคำฟ้องนี้จะได้รับการเคารพตามกฎหมายระหว่างประเทศ”⁸⁶

หลักการนี้ได้รับการยอมรับโดยทั่วไปและได้รับการกล่าวถึงอีกครั้งในมาตรา 1 วรรค 1 แห่งร่างบทมาตรารองการให้ความคุ้มครองทางทูตของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งกล่าวว่า “การให้ความคุ้มครองทางทูตประกอบไปด้วยการขอความช่วยเหลือจากการกระทำทางทูตหรือวิธีอื่นใดของวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยสันติวิธี โดยรัฐยอมรับในสิทธิที่ตนเป็นเจ้าของและที่เกี่ยวข้องกับคนชาติของตนในความเสียหายต่อคนชาตินั้นโดยเกิดจากการกระทำ ความผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐอื่น”

ดังนั้น ในคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ นี้ องค์ประกอบที่สัมพันธ์กันในการตัดสินไม่ว่าการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในได้สิ้นสุดลง โดยประเทศเม็กซิโกเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกา ในขณะที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้อธิบายว่า “การสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในสามารถนำมาใช้ได้เพียงแต่ในกรณีที่รัฐผู้เรียกร้องสิทธิได้รับความเสียหาย “โดยทางอ้อม” นั่นคือผ่านทางคนชาติของตน กฎเกณฑ์นี้ไม่นำมาใช้เมื่อรัฐผู้เรียกร้องสิทธิได้รับความเสียหายโดยตรงจากการทำความผิดในทางระหว่างประเทศของรัฐอื่น แต่คดีนี้ประเทศเม็กซิโกได้ใช้เหตุผลที่ต่างกันในสิทธิซึ่งตนเป็นเจ้าของสำหรับการนำมาซึ่งการเรียกร้องในทางระหว่างประเทศ”⁸⁷

⁸⁶ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, Separate Opinion of Judge Parra-Aranguren, p. 89, para. 21. (In my opinion, this conclusion is misleading. Paragraph 40 should have stated that the local remedies requirement does not apply when the injury is claimed to have been done directly to the rights of Mexico and not that it is not applicable to the claim made by Mexico in its own name. Now, the claims presented by Mexico in the exercise of diplomatic protection of its nationals are claims of Mexico in its own right, as was acknowledged in the well-known dictum of the 30 August 1924 Judgment of the Permanent Court of International Justice in the *Mavrommatis Palestine Concessions case*, where it was specified that "By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law." (*Judgment No. 2, 1924, P. C. I. J., Series A, No. 2, p. 12.*)

⁸⁷ *Ibid.*, p. 89-90, para. 23. (Therefore, in the present case, the relevant element in deciding whether local remedies had to be exhausted is whether Mexico was directly injured by the actions of the United States. As the International Law Commission explains "The exhaustion of local remedies rule applies only to cases in which the claimant State has been injured 'indirectly', that is, through its national. It does not apply where the claimant State is directly injured by the wrongful act of another State, as here the State has a distinct reason of its own for bringing an international claim.")

อย่างไรก็ตามคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศยังได้ตั้งข้อสังเกตว่า “ในทางปฏิบัติเป็นการยากที่จะตัดสินว่าข้อเรียกร้องนั้นเป็น แบบโดยตรงหรือโดยอ้อม ในกรณีที่ข้อเรียกร้องนั้นมีองค์ประกอบของทั้งความเสียหายต่อรัฐและความเสียหายต่อคนชาติของรัฐนั้น ในกรณีที่การเรียกร้องแบบผสมจะเป็นการบังคับต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบที่แตกต่างของข้อเรียกร้องนั้น และเพื่อตัดสินองค์ประกอบโดยตรงหรือโดยอ้อมนั้นมีน้ำหนักที่เหนือกว่ากัน แต่มีอีก 1 ทฤษฎีคือหลัก “but for” ซึ่งกล่าวว่า หากข้อเรียกร้องมีองค์ประกอบของทั้งความเสียหายโดยตรงและโดยอ้อมซึ่งควรจะนำขึ้นสู่ศาลแต่ไม่ใช่เพื่อเรียกร้องในนามของความเสียหายต่อคนชาติ ถ้าหากประเด็นปัญหานี้ให้คำตอบในด้านลบแล้ว ข้อเรียกร้องนั้นก็ต้องเป็นความเสียหายโดยอ้อมและการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในก็ต้องสิ้นสุดลงก่อน อย่างไรก็ตามมีความแตกต่างเพียงเล็กน้อยการหลักการมีน้ำหนักเหนือกว่าจากหลักการ “but for” หากข้อเรียกร้องนั้นมีน้ำหนักมากกว่าอยู่ที่ความเสียหายต่อคนชาติ สิ่งนี้เป็นหลักฐานทางข้อเท็จจริงว่าข้อเรียกร้องนั้นไม่ต้องนำขึ้นสู่ศาลแต่เป็นเพื่อความเสียหายต่อคนชาติ ในสถานการณ์เช่นนี้ คณะกรรมการสิทธิการกล่าวถึงการยอมรับหลักการมีอำนาจเหนือกว่าเพียงอย่างเดียวเท่านั้น⁸⁸

ในคดีนี้ประเทศเม็กซิโกมีความก้าวหน้าไปอีกขั้น โดยใช้คำในคำฟ้องว่า “ในสิทธิซึ่งตนเป็นเจ้าของ” อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์การสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าประเทศเม็กซิโกได้แสดงข้อเรียกร้องในสิทธิซึ่งตนเป็นเจ้าของ แต่ขึ้นอยู่กับประเทศเม็กซิโกได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำความผิดของประเทศสหรัฐอเมริกา⁸⁹

ประเทศเม็กซิโกยังคงถูกละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 จากประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสองรัฐ ที่เจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้บอกกล่าวบุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่ถูกจับกุมตามสิทธิของพวกเขาภายใต้มาตรา 36 (1)(b) ดังนั้น ข้อเรียกร้องของประเทศเม็กซิโกเป็นการเรียกร้องแบบผสม โดยใช้คำศัพท์เฉพาะของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศ และได้รับการยอมรับในย่อหน้าที่ 40 ของคำพิพากษาที่กล่าวว่ามี “สถานการณ์พิเศษของความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันของสิทธิของรัฐและสิทธิของปัจเจกชน” ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในการพิจารณาว่าข้อเรียกร้องของประเทศเม็กซิโกว่ามีน้ำหนักไปในทางความเสียหายต่อคนชาติและไม่

⁸⁸ United Nations, *Report of the International Law Commission, Fifty-fifth Session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2003)*, Official Records of the General Assembly, Fifty-eighth Session, Supplement No. 10 (A/58/10), p. 89-90.

⁸⁹ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, Separate Opinion of Judge Parra-Aranguren, p. 90, para. 26. (In the present case Mexico has advanced, in its own right, a claim against the United States. However, the application of the exhaustion of local remedies rule depends not on whether Mexico presents the claim in its own right, but on whether Mexico was directly injured by the alleged actions of the United States.)

ต้องนำข้อเรียกร้องมาสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแต่เพื่อความเสียหายเกิดขึ้นกับคนชาติของตนมากกว่า⁹⁰

ผู้พิพากษา Parra-Aranguren ยังได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า ประเทศเม็กซิโกไม่ต้องแสดงข้อเรียกร้องของตนต่อประเทศสหรัฐอเมริกาแต่เพื่อความเสียหายนั้นเกิดขึ้นกับคนชาติของตน ดังนั้น กฎเกณฑ์การเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในต้องนำมาใช้กับข้อเรียกร้องนี้ คำว่า “ในสิทธิซึ่งตนเป็นเจ้าของ” ที่ยื่นฟ้องโดยประเทศเม็กซิโกในคำฟ้องฉบับสุดท้ายและดังนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องพิจารณาในแต่ละคดีเพื่อตัดสินว่า การเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในได้สิ้นสุดลงแล้วหรือไม่ ซึ่งไม่รวมถึง “วิธีการของฝ่ายบริหารที่ใช้ในการบรรเทาโทษตามอำนาจการใช้ดุลยพินิจ การเยียวยาในฐานะการอภัยโทษหรือมีจุดประสงค์เพื่อให้ได้รับแนวทางและไม่ต้องปกป้องสิทธิ์นั้น” หากกรณีไม่เป็นเช่นนั้น ข้อเรียกร้องที่แสดงโดยประเทศเม็กซิโกในการใช้สิทธิการให้ความคุ้มครองทางทูตต่อคนชาติของตนก็ต้องถูกยกไป ยกเว้นแต่ข้อเรียกร้องนั้นครอบคลุมโดยข้อยกเว้นทางจารีตประเพณีที่ได้รับการยอมรับในกฎเกณฑ์การเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายใน ที่นำมาสู่การพิจารณาในมาตรา 10 ของร่างบทมาตรว่าด้วยความคุ้มครองทางทูตที่เตรียมร่างโดยคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น ผู้พิพากษา Parra-Aranguren จึงไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในย่อหน้าที่ 40 ของคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ⁹¹

⁹⁰ Ibid., p. 90, para. 27. (Mexico maintains that there was a breach by the United States of the Vienna Convention, an unlawful act in the relations between the two States, on each occasion the United States authorities did not inform the Mexican nationals arrested of their rights under Article 36, paragraph 1 (b). Consequently, Mexico's claim is a "mixed" claim, to use the terminology of the International Law Commission, as recognized in paragraph 40 of the Judgment where it is stated that there are "special circumstances of interdependence of the rights of the State and of individual rights". Therefore, it was for the Court to determine whether Mexico's claim was preponderantly based on injury to a national and would not have been brought but for the injury to its national.)

⁹¹ Ibid., p. 91, para. 28 (In my opinion, Mexico would not have presented its claim against the United States but for the injury suffered by its nationals. Consequently the local remedies rule applies to the claims "in its own right" submitted by Mexico in its first final submission and therefore the Court should have examined each of the individual cases to determine whether the local remedies had been exhausted, which do not include "approach to the executive for relief in the exercise of its discretionary powers remedies as of grace or those whose 'purpose is to obtain a favour and not to vindicate a right'". If that was not case, the claims presented by Mexico in the exercise of diplomatic protection of its nationals were to be dismissed, unless covered by any of the customarily accepted exceptions to the local remedies rule, taking into consideration Article 10 of the Draft Articles on Diplomatic Protection prepared by the International Law Commission (United Nations, Report of the International Law Commission, Fifty-fifth Session (5 May-6 June and 7 July-8 August 2003), *Official Records of the General Assembly, Fifty-eighth the Session, Supplement No. 10 (A/S8110)*, pp. 88, 92-102). Therefore, it is not possible for me to agree with the conclusion reached in paragraph 40 of the Judgment.)

ตารางที่ 8 สรุปประเด็นการให้ความคุ้มครองทางทูต

ประเทศเม็กซิโก(โจทก์)	ประเทศสหรัฐอเมริกา(จำเลย)	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
ประเทศเม็กซิโกขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดมาตรา 36 (1)(b) เนื่องจากขัดขวางการให้ความคุ้มครองทางการทูต และละเมิดสิทธิของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 52 คนในการได้รับความคุ้มครองจากประเทศเม็กซิโกตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963	ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าการดำเนินคดีอาญากับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันเกือบทุกคดีนั้นยังไม่สิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้นประเทศเม็กซิโกจึงไม่อาจร้องขอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินชี้ขาดในประเด็นนี้ได้	ความสัมพันธ์ระหว่างทั้ง 3 ย่อหน้าของมาตรา 36 วรรค 1 นั้น ศาลได้มีคำอธิบายไว้ในคำพิพากษาคดี LaGrand (I.C.J. Reports 2001, p. 492, para. 74) ในฐานะที่เป็นระบอบความสัมพันธ์ (interrelate regime) โดยมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันทั้ง 3 ย่อหน้าของมาตรา 36 (1) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้เน้นย้ำถึงสิทธิของรัฐที่เสียหายมากกว่า

3.2.1.3 บุคคลสองสัญชาติ

ในประเด็นนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาคัดค้านในเรื่องบุคคลสัญชาติเม็กซิกันบางคนที่มีรายชื่อตามคำฟ้องของประเทศเม็กซิโก โดยโต้แย้งว่าประเทศเม็กซิโกไม่สามารถให้ความคุ้มครองจากการละเมิดสิทธิทางกงสุลภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้เพราะบุคคลสัญชาติเม็กซิกันบางคนนั้นมีสัญชาติอเมริกันด้วย ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกายอมรับหลักการที่ว่า เมื่อบุคคลที่ถูกจับกุม หรือคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในรัฐผู้รับมีสัญชาติของรัฐผู้รับด้วยแล้ว แม้ว่าจะมีสัญชาติอื่นที่เป็นรัฐที่เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ก็ตาม มาตรา 36 ก็ไม่ต้องนำมาใช้กับบุคคลนั้น และประเทศเม็กซิโกก็ไม่ได้โต้แย้งว่าบุคคลสองสัญชาตินั้นมีสิทธิที่จะได้รับคำแนะนำในการติดต่อกับเจ้าพนักงานกงสุลตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เลย⁹²

⁹² International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, p. 36, para. 41. (The Court now turns to the question of the alleged dual nationality of certain of the Mexican nationals the subject of Mexico's claims. This question is

อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาติ โดยมีข้อเรียกร้องในนามของประเทศเม็กซิโก โดยกล่าวหาว่าประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับบุคคลสองสัญชาติเป็นเรื่องเนื้อความในคดี ซึ่งข้อเรียกร้องของประเทศเม็กซิโกเกี่ยวกับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันนั้นถูกละเมิดตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เนื่องจากไม่ได้รับแจ้งสิทธิทางกงสุล ดังนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีอิสระที่จะนำหลักฐานมาแสดงต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพราะคนเหล่านี้ก็มีสัญชาติอเมริกันเช่นเดียวกัน เมื่อมาตรา 36 ไม่ต้องนำมาใช้กับบุคคลเหล่านี้ จึงไม่มีการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ยิ่งไปกว่านั้น ข้อกล่าวอ้างที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางทูต ประเด็นอยู่ที่ว่าเม็กซิโกจะสามารถใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองกับบุคคลที่มีทั้งสัญชาติเม็กซิกันและสัญชาติอเมริกันหรือไม่ นั่นเป็นปัญหาที่สำคัญน้อยกว่ามาก⁹³

คู่ความทั้ง 2 ฝ่ายยอมรับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องภาระการพิสูจน์ (burden of proof) ซึ่งประเทศเม็กซิโกยอมรับว่าตนมีภาระที่จะพิสูจน์ว่าบุคคลทั้ง 52 คนที่มีรายชื่อในคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกเป็นบุคคลสัญชาติเม็กซิกันซึ่งมาตรา 36 (1)(b) มีผลบังคับใช้กับบุคคลเหล่านี้ โดยประเทศเม็กซิโกนำใบสูติบัตรของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 52 คนมาแสดงต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และกล่าวต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่า บุคคลสัญชาติเม็กซิกัน 42 คนไม่เคยมีสัญชาติอเมริกันมาก่อน นอกจากนี้ประเทศเม็กซิโกยังกล่าวอีกว่าภาระการ

raised by the United States by way of an objection to the admissibility of those claims: the United States contends that in its Memorial Mexico had failed to establish that it may exercise diplomatic protection based on breaches of Mexico's rights under the Vienna Convention with respect to those of its nationals who are also nationals of the United States. The United States regards it as an accepted principle that, when a person arrested or detained in the receiving State is a national of that State, then even if he is also a national of another State party to the Vienna Convention, Article 36 has no application, and the authorities of the receiving State are not required to proceed as laid down in that Article; and Mexico has indicated that, for the purposes of the present case it does not contest that dual nationals have no right to be advised of their rights under Article 36.)

⁹³ Ibid., p. 36-37, para. 42. (It has however to be recalled that Mexico, in addition to seeking to exercise diplomatic protection of its nationals, is making a claim in its own right on the basis of the alleged breaches by the United States of Article 36 of the Vienna Convention. Seen from this standpoint, the question of dual nationality is not one of admissibility, but of merits. A claim may be made by Mexico of breach of Article 36 of the Vienna Convention in relation to any of its nationals, and the United States is thereupon free to show that, because the person concerned was also a United States national, Article 36 had no application to that person, so that no breach of treaty obligations could have occurred. Furthermore, as regards the claim to exercise diplomatic protection, the question whether Mexico is entitled to protect a person having dual Mexican and United States nationality is subordinated to the question whether, in relation to such a person, the United States was under any obligation in terms of Article 36 of the Vienna Convention. It is thus in the course of its examination of the merits that the Court will have to consider whether the individuals concerned, or some of them, were dual nationals in law. Without prejudice to the outcome of such examination, the third objection of the United States to admissibility cannot therefore be upheld.)

พิสูจน์เป็นหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้กล่าวถึงบุคคลสัญชาติเม็กซิกันบางคนยังมีสัญชาติอเมริกาด้วยในเวลาที่ถูกจับกุม⁹⁴ ซึ่งประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็ยอมรับว่าตนมีภาระการพิสูจน์ในแต่ละคดีที่ตนได้อ้างว่าบุคคลสัญชาติเม็กซิกันมีสัญชาติอเมริกันอยู่ในเวลาที่จับกุมด้วยนั้น แต่ภาระการแสดงพยานหลักฐาน (burden of evidence) เป็นหน้าที่ของประเทศเม็กซิโกเพราะเป็นเรื่องของกฎหมายภายในของประเทศเม็กซิโกในเรื่องการให้สัญชาติของบุคคล ที่ต้องมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสถานที่เกิดและวันเกิด ถิ่นที่อยู่อาศัย สถานภาพการแต่งงาน ซึ่งข้อมูลต่างๆ เหล่านี้อยู่ในความครอบครองของประเทศเม็กซิโกทั้งหมด ดังนั้นประเทศเม็กซิโกต้องนำหลักฐานต่างๆ เหล่านี้มาแสดงต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ⁹⁵

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่าบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 52 คน ประเทศเม็กซิโกแสดงให้เห็นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าบุคคลเหล่านั้นถือสัญชาติเม็กซิกันในเวลาที่ถูกจับกุม หรือคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญา และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ตัดสินว่าประเทศเม็กซิโกได้มีการออกใบสูติบัตรและให้สัญชาติแก่บุคคลเหล่านั้น โดยไม่มีการคัดค้านจากประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้แสดงพยานหลักฐานให้เห็นว่าบุคคลสัญชาติเม็กซิกันเหล่านั้นเป็นคนสัญชาติอเมริกันด้วย โดยประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างแต่เพียงว่า พยานหลักฐานเหล่านั้นอยู่ในความครอบครองของประเทศเม็กซิโก และประเทศเม็กซิโกก็ไม่เต็มใจให้ข้อมูลใดๆ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงไม่สามารถรับฟังได้ ดังนั้นประเทศสหรัฐอเมริกามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 36 (1)(b) ต่อบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน 52 คน⁹⁶

⁹⁴ Ibid., p. 41, para. 55. (Both Parties recognize the well-settled principle in international law that a litigant seeking to establish the existence of a fact bears the burden of proving it (cf. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 1984, p. 437, para. 101). Mexico acknowledges that it has the burden of proof to show that the 52 persons listed in paragraph 16 above were Mexican nationals to whom the provisions of Article 36, paragraph 1 (b), in principle apply. It claims it has met this burden by providing to the Court the birth certificates of these nationals, and declarations from 42 of them that they have not acquired U.S. nationality. Mexico further contends that the burden of proof lies on the United States should it wish to contend that particular arrested persons of Mexican nationality were, at the relevant time, also United States nationals.)

⁹⁵ Ibid., p. 41, para. 56. (The United States accepts that in such cases it has the burden of proof to demonstrate United States nationality, but contends that nonetheless the “burden of evidence” as to this remains with Mexico. This distinction is explained by the United States as arising out of the fact that persons of Mexican nationality may also have acquired United States citizenship by operation of law, depending on their parents’ dates and places of birth, places of residency, marital status at time of their birth and so forth. In the view of the United States “virtually all such information is in the hands of Mexico through the now 52 individuals it represents”. The United States contends that it was the responsibility of Mexico to produce such information, which responsibility it has not discharged.)

⁹⁶ Ibid., p. 41, para. 57 (The Court finds that it IS for Mexico to show that the 52 persons listed in paragraph 16 above held Mexican nationality at the time of their arrest. The Court notes that to this end Mexico

นอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังกล่าวเพิ่มเติมว่า ในกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกากล่าวอ้างว่าในคดีของนายอายาลา (Ayala) คดีหมายเลข 2 นั้นอาจจะเป็นพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกาและถ้าหากประเทศเม็กซิโกยืนยันก็จะทำให้ความเป็นพลเมืองมีความสมบูรณ์ เช่นเดียวกับในคดีของนายอาวีนา (Avena) คดีหมายเลข 1 ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวว่ามีความเป็นไปได้ว่าเป็นพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา และในกรณีของบุคคลที่ถูกจับกุมอีก 16 คนก็มีความเป็นไปได้ว่าจะเป็นพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา ในอีก 6 คนที่ประเทศสหรัฐอเมริกากล่าวว่าไม่สามารถปฏิเสธได้เลยว่าเป็นบุคคลสัญชาติอเมริกัน ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่า ข้อมูลที่ประเทศสหรัฐอเมริกานำมากล่าวอ้างทั้งหลายเหล่านี้อยู่ในความครอบครองของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่จากที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กล่าวว่าข้อมูลในเรื่องสัญชาติอยู่ในความครอบครองของประเทศเม็กซิโก ซึ่งเป็นหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาเองที่ต้องไปขอข้อมูลเหล่านั้นจากเจ้าหน้าที่ของประเทศเม็กซิโก ดังนั้นศาลจึงไม่อาจยอมรับข้อโต้แย้งของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ว่าข้อมูลในเรื่องสัญชาติของบุคคลอยู่ในความครอบครองของประเทศเม็กซิโกได้ หรือประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้แสดงหลักฐานต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่าเจ้าหน้าที่ของประเทศเม็กซิโกปฏิเสธในการให้ข้อมูลเหล่านั้นกับประเทศสหรัฐอเมริกาเลย ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงตัดสินใจว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้พิสูจน์ตามที่ตนมีภาระการพิสูจน์ว่าบุคคลสัญชาติเม็กซิโกนั้นมีสัญชาติอเมริกันในเวลาที่ถูกจับกุมเลย⁹⁷

ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญชาติของบุคคลที่ถูกกักขัง หากบุคคลนั้นกล่าวอ้างว่ามีสัญชาติของรัฐที่เขาถูกจับกุม เขาก็ไม่สามารถอ้างข้อเท็จจริงว่าเขาไม่ได้รับการบอกกล่าวสิทธิของตนภายใต้มาตรา 36 วรรค 1 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 การบอกกล่าวบุคคลที่ถูกคุมขังนั้นอนุสัญญากรุงเวียนนาได้ให้สิทธิบางประการแก่เขาถ้าหากเขามีสัญชาติของรัฐอื่นโดยไม่มีข้อสงสัย ซึ่งเป็นทางที่ดีที่สุดในการหลีกเลี่ยงการละเมิดใดๆต่อพันธกรณีที่ยังบังคับแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา แต่เพราะเจ้าหน้าที่เหล่านั้นไม่สามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงการละเว้นหน้าที่โดยกล่าวว่าเป็นความผิดพลาดของตนหรือเป็นความผิดพลาดของคำพิพากษา

has produced birth certificates and declarations of nationality, whose contents have not been challenged by the United States)

⁹⁷ Ibid. (The Court observes further that the United States has, however, questioned whether some of these individuals were not also United States nationals. Thus, the United States has informed the Court that, “in the case of defendant Ayala (case No. 2) we are close to certain that Ayala is a United States citizen”, and that this could be confirmed with absolute certainty if Mexico produced facts about this matter. Similarly Mr. Avena (case No. 1) was said to be “likely” to be a United States citizen, and there was “some possibility” that some 16 other defendants were United States citizens. As to six others, the United States said it “cannot rule out the possibility” of United States nationality. The Court takes the view that it was for the United States to demonstrate that this was so and to furnish the Court with all information on the matter in its possession. In so far as relevant)

ปัจเจกบุคคลที่เป็นคนสองสัญชาติในเวลาที่เขาถูกจับกุมในรัฐผู้รับแต่มีสัญชาติของรัฐผู้รับและยังมีสัญชาติของรัฐอื่นด้วยนั้น ยังเป็นปัญหาต่อการแจ้งสิทธิทางกงสุลให้รับทราบภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 อยู่มาก เพราะอนุสัญญานี้ไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับบุคคลสองสัญชาติไว้เลยซึ่งเป็นปัญหาในทางปฏิบัติมาก เพราะทางรัฐผู้รับก็จะอ้างว่าบุคคลที่ถูกจับกุมนั้นเป็นคนชาติของเขา มาตรา 36 นั้นจึงไม่จำเป็นต้องแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่บุคคลดังกล่าว แม้ว่าทางกระทรวงการต่างประเทศจะได้กล่าวว่าแม้ว่าบุคคลสัญชาติอเมริกันที่ถูกจับกุมในสหรัฐอเมริกาและยังมีสัญชาติอื่นด้วยนั้นจะไม่ได้รับแจ้งสิทธิใดๆทางกงสุล แต่อย่างน้อยแล้ว กระทรวงการต่างประเทศก็ไม่ได้กีดกันเจ้าหน้าที่สถานกงสุลที่อยู่ในสหรัฐอเมริกาห้ามเข้าเยี่ยมคนชาติของตนแต่อย่างใด เพราะเจ้าหน้าที่กงสุลต่างประเทศยังคงมีสิทธิในการติดต่อสื่อสารและเข้าเยี่ยมคนชาติของตนได้ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นเป็นบุคคลสองสัญชาติ ซึ่งหลายรัฐก็พยายามเรียกร้องการคุ้มครองทางกงสุลแก่บุคคลสองสัญชาติที่ถูกจับกุมหรือคุมขังในรัฐอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ที่อาจจะก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อชีวิต⁹⁸ ในขณะที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวินายังไม่มีความชัดเจนในการตีความเรื่องบุคคลสองสัญชาติเพียงแต่กล่าวถึงเรื่องภาระการพิสูจน์สัญชาติของบุคคลเท่านั้น

ตารางที่ 9 สรุปประเด็นบุคคลสองสัญชาติ

ประเทศเม็กซิโก(โจทก์)	ประเทศสหรัฐอเมริกา(จำเลย)	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
ประเทศเม็กซิโกอ้างว่าตนได้แสดงพยานหลักฐานคือ ใบสูติบัตร(birth certificate) ของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 52 คน และอีก 42 คนก็ไม่เคยมีสัญชาติอเมริกัน	ประเทศสหรัฐอเมริกาต่อสู้ว่าบุคคลทั้ง 52 คน ตามรายชื่อในคำฟ้องของประเทศเม็กซิโก บางคนเป็นบุคคลสัญชาติอเมริกันด้วยในเวลาที่ถูกจับกุม ดังนั้นประเทศสหรัฐอเมริกาก็ไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีในมาตรา 36 (1)(b) ประเทศสหรัฐอเมริกายังโต้แย้งอีกว่าข้อมูลในเรื่อง	ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพบว่าบุคคลทั้ง 52 คน ตามรายชื่อในคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกนั้น ประเทศเม็กซิโกแสดงให้เห็นว่าบุคคลเหล่านี้ถือสัญชาติเม็กซิกันในเวลาที่ถูกจับกุม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าประเทศเม็กซิโกได้มีการออกใบสูติบัตร

⁹⁸ Mark Warren, Human Rights Research, Foreign Nationals and the Death Penalty in the United States [online], 29 January 2013. available from http://www.deathpenaltyinfo.org/foreign-nationals-and-death-penalty-us#Dual_nationality

	<p>สัญชาติของบุคคลที่มีรายชื่อตามคำฟ้องของประเทศเม็กซิโก อยู่ในความครอบครองของประเทศเม็กซิโก ดังนั้นประเทศเม็กซิโกจึงมีภาระในการแสดงพยานหลักฐานว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน</p> <p>ประเทศสหรัฐอเมริกาแจ้งต่อศาลว่า</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. นายอายาลา (Ayala) คดีหมายเลข 2 เป็นพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา (United States citizens) 2. นายอาวีนา (Avena) คดีหมายเลข 1 มีความเป็นไปได้ว่าเป็นพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา 3. มีความเป็นไปได้ (some possibility) ว่าบุคคลที่มีรายชื่อในคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกอื่นทั้ง 16 คนเป็นพลเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา 4. บุคคลที่เหลืออีก 6 คน มีความเป็นไปได้ที่จะมีสัญชาติอเมริกัน (United States nationality) 	<p>และให้สัญชาติแก่บุคคลเหล่านั้น ซึ่งหลายคนไม่มีการคัดค้านจากประเทศสหรัฐอเมริกา</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่แสดงพยานหลักฐานให้ศาลเห็นว่าคุณคนสัญชาติเม็กซิกันเหล่านั้นมีสัญชาติอเมริกันด้วย โดยประเทศสหรัฐอเมริกาอ้างแต่เพียงว่าพยานหลักฐานเหล่านั้นอยู่ในความครอบครองของประเทศเม็กซิโก และประเทศเม็กซิโกก็ไม่เต็มใจให้ข้อมูล ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงไม่อาจรับฟังได้</p> <p>ดังนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงตัดสินว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 36 (1)(b) ต่อบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 52 คน</p>
--	---	---

3.2.2 ความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง

ผลจากการละเมิดพันธกรณีในการไม่แจ้งสิทธิทางกงสุลแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันจำนวน 45 คน ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สามารถหาพยานหลักฐานมายืนยันได้ว่าเป็นบุคคลสัญชาติอเมริกัน ในช่วงเวลาที่ถูกจับกุม หรือคุมขัง หรือมีเหตุอันควรเชื่อว่าเป็นบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน มีผลทำให้บุคคล

สัญชาติเม็กซิกันทั้ง 45 คน ได้รับความเสียหายจากการไม่ได้รับทราบสิทธิของตนในการติดต่อกับสถานทำการทางกงสุลของประเทศเม็กซิโกภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 จึงทำให้เสียสิทธิในการรับทราบข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาคดี เพราะโดยปกติแล้วคนสัญชาติเม็กซิกันส่วนใหญ่ใช้นั้นใช้ภาษาสเปน แต่สหรัฐอเมริกาใช้นั้นใช้ภาษาอังกฤษทำให้การได้รับทราบข้อมูลที่แท้จริงนั้นเป็นไปได้ยาก อีกทั้งระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเน้นบุคคลสัญชาติเม็กซิกันอาจไม่รู้ จึงทำให้เสียสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ เพราะอย่างน้อยหากเขาได้รับทราบว่าเขามีสิทธิทางกงสุล เขาก็จะได้ติดต่อกับกงสุลเพื่อขอความช่วยเหลือทางกฎหมายได้อย่างทันที่

ประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีตามมาตรา 36 (1) คือ นอกจากละเมิดมาตรา 36 (1) (b) แล้ว ยังละเมิด (a) และ (c) อีกด้วย กล่าวคือ (1)(a) คือ สิทธิของเจ้าหน้าที่กงสุลเม็กซิกันในการติดต่อสื่อสารและเข้าพบคนชาติของพวกเขา (1)(c) คือ สิทธิของเจ้าหน้าที่กงสุลในการเข้าเยี่ยมคนชาติของตนที่ถูกจำคุก และประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีตามมาตรา 36 (1)(b) รวมถึงละเมิดหน้าที่ ที่จะต้องปฏิบัติตาม มาตรา 36 (1)(c) ต่อสิทธิของเจ้าหน้าที่กงสุลเม็กซิกันในการเข้าดำเนินการแทนทางกฎหมาย (legal representation) แก่คนชาติเม็กซิกันตามรายชื่อใน ย่อหน้าที่ 106(4) ทั้งนี้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกัน คือ การไม่ได้รับทราบสิทธิที่พึงใช้ในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะไม่มีตัวแทนทางกฎหมายเข้าดำเนินการแทน และรับทราบสิทธิของตนอย่างดีพอ

นอกจากนี้ ผลเสียจากการที่เจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่บอกกล่าวบุคคลสัญชาติเม็กซิกันในเรื่องสิทธิทางกงสุล ทำให้ศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกามีคำพิพากษาโดยที่ไม่มีการค้นหาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับข้อมูลที่สำคัญอันเกี่ยวกับภูมิหลังของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันนั้น ทั้งเรื่องสภาพจิตใจของบุคคล เพราะเจ้าพนักงานกงสุลสามารถเข้าถึงข้อมูลนั้นจากประเทศเม็กซิโกได้ และเมื่อผู้ต้องหาไม่ได้รับแจ้งสิทธิทางกงสุลจึงส่งผลให้สถานทำการทางกงสุลไม่ได้รับการบอกกล่าวโดยไม่มีข้ออ้างว่ามีการจับกุมหรือคุมขัง หรือดำเนินคดีอาญาแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกัน จึงไม่สามารถเข้าช่วยเหลือคนชาติของตนได้

โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาคดีในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไปมาขัดขวางไม่ให้บุคคลสัญชาติเม็กซิกันซึ่งเป็นจำเลยในคดีอาญายกข้อต่อสู้ว่าตนถูกเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดสิทธิในการสื่อสารและการติดต่อกับสถานทำการทางกงสุลของประเทศเม็กซิโก จึงทำให้สิทธิของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และมีการดำเนินคดีอาญาอย่างไม่ชอบธรรม เพราะบุคคลสัญชาติเม็กซิกันไม่สามารถยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิทางกงสุลได้เลย ทั้งนี้เพราะศาลภายในของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าสิทธิภายใต้อนุสัญญาซึ่ง

เป็นกฎหมายระหว่างประเทศเป็นสิทธิของรัฐเท่านั้น ปัจเจกชนไม่สามารถนำมากล่าวอ้างได้นอกจากนี้ผลจากการที่ศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาปฏิเสธไม่ยอมรับฟังข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิทางกงสุลนี้ทำให้บุคคลสัญชาติเม็กซิกันไม่ได้รับการเยียวยาที่เพียงพอ เพราะประเทศสหรัฐอเมริกาใช้กฎหมายภายในไม่สอดคล้องต่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

3.2.3 การชดใช้เยียวยาความเสียหายจากการละเมิดพันธกรณีภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง

ในประเด็นเรื่องการเยียวยาโดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในกรณีที่ต้องคำนึงถึงความสำคัญในเรื่องการเยียวยาความเสียหายและสะท้อนภาพที่สหรัฐอเมริกาจะปฏิบัติตามคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ผู้ต้องหาชาวเม็กซิกันควรได้รับผลประโยชน์จากการเยียวยาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในความเป็นจริงและชัดเจนจับต้องได้ การใช้โอกาสนี้เป็นตัวกำหนดเม็กซิโกอ้างว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องให้มีการเยียวยาเหนือกว่าการพิจารณาและทบทวนที่ให้ไว้ในคดี LaGrand และจัดให้มีการเยียวยาแบบ Restitutio integrum แต่สหรัฐอเมริกายังคงกล่าวว่าการเยียวยาในคดี LaGrand โดยการพิจารณาและทบทวนมีความเหมาะสมแล้วเพราะว่าไม่มีความแตกต่างกันระหว่างคดี LaGrand และคดีอาวินา

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า ตามหลักการทั่วไปในเรื่องผลทางกฎหมายจากการกระทำระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกล่าวโดยศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศว่า “ตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อเกิดการละเมิดข้อตกลงก็ต้องมีพันธกรณีในการชดใช้เยียวยาความเสียหายในรูปแบบที่เพียงพอ” ซึ่งคำว่ารูปแบบที่เพียงพอ (reparation in an adequate form) ก็ต้องพิจารณาตามสถานการณ์ของแต่ละคดีและพิจารณาถึงลักษณะและขอบเขตของความเสียหายด้วย ซึ่งโดยใจความแล้วความเสียหายเป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาเพื่อหารูปแบบของการชดใช้ความเสียหายที่เพียงพอ นอกจากนี้ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศยังกล่าวอีกว่าการชดใช้เยียวยาความเสียหายต้องชำระล้างสิ่งที่เป็นผลจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและฟื้นฟูสถานการณ์ตามที่ควรจะเป็นก่อนเกิดการกระทำผิดนั้นให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้⁹⁹

⁹⁹ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, p. 56, para. 119. The general principle on the legal consequences of the commission of an internationally wrongful act was stated by the Permanent Court of International Justice in the *Factory at Chorzów* case as follows: “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*, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21.) What constitutes “reparation in an adequate form” clearly varies depending upon the concrete circumstances surrounding each case and the precise nature and scope of the

ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ นี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้กลับมาพิจารณาถึงการชดใช้ความเสียหายอย่างเพียงพอจากการละเมิดมาตรา 36 จากที่เคยได้พิจารณาไปแล้วในคดี LaGrand โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาว่า เมื่อประเทศสหรัฐอเมริกามีการกระทำผิดโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจไม่บอกกล่าวสิทธิในการสื่อสารและการติดต่อกับกงสุลของประเทศเม็กซิโกแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันเมื่อเขาถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดีอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อให้บุคคลสัญชาติเม็กซิกันนั้นได้ติดต่อกับสถานทำการทางกงสุลของประเทศเม็กซิโกและเพื่อให้ประเทศเม็กซิโกให้ความช่วยเหลือทางกงสุลได้ ดังนั้นผลที่ตามมาจากการไม่บอกกล่าวนี้ต้องมีการเยียวยาความเสียหายตามมาโดยสหรัฐอเมริกาต้องให้ศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกามีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ (review and reconsideration) กับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันเพื่อเป็นการเยียวยาผลจากการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และเพื่อให้ศาลภายในของสหรัฐอเมริกาสอบสวนให้แน่ชัดว่าการที่เจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้กระทำผิดนั้นเกิดความเสียหายอย่างแท้จริงต่อบุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่อยู่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁰⁰ นอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังกล่าวอีกว่า ศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสียหายและสาเหตุ โดยต้องคำนึงถึงการละเมิดสิทธิทางกงสุลภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963¹⁰¹

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศปฏิเสธคำขอของประเทศเม็กซิโกให้คำพิพากษาและการลงโทษกับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกามีผลโมฆะ (annulment) ใน

injury, since the question has to be examined from the viewpoint of what is the “reparation in an adequate form” that corresponds to the injury. In a subsequent phase of the same case, the Permanent Court went on to elaborate on this point as follows: “The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which 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, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47.*)

¹⁰⁰ Ibid., p. 59-60, para. 121. (Similarly, in the present case the Court’s task is to determine what would be adequate reparation for the violations of Article 36. It should be clear from what has been observed above 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, as the Court will explain further in paragraphs 128 to 134 below, with a view to ascertaining whether in each case the violation of Article 36 committed by the competent authorities caused actual prejudice to the defendant in the process of administration of criminal justice.)

¹⁰¹ Ibid., p. 60, para. 122. (...In so doing, it is for the courts of the United States to examine the facts, and in particular the prejudice and its causes, taking account of the violation of the rights set forth in the Convention.)

บางส่วนหรือทั้งหมด เพราะในคดีนี้เกี่ยวข้องกับการละเมิดพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญาซึ่งมีความสำคัญกว่า¹⁰² นอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังปฏิเสธการพิจารณาในประเด็นสิทธิภายใต้สนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เป็นสิทธิมนุษยชน (human right) เนื่องจากไม่เกี่ยวข้องประเด็นที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องพิจารณา¹⁰³ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังปฏิเสธคำขอของประเทศเม็กซิโกที่ขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีการเยียวยาโดยการกลับคืนสู่สถานะเดิม (*restitutio in integrum*) กับบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน 3 คน คือนายฟิเอโร นายโมเรโน และนายตอร์เรซ เนื่องศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าศาลได้ตัดสินให้มีการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาไปแล้ว¹⁰⁴

ในประเด็นที่เกี่ยวกับการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาใหม่ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยอมรับว่า รูปแบบในการพิจารณาและการทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่นั้นเป็นเรื่องของศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่คำว่า อิสระในการเลือกวิถีทางของตนเองนั้นต้องคำนึงถึงเรื่องคุณภาพด้วย ซึ่งคำพิพากษาในคดี *LaGrand* ก็ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า การพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่นั้นต้องคำนึงถึงการละเมิดสิทธิตามสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ด้วยรวมทั้งต้องคำนึงผลทางกฎหมายจากการละเมิดสิทธิทางกงสุลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย¹⁰⁵ ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงเน้นย้ำว่า “การพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่” ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาต้องคำนึงถึงการ

¹⁰² Ibid., p. 61, para. 123. (...in the present case it is not the convictions and sentences of the Mexican nationals which are to be regarded as a violation of international law, but solely certain breaches of treaty obligations which preceded them.)

¹⁰³ Ibid., p. 61, para. 124. (Whether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need decide. The Court would, however, observe that neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the *travaux préparatoires*, support the conclusion that Mexico draws from its contention in that regard.)

¹⁰⁴ Ibid., p. 61, para. 127. (...The Court is of the view that this question is one which has to be examined under the concrete circumstances of each case by the United States courts concerned in the process of their review and reconsideration.)

¹⁰⁵ Ibid., p. 62, para. 131. (In stating in its Judgment in the *LaGrand* case that “the United States of America, by means of its own choosing, shall allow the review and reconsideration of the conviction and sentence” (*I.C.J. Reports 2001*, p. 516, para. 128; emphasis added), the Court acknowledged that the concrete modalities for such review and reconsideration should be left primarily to the United States. It should be underlined, however, that this freedom in the choice of means for such review and reconsideration is not without qualification: as the passage of the Judgment quoted above makes abundantly clear, such review and reconsideration has to be carried out “by taking account of the violation of the rights set forth in the Convention” (*I.C.J. Reports 2001*, p. 514, para. 125), including, in particular, the question of the legal consequences of the violation upon the criminal proceedings that have followed the violation.)

ละเมิดสิทธิภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และรับประกันว่าการละเมิดและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการละเมิดนั้นต้องมีการพิจารณาอย่างเต็มที่โดยใช้การพิจารณาและการทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่¹⁰⁶

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวอ้างคดี *LaGrand* ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา มีทางเลือก (choice of means) ที่จะทำการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้กฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไป (procedural default rule) ซึ่งการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่นั้นต้องเกิดขึ้นภายในกระบวนการทางศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาทั้งระบบที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน¹⁰⁷ และผลของคำพิพากษานี้มีผลต่อบุคคลสัญชาติเม็กซิกันเท่านั้น ไม่มีผลต่อบุคคลสัญชาติอื่นหากเกิดสถานการณ์เช่นเดียวกันนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁰⁸

ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบรรเทาโทษ (clemency) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า กระบวนการบรรเทาโทษไม่ใช่กระบวนการทางศาลที่จะสามารถรับประกันได้ว่าจะเกิดความยุติธรรมในกระบวนการทางกฎหมายระบบยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ถ้าหากนำกระบวนการบรรเทาโทษมาใช้ควบคู่หรือนำมาเป็นส่วนเสริมกับกระบวนการทางศาลก็สามารถทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน 3 คนที่กระบวนการพิจารณาคดีได้สิ้นสุดลงแล้วในกรณีเช่นนี้ระบบยุติธรรมทางศาลของประเทศสหรัฐอเมริกามีการลงโทษกับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 3 คนนั้นโดยที่ไม่คำนึงถึงการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เมื่อระบบศาลภายในเกิดความล้มเหลวแล้วฝ่ายบริหารสามารถใช้การบรรเทาโทษมาเป็นส่วนเสริมเพื่อเป็นการเยียวยาได้ แต่ถ้าหากใช้กระบวนการบรรเทาโทษของฝ่ายบริหารเพียงอย่างเดียวก็ไม่เพียงพอกับการพิจารณาและการทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ได้¹⁰⁹

¹⁰⁶ Ibid., p. 65, para. 138. (The Court would emphasize that the “review and reconsideration” prescribed by it in the *LaGrand* case should be effective. Thus it should “take account of the violation of the rights set forth in [the] Convention” (*I.C.J. Reports 2001*, p. 516, para. 128 (7)) and guarantee that the violation and the possible prejudice caused by that violation will be fully examined and taken into account in the review and reconsideration process. Lastly, review and reconsideration should be both of the sentence and of the conviction.)

¹⁰⁷ Ibid., p. 66, para. 141. (The Court in the *LaGrand* case left to the United States the choice of means as to how review and reconsideration should be achieved, especially in the light of the procedural default rule. Nevertheless, the premise on which the Court proceeded in that case was that the process of review and reconsideration should occur within the overall judicial proceedings relating to the individual defendant concerned.)

¹⁰⁸ Ibid., p. 70, paras. 151. (the fact that in this case the Court’s ruling has concerned only Mexican nationals cannot be taken to imply that the conclusions reached by it in the present Judgment do not apply to other foreign nationals finding themselves in similar situations in the United States.)

¹⁰⁹ Ibid., p. 66, paras. 142-143.

ในประเด็นที่ประเทศเม็กซิโกร้องขอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้การเยียวยา โดยการรับประกันว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่กระทำผิดซ้ำ (guarantees of non-repetition) เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 อย่างเป็นประจำและต่อเนื่อง แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าไม่มีหลักฐานที่เหมาะสมที่จะแสดงว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีการละเมิดมาตรา 36 เป็นรูปแบบทั่วไป ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็เห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็มีความพยายามที่จะให้เจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาบอกกล่าวข้อมูลทางกงสุลกับคนชาติของรัฐผู้ส่งที่ถูกจับกุมทุกคนอยู่แล้ว โดยได้จัดทำคู่มือและโครงการอบรมแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลาง เจ้าหน้าที่ของมลรัฐ และเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นอยู่แล้ว ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีเจตนาที่สุจริตในการปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และในประเด็นการรับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำอีกนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็เคยได้กล่าวไว้ในคดี LaGrand แล้ว ดังนั้น คำพิพากษาในคดี LaGrand ในประเด็นการรับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำอีกจึงมีผลผูกพันประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่¹¹⁰

ตารางที่ 10 สรุปประเด็นเรื่องการเยียวยาความเสียหาย

ประเทศเม็กซิโก(โจทก์)	ประเทศสหรัฐอเมริกา(จำเลย)	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
ประเทศเม็กซิโกกล่าวว่าจากความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิทธิของประเทศเม็กซิโก และสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางทูตแก่คนชาตินั้น ทำให้ประเทศเม็กซิโกมีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้เยียวยาอย่างเต็มจำนวน (full reparation) สำหรับความเสียหายที่ได้รับในครั้งนี้ ในรูปแบบของ <i>restitutio in integrum</i> การชดใช้เยียวยาความเสียหายประกอบด้วยหน้าที่	ประเทศสหรัฐอเมริกากล่าวถึงคดี LaGrand พบว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ และสิ่งนี้ไม่ได้หมายถึงการกลับคำพิพากษา (reversal) หรือการทำให้การดำเนินคดีทั้งหมดเป็นโมฆะ (nullification) เพราะว่าการละเมิดมาตรา 36 (1) ไม่เกี่ยวข้องกับผลที่เกิดขึ้นของการพิจารณาคดีและตัดสินลงโทษ	ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวอ้างคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกไม่สามารถสันนิษฐานได้ว่า การยกเลิกการพิจารณาคดีหรือตัดสินลงโทษ ทั้งหมดหรือบางส่วนนั้นจำเป็นและเป็น การเยียวยาเพียงพออย่างเดียวในเรื่องนี้ ประเทศเม็กซิโกอ้างถึงคำพิพากษาของศาลในคดี Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 ระหว่างประเทศคองโกกับ

¹¹⁰ Ibid., p. 68-69, paras. 149-150. (The Court believes that as far as the request of Mexico for guarantees and assurances of non-repetition is concerned, what the Court stated in this passage of the *LaGrand* Judgment remains applicable, and therefore meets that request.)

<p>ที่จะต้องทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิมตาม <i>status quo ante</i> โดยคำพิพากษาและการลงโทษต่อคนชาติเม็กซิโกทั้ง 52 คนต้องเป็นโมฆะ¹¹¹</p> <p>ศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศ (P.C.I.J.) ได้มีคำพิพากษาในคดี The Factory at Chorzow ว่า การละเมิดพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลง (engagement) นั้น ทำให้เกิดการชดใช้ความเสียหายในความเสียหายที่ได้รับอย่างเพียงพอ (Factory at Chorzow, Jurisdiction, 1927, P.C.I.J. Series A No.9, p.21.) ประกอบด้วย การชดใช้เยียวยาอย่างถูกต้องเหมาะสม และอยู่ในขอบเขตของความเสียหายที่ได้รับ (scope of the injury) การชดใช้เยียวยาจะต้องมีความสัมพันธ์กับความเสียหายที่ได้รับ โดยศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้อธิบายอย่างละเอียดไว้ว่า “การชดใช้ความเสียหาย (reparation) นั้น จะต้องมากที่สุดเท่าที่จะมากได้ (as far as possible) เพื่อลบล้าง</p>		<p>ประเทศเบลเยียม คือ ศาลมีคำสั่งให้เพิกถอน (cancellation) หมายถึงที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ศาลเบลเยียมในการละเมิดความคุ้มกันระหว่างประเทศ (International immunity) ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศคองโก ศาลตัดสินว่าการกระทำนั้นอยู่ในการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับเรื่องความคุ้มกัน ผลก็คือ ศาลจึงมีคำสั่งให้เพิกถอนหมายจับ (I.C.J. Reports 2002, p. 33) โดยเมื่อเทียบกับคดีนี้แล้ว การที่ศาลประเทศสหรัฐอเมริกาพิจารณาตัดสินลงโทษคนเม็กซิกัน ไม่ถือว่าเป็นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นเพียงการละเมิดสนธิสัญญาเท่านั้น</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่จำเป็นที่จะตัดสินเนื้อหาในคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกที่ว่า สิทธิในการแจ้งให้กงสุลทราบ และสิทธิในการติดต่อสื่อสารกับกงสุลตามอนุสัญญาเวียนนา เป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน (human right) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ</p>
--	--	--

¹¹¹ Ibid., p. 58, paras. 116(4). (that pursuant to the injuries suffered by Mexico in its own right and in the exercise of diplomatic protection of its nationals, Mexico is entitled to full reparation for these injuries in the form of *restitutio in integrum*;))

<p>(wipe out) ผลจากการที่กระทำผิดกฎหมาย (illegal act) และทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมให้ได้มากเท่าที่เป็นไปได้ (Factory at Chorzow, Merits, 1928, P.C.I.J. Series A No.17, p.47.)</p> <p>ในคดี LaGrand ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ทำคำแถลงการณ์ทั่วไป (general statement) ดังนี้</p> <p>“ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา มีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 36 (1)(b) แต่ไม่ได้มีการแจ้งสิทธิทางกงสุล จนทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลสัญชาติเยอรมัน การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาออกมาขอโทษ (apology) นั้น ไม่เพียงพอในคดีนี้ เนื่องจากผู้ต้องหาต้องถูกคุมขังเป็นเวลานาน หรือถูกพิจารณาคดีและลงโทษอย่างร้ายแรง ในคดีที่มีการพิจารณาคดีและลงโทษไปแล้วนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาคงจะต้องมีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษคดีใหม่ โดยคำนึงถึงการละเมิดสิทธิตามอนุสัญญา” (I.C.J.</p>		<p>กระบวนการที่ถูกต้อง (due process) ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา และควรจะถูกรับรองในดินแดนของแต่ละรัฐที่เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่พิจารณาในข้อต่อสู้ของประเทศเม็กซิโกที่ว่าบทตัดพยานหลักฐาน (The exclusionary rule) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาตรา 38 วรรค 1 (c) หรือไม่</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่าในแต่ละคดีนั้นศาลที่เกี่ยวข้องของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว</p>
--	--	--

<p>Reports 2001,pp. 513-514, para. 125)¹¹²</p> <p>ในคดีนี้หน้าที่ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคือการพิจารณากำหนดว่าอะไรคือการชดใช้ความเสียหายที่เหมาะสมจากการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 ซึ่งควรจะต้องมีความชัดเจนก่อนว่าอะไรคือการละเมิดในทางระหว่างประเทศ ซึ่งได้มีการละเมิดโดยเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกา จากการไม่แจ้งให้บุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่เกี่ยวข้องทราบ รวมถึงการไม่แจ้งให้สถานทำการทางกงสุลของประเทศเม็กซิโก และทำให้ประเทศเม็กซิโกไม่สามารถให้ความช่วยเหลือทางกงสุลได้</p> <p>การชดใช้เยียวยาในครั้งนี้นี้ประกอบด้วย</p> <p>1. ประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องยินยอมให้มีการ</p>		
---	--	--

¹¹² Ibid., p. 59, paras. 120. (In the *LaGrand* case the Court made a general statement on the principle involved as follows: “The Court considers in this respect that if the United States, notwithstanding its commitment [to ensure implementation of the specific measures adopted in performance of its obligations under Article 36, paragraph 1 (b)], should fail in its obligation of consular notification to the detriment of German nationals, an apology would not suffice in cases where the individuals concerned have been subjected to prolonged detention or convicted and sentenced to severe penalties. In the case of such a conviction and sentence, 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. This obligation can be carried out in various ways. The choice of means must be left to the United States.” (*I.C.J. Reports 2001*, pp. 513-514, para. 125.))

<p>พิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา</p> <p>2. ตรวจสอบว่ามีคดีใดที่มีการละเมิดพันธกรณีตามมาตรา 36 ที่มีการกระทำผิดโดยเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกา จนทำให้เกิดผลเสียหายแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันในกระบวนการของการบริหารกิจการยุติธรรม</p> <p>การชดใช้เยียวยารวมถึงหน้าที่ที่จะต้องจัดมาตรการที่จำเป็นทั้งหมดเพื่อประกันว่า เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการละเมิดมาตรา 36 จะไม่มีผลต่อกระบวนการพิจารณาคดีที่เกิดขึ้นในภายหลัง</p> <p>ประเทศเม็กซิโกโต้แย้งว่า restitution in integrum ในคดีนี้ ได้แก่ การยกเลิกค่าแถมและค่าเสียหายที่มีขึ้นก่อนที่จะมีการแจ้งสิทธิทางกงสุลให้บุคคลสัญชาติเม็กซิกันได้ทราบ นอกจากนี้ประเทศเม็กซิโกยังต่อสู้ว่า บทตัดพยานหลักฐาน (The exclusionary rule) ถูกนำมาปรับใช้ทั้งในระบบ Common Law และ Civil Law ซึ่งทำให้พยานหลักฐานที่ได้มาจาก</p>		
---	--	--

วิธีการที่ไม่ถูกต้อง ¹¹³	<p>ปัญหาเรื่องการ review และ reconsideration ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น</p> <p>“ในคดี LaGrand นั้นศาลให้เลือกวิธีการ(choice of means) ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เลือกใช้วิธีการ review และ reconsideration แต่ประเทศเม็กซิโกไม่เห็นด้วยกับการเลือกใช้วิธีนี้ ศาลจึงตัดสินว่าให้หยุดการพิจารณาและการตัดสินลงโทษในแต่ละคดีไว้ก่อน”</p> <p>คำพิพากษาของศาลในคดี LaGrand ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เลือกวิธีการ review และ reconsideration ในการพิจารณาคดีและตัดสินลงโทษ (I.C.J. Reports 2001, p.516, para.128(7)) ซึ่งศาลบอกว่าเป็นอิสระ (freedom) ในการเลือกวิธีการโดยไม่มีข้อจำกัด (I.C.J. Reports 2001, p.514, para.125)</p> <p>ประเทศสหรัฐอเมริกาต่อสู้ว่า</p> <p>1. คำพิพากษาของศาลในคดี LaGrand มีการใช้วิธีการ review และ</p>	<p>ศาลเน้นว่าการ review และ reconsideration ที่อยู่ในคดี LaGrand นั้นควรจะมีสัมฤทธิ์ผล (effective) โดยคำนึงถึงการละเมิดสิทธิตามอนุสัญญา และรับประกันว่าการละเมิดและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นด้วยเหตุละเมิดนั้น จะได้รับการพิจารณาทั้งหมด และ คำนึงถึงกระบวนการ review และ reconsideration ซึ่งควรจะนำมาใช้ทั้งในขั้นตอนการพิจารณาคดีและตัดสินลงโทษ</p> <p>ในคดีนี้ศาลเห็นว่า การละเมิดสิทธิของชาติเม็กซิโก (สิทธิของปัจเจกชน) ตามอนุสัญญาเวียนนามาตรา 36 วรรค 1 (b) นั้น อยู่ในขั้นตอนการพิจารณาคดีของศาล (judicial proceeding) คือ</p>
-------------------------------------	---	---

¹¹³ Ibid., p. 61, paras. 126. (Mexico contends that “As an aspect of *restitutio in integrum*, Mexico is also entitled to an order that in any subsequent criminal proceedings against the nationals, statements and confessions obtained prior to notification to the national of his right to consular assistance be excluded”. Mexico argues that “The exclusionary rule applies in both common law and civil law jurisdictions and requires the exclusion of evidence that is obtained in a manner that violates due process obligations”, and on this basis concludes that “The status of the exclusionary rule as a general principle of law permits the Court to order that the United States is obligated to apply this principle in respect of statements and confessions given to United States law enforcement officials prior to the accused Mexican nationals being advised of their consular rights in any subsequent criminal proceedings against them.”)

¹¹⁴ Ibid., p. 62, paras. 129. (In this regard, Mexico’s seventh submission also asks the Court to adjudge and declare: “That to the extent that any of the 52 convictions or sentences are not annulled, the United States shall provide, by means of its own choosing, meaningful and effective review and reconsideration of the convictions and sentences of the 52 nationals, and that this obligation cannot be satisfied by means of clemency proceedings or if any municipal law rule or doctrine [that fails to attach legal significance to an Article 36 (1) violation] is applied.”)

	<p>reconsideration ในกระบวนการพิจารณาใหม่อีกครั้ง เกี่ยวกับการพิจารณาและตัดสินลงโทษ ในการละเมิด มาตรา 36</p> <p>2.สำหรับการใช้วิธีการ review และ reconsideration นั้น คำพิพากษาของศาลบอกเป็นนัยว่า ถ้าพิสูจน์ได้ว่าวิธีการนี้ถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ผลของการพิจารณาคดีและตัดสินลงโทษนั้น ก็ควรมีผลต่อไป</p> <p>3.สิ่งที่ประเทศเม็กซิโกต้องการนั้น ขัดแย้งกับคำพิพากษาในคดี LaGrand</p> <p>ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการลดโทษให้แก่ผู้ต้องหา เช่น การอภัยโทษ (pardons) และการเปลี่ยนเป็นโทษที่เบากว่า และวิธีการเหล่านี้ก็ได้นำมาใช้กับนักโทษประหาร</p>	<p>ผู้ต้องหาถูกคุมขังเป็นเวลานาน (prolonged detention) หรือ มี การพิจารณาและตัดสินลงโทษที่รุนแรง ศาลพิจารณาว่าการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ เป็นวิธีการที่เหมาะสมในเรื่องนี้แล้ว</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี LaGrand อธิบายให้ ประเทศสหรัฐอเมริกาเลือกใช้วิธีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ อย่างไรก็ตาม วิธีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ ควรจะอยู่ในขั้นตอนการกระบวนการยุติธรรมทั้งหมด ที่เกี่ยวกับการดำเนินคดีกับผู้ต้องหาที่เกี่ยวข้อง</p> <p>ประเทศสหรัฐอเมริกา จะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมในการนำวิธีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่มาใช้ โดยคำนึงถึงการละเมิดสิทธิตามอนุสัญญาเวียนนา (ศาลได้กำหนดในคำพิพากษาคดี LaGrand) (I.C.J. Reports 2001, p.514,para.125)</p> <p>ประเทศสหรัฐอเมริกา อ้างว่าได้มีการใช้กระบวนการบรรเทาโทษใน</p>
--	---	--

		<p>การลดโทษให้แก่บรรดาผู้ต้องหา แต่อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่ามีการใช้วิธีการดังกล่าวในฐานะที่เป็นวิธีปฏิบัติภายในระบบยุติธรรมทางอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลตัดสินว่าระบบยุติธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาขาดการคำนึงถึงสิทธิตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ดังที่เกิดขึ้นในคดีของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 3 คนในย่อหน้า 114 ข้างต้น</p>
<p>ประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องยุติการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเทศเม็กซิโกและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 52 คน และจะต้องจัดหาหลักประกันอย่างเพียงพอและรับประกันว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีมาตรการที่เพียงพอเพื่อเพิ่มการปฏิบัติตามมาตรา 36 (1) และประกันว่าจะปฏิบัติตามมาตรา 36 (2)¹¹⁵</p>	<p>ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่า “ประเทศสหรัฐอเมริกามีความพยายามในการปรับปรุง (improve) การให้ข้อมูลเกี่ยวกับการแจ้งให้กงสุลทราบนั้น ยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่องและมีผลเป็นรูปธรรม</p>	<p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาว่าประเทศเม็กซิโกไม่มีการพิสูจน์ความต่อเนื่อง (continuing) ของการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 ต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้ง 52 คน ดังนั้นศาลจึงไม่สามารถสนับสนุนข้ออ้างของประเทศเม็กซิโก นอกจากนี้ศาลยังชี้ให้เห็นว่าทั้ง 52 คนได้ถูกดำเนินคดีอาญาในเวลาที่แตกต่างกัน (various stage) และวิธีการเยียวยาที่เหมาะสม</p>

¹¹⁵ Ibid., p. 62, paras. 129. (Finally, the Court will consider the eighth submission of Mexico, in which it asks the Court to adjudge and declare: “That the [United States] shall cease its violations of Article 36 of the Vienna Convention with regard to Mexico and its 52 nationals and shall provide appropriate guarantees and assurances that it shall take measures sufficient to achieve increased compliance with Article 36 (1) and to ensure compliance with Article 36 (2).”)

<p>ประเทศเม็กซิโกอ้างว่าการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 วรรค ดังนี้</p> <p>1. โดยปกติแล้วเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะขาดการปฏิบัติตาม มาตรา 36 วรรค 1 คือ</p> <p>1.1 ไม่แจ้งสิทธิให้ผู้ต้องหาทราบในเวลาที่เหมาะสม (มาตรา 36 วรรค 1 (b))</p> <p>1.2 ขัดขวางการติดต่อสื่อสารและการได้รับการช่วยเหลือทางกงสุล (มาตรา 36 วรรค 1 (a))</p> <p>1.3 ขัดขวางกงสุลในการพิจารณาในการเข้าให้ความช่วยเหลือ (มาตรา 36 วรรค 1 (c))</p> <p>การละเมิดเหล่านี้ยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง ไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษาของศาลในคดี LaGrand และวิธีการต่างๆที่ได้อธิบายมา ซึ่งพิสูจน์ได้จากในช่วงครึ่งปีแรก ของปี 2003 ประเทศเม็กซิโกมีการระบุว่ามีความอย่างน้อย 100 คดี ที่คนเม็กซิกันถูกเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาจับกุมในข้อหาอาชญากรรมร้ายแรง แต่ไม่มีการแจ้งสิทธิทางกงสุลให้แก่พวกเขาในเวลาที่เหมาะสม</p>		<p>คือ การพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสังเกตว่าไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดต่อศาลว่าการกระทำของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นรูปแบบทั่วไป (general pattern)</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีการรับประกันว่าเจ้าหน้าที่มีการบังคับใช้กฎหมาย (law enforcement) โดยมีการแจ้งให้กงสุลทราบในการจับกุมบุคคลที่รู้หรือควรรู้ว่าเป็นคนต่างชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลควรพิจารณาว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีความสุจริต (good faith) ในการปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 วรรค 1 เช่น มีวิธีการใหม่ๆ รวมถึงการเผยแพร่ความรู้ให้กับเจ้าหน้าที่ทั้งระดับสหพันธรัฐและระดับท้องถิ่น (federal and local authority) ศาลต้องการเห็นความพยายามของประเทศสหรัฐอเมริกาในการพิจารณาคดี โดยการให้ความรู้เกี่ยวกับมาตรา 36 (1)(b) ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ</p>
---	--	--

<p>นอกจากนี้ในเรื่องเกี่ยวกับ การละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาเวียนนามาตรา 36 วรรค 2 ประเทศเม็กซิโกอ้างว่า</p> <p>“ ศาลภายในของ ประเทศสหรัฐอเมริกา ยังคงมีการปรับใช้หลักการ procedural default และ หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังมาขัดขวางการศาล ในการให้ความเป็นธรรม และศาลเหล่านั้นได้กล่าวถึงความเหมาะสมของหลักการดังกล่าวว่า มีการปรับใช้หลักการดังกล่าวมาเป็นอุปสรรคอย่างซ้ำ ๆ (repeatedly) โดยไม่มีการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพต่อการละเมิดพันธกรณีตาม มาตรา 36”¹¹⁶</p> <p>ประเทศเม็กซิโกเรียกร้องให้ ประเทศสหรัฐอเมริการับรองว่าจะไม่เกิดการกระทำซ้ำอีก (non-repetition) นอกเหนือจาก ทั้ง 52 คดีนี้¹¹⁷</p>		<p>สิทธิของผู้ต้องหา (Miranda rights)</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวไว้ในคดี LaGrand ประเทศสหรัฐอเมริกา มีการรับรองว่าจะไม่มีการกระทำซ้ำอีก (not repeat) ในการกระทำที่ผิดกฎหมาย (unlawful acts) (I.C.J. Reports 2001, p.511, para.120)</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่มีผลโดยตรงต่อสถานการณ์การลงโทษที่รุนแรงแก่คนต่างชาตินี้ที่เป็นคนเม็กซิกัน การยกเลิกข้อความคลุมเครือ (ambiguity) ประเทศสหรัฐอเมริกาควรจะมีการทำให้ชัดเจน (clear) ว่าศาลนำอนุสัญญาเวียนนามาปรับใช้เป็นการทั่วไป กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับคนเม็กซิกันในคดีนี้เท่านั้น คำพิพากษาของศาลในคดีนี้ไม่สามารถนำไปปรับใช้กับสถานการณ์เดียวกันต่อคนต่างชาติอื่นๆในประเทศสหรัฐอเมริกา</p>
--	--	---

¹¹⁶ Ibid., p. 67-68, paras. 146.

¹¹⁷ Ibid., p. 68, para. 149.

3.2.4 การบังคับตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004)

ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นองค์กรหลักในด้านตุลาการขององค์การสหประชาชาติ อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับศาลระหว่างประเทศอื่นๆ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นศาลที่มีเขตอำนาจอย่างจำกัด และมีอำนาจเหนือคดีที่คู่ความในข้อพิพาทยอมรับเขตอำนาจศาลเท่านั้น ตามมาตรา 59 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่กล่าวว่า “คำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีผลผูกพัน เว้นแต่เพียงแต่คู่ความในคดีที่เกี่ยวข้องนั้น” ทำให้คู่ความทั้งสองฝ่ายในคดี คือทั้งประเทศเม็กซิโกและประเทศสหรัฐอเมริกาต้องผูกพันตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) โดยศาลภายในของสหรัฐอเมริกาต้องให้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่กับคนชาติเม็กซิโกที่มีรายชื่อตามคำพิพากษา นอกจากนี้ถ้าหากว่าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติก็มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกมาตรการบังคับให้คู่ความในคดีปฏิบัติตามคำพิพากษาดังกล่าว ตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติมาตรา 94 ถึงแม้ว่าสหรัฐอเมริกายังมีการละเมิดคำพิพากษาในคดีนี้อยู่ แต่ก็ยังไม่มีการออกมาตรการใดๆ ที่ออกมาจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเพื่อให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาเลย เพียงแต่มีการเรียกร้องในระดับมลรัฐเท่านั้น ซึ่งมลรัฐต่างๆก็ยังคงมีความเห็นที่แตกต่างออกไปในการปฏิบัติตามคำพิพากษาดังกล่าว

ผลบังคับของคำสั่งมาตรการชั่วคราวมีผลผูกพันสหรัฐอเมริกา และสหรัฐอเมริกาก็เคารพต่อคำสั่งมาตรการชั่วคราวในคดีนี้ โดยไม่ประหารชีวิตคนชาติเม็กซิกันทั้งสามคนตามคำสั่งมาตรการชั่วคราว แต่หากมาพิจารณาในระดับภายในสหรัฐอเมริกาเอง ศาลภายในของสหรัฐอเมริกาก็มีแนวทางในการปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการชั่วคราวออกเป็นสองแนวทาง คือ บางศาลก็เคารพต่อคำสั่งมาตรการชั่วคราว แต่ในขณะที่บางศาลกล่าวว่าคำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่อาจนำมาพิจารณาได้ในระบบกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาศึกษาการยื่นฎีกาของนาย Osvaldo Torres คนสัญชาติเม็กซิกันผู้ที่มีรายชื่อตามคำสั่งมาตรการชั่วคราว ซึ่งการยื่นฎีกาครั้งนี้ก็เพื่อขอศาลบังคับตามคำสั่งมาตรการชั่วคราว โดยก่อนที่จะยื่นฎีกาต่อศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกานั้น ศาลในเขตตะวันตกของมลรัฐโอกลาโฮมาและศาลอุทธรณ์เขตที่ 10 ได้ปฏิเสธการยื่นอุทธรณ์ของนาย Osvaldo Torres มาแล้ว¹¹⁸ แต่หลังจากที่ศาลสูงสุดได้ปฏิเสธการยื่นฎีกาแล้วนั้น สำนักงานอัยการสูงสุดของมลรัฐโอกลาโฮมาได้มีคำร้องต่อศาลอุทธรณ์ของมลรัฐเพื่อขอชะลอการประหารชีวิตนาย Osvaldo Torres ตามหลักอัยยาศัยไมตรีต่อศาลยุติธรรม

¹¹⁸ Torres v. Mullin, 124 S. Ct. 562, 562-63 (2003).

ระหว่างประเทศ ซึ่งจนถึงทุกวันนี้ นาย Osvaldo Torres ก็ได้รับการบรรเทาโทษจากโทษประหารชีวิตลดลงให้เหลือโทษจำคุกตลอดชีวิต แต่ในทางกลับกันมลรัฐเท็กซัสกล่าวว่ามลรัฐต้องเพิกเฉยต่อคำสั่งมาตรการชั่วคราวที่เกี่ยวกับคนชาติเม็กซิกันสองคนที่มีรายชื่อในคำสั่งมาตรการชั่วคราว ถึงแม้ว่าจะยังไม่กำหนดวันประหารชีวิตสำหรับพวกเขาก็ตาม

ตารางที่ 11 สรุปประเด็นในคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ
(31 มีนาคม ค.ศ. 2004)

ประเด็น	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
1. การรับพิจารณาข้อโต้แย้งเรื่องเขตอำนาจศาลและการรับฟังคำฟ้องของสหรัฐอเมริกา	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 13 ต่อ 2 เสียง ปฏิเสธคำคัดค้านของประเทศเม็กซิโก ในการรับพิจารณาข้อโต้แย้งของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลและการรับพิจารณาคำฟ้องของประเทศเม็กซิโก
2. คำคัดค้านเรื่องเขตอำนาจศาลของสหรัฐอเมริกา	ศาลมีมติเป็นเอกฉันท์ ปฏิเสธคำคัดค้านของประเทศสหรัฐอเมริกา 4 ข้อ ในเรื่องเขตอำนาจศาล
3. คำคัดค้านเรื่องการรับฟ้องของสหรัฐอเมริกา	ศาลมีมติเป็นเอกฉันท์ ปฏิเสธคำคัดค้านของประเทศสหรัฐอเมริกา 5 ข้อ ในเรื่องการรับฟังคำฟ้องของเม็กซิโก
4. การละเมิดพันธกรณีโดยการไม่บอกกล่าวผู้ถูกคุมขังโดยไม่ชักช้า	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 14 ต่อ 1 เสียง พบว่าสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ปี ค.ศ. 1963 มาตรา 36 วรรค 1 (b) ต่อคนชาติเม็กซิโก ทั้ง 51 คน ตามรายชื่อในย่อหน้าที่ 106 (1)
5. การละเมิดพันธกรณีโดยการไม่บอกกล่าวแก่สถานทำการทางกงสุล โดยไม่ชักช้า	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 14 ต่อ 1 เสียง พบว่าสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ปี ค.ศ. 1963 มาตรา 36 วรรค 1 (b) โดยไม่แจ้งให้สถานกงสุลเม็กซิกันทราบโดยไม่ชักช้า (without delay) เกี่ยวกับคนเม็กซิกันที่ถูกจำคุกทั้ง 49 คน ตามรายชื่อใน พารากราฟ 106 (2) และเป็นการขัดขวางประเทศเม็กซิโกในการเข้าให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง
6. การละเมิดพันธกรณีในการเข้าถึงคนชาติของเม็กซิโก	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 14 ต่อ 1 เสียง พบว่าสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญา

	<p>เวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ปี ค.ศ. 1963 มาตรา 36 วรรค 1 (a) และ (c) โดยขัดขวางสิทธิของประเทศเม็กซิโก ในการติดต่อสื่อสารและเข้าพบคนเม็กซิกันทั้ง 49 คน ตามรายชื่อในย่อหน้าที่ 106 (3) ในเวลาที่เหมาะสม</p>
7. การละเมิดพันธกรณีในการเตรียมผู้แทนทางกฎหมายแก่คนชาติของเม็กซิโก	<p>ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 14 ต่อ 1 เสียง พบว่า สหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ปี ค.ศ. 1963 มาตรา 36 วรรค 1 (c) โดยขัดขวางสิทธิของประเทศเม็กซิโก ในการจัดหาตัวแทนทางกฎหมายแทนคนเม็กซิกันทั้ง 34 คน ตามรายชื่อในย่อหน้าที่ 106 (4) ในเวลาที่เหมาะสม</p>
8. การใช้กฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา	<p>ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 14 ต่อ 1 เสียง พบว่า สหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ปี ค.ศ. 1963 มาตรา 36 วรรค 2 โดยไม่ยินยอมให้มีการ review และ consideration ในการพิจารณาคดีและตัดสินลงโทษ นายเพียร์โร นายโมเรโน นายทอร์เรซ หลังจากที่ได้มีการกระทำละเมิดพันธกรณีแล้ว</p>
9. การเยียวยา	<p>ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 14 ต่อ 1 เสียง พบว่า สหรัฐอเมริกาจะต้องมีการชดเชยค่าเสียหายอย่างเหมาะสม โดยเลือกใช้วิธี review และ reconsideration ในการพิจารณาคดีและตัดสินลงโทษแก่คนเม็กซิกัน ตามรายชื่อที่อ้างใน คำตัดสินของศาลข้อที่ 4,5,6 และ 7 ข้างต้น</p>
10. การรับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำ	<p>ศาลมีมติเป็นเอกฉันท์ เน้นย้ำว่า สหรัฐอเมริกาต้องรับรองว่าจะนำวิธีการตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ปี ค.ศ. 1963 มาตรา 36 วรรค 1 (b) มาใช้อย่างเป็นรูปธรรม และรับรองว่าจะไม่กระทำละเมิดซ้ำอีก</p>
11. การพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่	<p>ศาลมีมติเป็นเอกฉันท์ พบว่า สหรัฐอเมริกาจะต้อง เลือกใช้วิธีการในการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่อย่างเหมาะสม โดยคำนึงถึงการละเมิดสิทธิตามอนุสัญญา</p>

3.3 คดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009)

3.3.1 ข้อเท็จจริงในคดีและที่มาของการยื่นฟ้องคดีของเม็กซิโกต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ประเทศเม็กซิโกกล่าวหาประเทศสหรัฐอเมริกาว่าละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 อย่างเป็นระบบ โดยเจ้าหน้าที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่ได้รับโทษประหารชีวิตในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ตัดสินไปแล้วว่าประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดสิทธิภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 ต่อคนสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 51 คน โดยไม่ได้แจ้งสิทธิทางกงสุลโดยไม่ชักช้า¹¹⁹

จากคำพิพากษาของศาลเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 โดยคะแนนเสียง 14 ต่อ 1 เสียงตัดสินว่า

“การเยียวยาที่เหมาะสมในคดีนี้เป็นพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาที่ต้องมีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษแก่คนสัญชาติเม็กซิกันใหม่ ซึ่งสิทธิของพวกเขาถูกละเมิดภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ทั้งนี้โดยต้องคำนึงถึงการละเมิดและสิทธิตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ด้วย และยังต้องคำนึงถึงคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวีนาย่อหน้าที่ 138-141 ด้วย ตามวิธีการที่สหรัฐอเมริกาได้เลือกเอง”¹²⁰

¹¹⁹ International Court of Justice, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Application Instituting Proceedings of Mexico, 5 June 2008, p. 8, para. 1. (On 31 March 2004, this Court rendered its Judgment on the merits in the case concerning *Avena and Other Mexican Nationals (United Mexican States v. United States of America)* (“*Avena*”). The case concerned Mexico’s allegations of systematic violations of the Vienna Convention on Consular Relations (569 UNTS 261, done on 24 April 1963) (the “Vienna Convention”) by competent authorities of the United States in the cases of certain Mexican nationals who had been sentenced to death in criminal proceedings in the United States. This Court found, by a vote of fourteen to one, that the United States had breached Article 36 of the Vienna Convention in the cases of 51 of the Mexican nationals by failing to inform them without delay upon detention of their rights to consular access and assistance under Article 36 (*Avena, Merits, Judgment of 31 March 2004, I.C.J. Reports 2004*, para. 153 (4)).)

¹²⁰ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, p. 72, para. 153 (9). (that the appropriate reparation in this case consists in the obligation of the United States of America to provide, by means of its own choosing, review and reconsideration of the convictions and sentences of the Mexican nationals” whose Vienna Convention rights had been violated “by taking account both of the violation of the rights set forth in Article 36 of the Convention and of paragraphs 138 to 141 of the *Avena* Judgment)

ประเทศเม็กซิโกจึงร้องขอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้มีความสั่งให้ประเทศสหรัฐอเมริกา รับประกันว่าไม่กระทำซ้ำ จากผลผูกพันของคำตัดสินเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ซึ่งเป็นข้อผูกพันต่อประเทศสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 59 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งมีผลผูกพันคู่ความในคดี

รัฐบาลของประเทศเม็กซิโกยื่นฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยอ้างถึงมาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และมาตรา 98, 100 แห่งกฎของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เพื่อขอให้ศาลตีความในประเด็นการเยียวยาความเสียหายตามพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาในการจัดให้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันโดยวิธีการที่สหรัฐอเมริกาได้เลือกเองดังที่กล่าวไว้ในย่อหน้า 153 (9) ของคำตัดสินคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004)

3.3.2 มาตรการชั่วคราว

เม็กซิโกกล่าวว่า เนื่องจากศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ปฏิเสธการพิจารณาคดีของนาย José Ernesto Medellín Rojas ซึ่งเป็นหนึ่งในบุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่มีรายชื่อตามคำพิพากษาในคดีอาวีนาเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกากล่าวว่าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นไม่มีผลบังคับโดยตรงต่อศาลภายในของสหรัฐอเมริกา แม้ว่าศาลสูงสุดจะยอมรับว่าสหรัฐอเมริกามีพันธกรณีในการปฏิบัติตามคำพิพากษาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม ยิ่งไปกว่านั้นยังกล่าวว่าคำแถลงการณ์ของประธานาธิบดีฝ่ายเดียวว่าจะปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นไม่อาจมีผลได้ และนาย José Ernesto Medellín Rojas กำลังจะถูกประหารในวันที่ 5 สิงหาคม ค.ศ. 2008 โดยมลรัฐเท็กซัสไม่ใส่ใจต่อคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เพราะไม่ได้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่เลย ซึ่งนาย Medellín อาจจะได้รับ ความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ นอกจากนี้ยังมีบุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่มีรายชื่อตามคำฟ้องอีก 4 คนที่มลรัฐเท็กซัสได้กำหนดวันประหารไว้แล้วเช่นกันโดยที่พวกเขาเหล่านั้นไม่ได้รับการพิจารณาและทวน คำพิพากษาและการลงโทษใหม่เลย¹²¹

¹²¹ International Court of Justice, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Order of 16 July 2008, p. 330, para. 73. (Whereas it is apparent from the information before the Court in this case that Mr. José Ernesto Medellín Rojas, a Mexican national, will face execution on 5 August 2008 and other Mexican nationals, Messrs. César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, and Roberto Moreno Ramos, are at risk of execution in the coming months; whereas their execution would cause irreparable prejudice to any rights, the interpretation of the meaning and scope of which is in question; and whereas it could be that the said Mexican nationals will be executed before this Court has delivered its judgment on the Request for interpretation and therefore there undoubtedly is urgency;)

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าสหรัฐอเมริกาต้องกระทำการทุกมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มั่นใจว่านาย José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, และ Roberto Moreno Ramos จะไม่ถูกประหารชีวิตในระหว่างกระบวนการที่เม็กซิโกมีคำร้องขอเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008 เว้นแต่และจนกว่าคนสัญชาติเม็กซิกันที่กล่าวมาจะได้รับการพิจารณาและทบทวนตามย่อหน้าที่ 138 ถึง 141 ของคำตัดสินคดีอาวีนาและสหรัฐอเมริกาต้องแจ้งต่อศาลว่าได้ดำเนินการตามคำสั่งศาลในเรื่องมาตรการคุ้มครองชั่วคราว¹²²

3.3.3 เขตอำนาจศาล

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า คำสั่งของศาลในเรื่องมาตรการชั่วคราวเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ไม่ได้อยู่บนฐานเขตอำนาจศาลที่ปรากฏชัดเจนแต่แรก ซึ่งศาลจะได้พิจารณาต่อไป แต่ศาลก็ยังยืนยันว่าการถอนตัวจากภาคีพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาท ไม่ได้มีผลกระทบต่อเขตอำนาจศาลภายใต้มาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาล

ศาลตั้งข้อสังเกตว่าคู่พิพาทมีประเด็นข้อพิพาทในเรื่องการเยียวยาความเสียหายตามพันธกรณีในการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษแก่บุคคลสัญชาติเม็กซิกันโดยวิธีการที่สหรัฐอเมริกาได้เลือกเองตามย่อหน้า 153 (9) ของคำพิพากษาคดีอาวีนา ฉบับ ค.ศ. 2004 ซึ่งเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศที่ต้องการผลตามคำพิพากษาโดยเฉพาะ

ในประเด็นต่อมา ศาลตั้งข้อสังเกตว่าคู่ความยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องการบังคับพันธกรณีตามคำพิพากษาคดีอาวีนา ฉบับ ค.ศ. 2004 ว่ามีผลบังคับเหนือองค์กรของรัฐทุกองค์กรทั้งหมดหรือไม่

ดังนั้น ในกระบวนการพิจารณาคดีในปัจจุบัน เป็นการสมควรที่ศาลจะพิจารณาอีกครั้งว่ามีข้อพิพาทในเรื่องความหมายและขอบเขตของคำพิพากษาคดีอาวีนา ค.ศ. 2004 อยู่หรือไม่ และพันธกรณีในการเยียวยาความเสียหายโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ตามย่อหน้า 153 (9) ของคำตัดสินคดีอาวีนาเป็นพันธกรณีที่ต้องการผลหรือไม่ ศาลต้องการพิจารณาจุดที่เชื่อมโยงกันว่าคู่ความจะมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันจริงๆหรือไม่ เพราะพันธกรณีในการเยียวยา

¹²² Ibid., p.331, para. 80. (...)(a)The United States of America shall take all measures necessary to ensure that Messrs. José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, and Roberto Moreno Ramos are not executed pending judgment on the Request for interpretation submitted by the United Mexican States, unless and until these five Mexican nationals receive review and reconsideration consistent with paragraphs 138 to 141 of the Court's Judgment delivered on 31 March 2004 in the case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America); (b) The Government of the United States of America shall inform the Court of the measures taken in implementation of this Order)

ความเสียหายตามย่อหน้า 153 (9) ของคำตัดสินคดีอาวีนาเป็นความรับผิดชอบของมลรัฐทุกมลรัฐในสหรัฐอเมริกาและเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย¹²³ โดยศาลจะต้องพิจารณาในหลายๆองค์ประกอบ ซึ่งมีประเด็นที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องพิจารณา ดังต่อไปนี้

3.3.3.1 การมีข้อพิพาทระหว่างคู่ความ

3.3.3.1.1 ข้อพิพาทเกี่ยวกับพันธกรณีตามย่อหน้าที่ 153 (9) ในเรื่องการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่

ในคำสั่งของศาลเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ศาลได้ตั้งข้อสังเกตว่า ดูเหมือนว่าคู่ความทั้งสองฝ่ายยังมีประเด็นพิพาทในเรื่องการเยียวยาความเสียหายโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่ตามย่อหน้าที่ 153 (9) เพราะเป็นพันธกรณีระหว่างประเทศ ข้อสังเกตในเรื่องเกี่ยวกับมาตรการชั่วคราวนี้ ศาลได้พิจารณาถึงข้อโต้แย้งของคู่ความในความเห็นที่เป็นลายลักษณ์อักษรของวันที่ 29 สิงหาคม ค.ศ. 2008 และคำชี้แจงที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ได้อธิบายเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 17 กันยายน และวันที่ 6 ตุลาคม ค.ศ. 2008 เพราะคู่ความทั้งสองยอมรับว่าเป็นพันธกรณีที่ต้องการผลและต้องเกิดผลขึ้นโดยเฉพาะเจาะจงตามคำพิพากษาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษต้องเกิดขึ้นภายในเวลาที่สมเหตุสมผล พันธกรณีของสหรัฐอเมริกาที่ต้องให้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาคำพิพากษาตามย่อหน้าที่ 138-141 ของคำตัดสินคดีอาวีนาต่อคนสัญชาติเม็กซิกันที่มีรายชื่อในคำตัดสินซึ่งยังคงอยู่ในแดนประหารโดยปราศจากการได้รับการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษา ยิ่งไปกว่านั้น นาย José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, และ Roberto Moreno Ramos ยังอยู่ภายใต้คำสั่งตามมาตรการชั่วคราว ซึ่งศาลตั้งข้อสังเกตว่าพันธกรณีนี้ต้องอยู่ในช่วงเวลาที่เหมาะสม แม้ว่าจะมีความพยายามอย่างจริงจังของสหรัฐอเมริกา ก็ต้องให้มีผลตามที่คำพิพากษาย่อหน้าที่ 138-141 ของคำตัดสินคดีอาวีนาได้กำหนดไว้ มิฉะนั้นแล้วก็คงไม่บรรลุผลตามพันธกรณีในคำสั่งของศาลเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ยิ่งไปกว่านั้น นาย José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, และ Roberto Moreno Ramos อยู่ภายใต้คำสั่งตามมาตรการชั่วคราว ซึ่งศาลตั้งข้อสังเกตว่าพันธกรณีนี้ต้องอยู่ในช่วงเวลาที่เหมาะสม แม้ว่าจะมีความพยายามอย่างจริงจังของสหรัฐอเมริกา ก็

¹²³ International Court of Justice, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 19 January 2009, p. 8-10, paras. 11-20 (...in the present procedure it is appropriate for the Court to review again whether there does exist a dispute over whether the obligation in paragraph 153 (9) of the Avena Judgment is an obligation of result. The Court will also at this juncture need to consider whether there is indeed a difference of opinion between the Parties as to whether the obligation in paragraph 153 (9) of the Avena Judgment falls upon all United States federal and state authorities.)

ต้องให้มีผลตามที่คำพิพากษาย่อนหน้าที่ 138-141 ของคำตัดสินคดีอาวีนาในเรื่องการพิจารณาและ ทบทวนคำพิพากษาได้วางไว้ มิฉะนั้นแล้วก็คงไม่บรรลุผลตามพันธกรณี¹²⁴

ในประเด็นนี้ ทั้งเม็กซิโกและสหรัฐอเมริกาเห็นพ้องต้องกันว่าพันธกรณีในการ เยียวยาตามย่อหน้าที่ 153 (9) นั้นมีผลผูกพันต่อสหรัฐอเมริกา ซึ่งสหรัฐอเมริกาต้องมีการพิจารณา และทบทวนคำพิพากษาแก่คนสัญชาติเม็กซิกันใหม่ แน่นนอนว่าพันธกรณีนี้ผูกพันสหรัฐอเมริกาไป ตลอด แต่เพียงว่าต้องอาศัยระยะเวลาเพื่อให้บรรลุผลตามคำพิพากษาของศาลเท่านั้น ดังนั้นจึงไม่มี ประเด็นว่าความคิดเห็นของคู่ความไม่ตรงกันในเรื่องการเยียวยา

ตารางที่ 12 สรุปประเด็นในเรื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับพันธกรณีตามย่อหน้าที่ 153 (9) ในเรื่องการ เยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่

ประเทศเม็กซิโก(โจทก์)	ประเทศสหรัฐอเมริกา(จำเลย)	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่าง ประเทศ
<p>เม็กซิโกกล่าวอ้างว่าการ กระทำของฝ่ายบริหารของ รัฐบาลกลางสะท้อนให้เห็นว่า สหรัฐอเมริกายังขัดแย้งในเรื่อง ความหมายและขอบเขตของคำ พิพากษาคดีอาวีนา ค.ศ. 2004 โดยเฉพาะในศาลสูงสุดของ สหรัฐอเมริกา ที่กล่าวว่าคำ พิพากษาของศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศในคดีอาวีนาไม่ มีผลบังคับโดยตรงภายใต้ กฎหมายภายในของ สหรัฐอเมริกาและไม่มีผลผูกพัน เหนือศาลภายในของ สหรัฐอเมริกาโดยไม่มีการกระทำ ของประธานาธิบดีไม่ได้</p> <p>ในคำพิพากษาคดีอาวีนาใน ส่วนที่ศาลมีการลงคะแนนชี้ขาด ก่อให้เกิดพันธกรณีที่ต้องการให้</p>	<p>สหรัฐอเมริกายืนยันว่าประเด็น ที่เม็กซิโกกล่าวอ้างมานั้นไม่มี ประเด็นข้อพิพาท ไม่ว่าจะคู่ความ จะรับรู้ว่าเป็นพันธกรณีในการพิจารณา และทบทวนคำพิพากษาและการ ลงโทษใหม่ตามคำพิพากษาคดีอาวี นาย่อนหน้าที่ 153 (9) นั้นเป็น พันธกรณีที่ต้องการผลตามที่กล่าว ไว้ เพียงแต่เม็กซิโกไม่พอใจกับ วิธีการปฏิบัติตามพันธกรณีของ สหรัฐอเมริกาเท่านั้น</p> <p>สหรัฐอเมริกาเห็นพ้องกับ เม็กซิโกในเรื่องการตีความ พันธกรณีในการพิจารณาและ ทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษ ใหม่ และยืนยันว่าเป็นพันธกรณีที่ ต้องการผล ดังนั้นจึงไม่มีข้อพิพาท ในเรื่องนี้ ซึ่งเท่ากับว่าไม่มีข้อพิพาท ในเรื่องความหมายและขอบเขต</p>	<p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าว ว่า การที่ศาลจะรับพิจารณาคดีการ ตีความได้ต้องมีข้อพิพาทระหว่างคู่ความ ก่อนที่ศาลจะตีความตามคำร้องขอได้นั้น ศาลจะพิจารณาประเด็นการมีข้อพิพาท ระหว่างคู่ความเสียก่อน ไม่ว่าจะพันธกรณี ในการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษา และการลงโทษทางศาลแก่คนสัญชาติ เม็กซิกันที่มีรายชื่อในคำพิพากษาคดีอาวี นา ฉบับ ค.ศ. 2004 นั้นเป็นพันธกรณีที่ ต้องการผลตามคำพิพากษาหรือไม่</p>

¹²⁴ Ibid., p. 10-12, paras. 21-28.

เกิดผลตามคำพิพากษานั้น โดยมีผลบังคับต่อองค์กรทุกองค์กรของสหรัฐอเมริกา รวมถึงฝ่ายตุลาการทั้งของรัฐบาลกลางและของมลรัฐด้วย ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีโดยไม่คำนึงถึงข้อขัดข้องของกฎหมายภายใน นั่นก็คือกฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาความทั่วไป	ตามมาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ	
---	---	--

3.3.3.1.2 ปัญหาการมีข้อพิพาทเหนือพันธกรณีที่ต้องเกิดผลภายในระยะเวลาที่เหมาะสม

ในประเด็นต่อมาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาว่าข้อพิพาทอยู่ภายใต้ความหมายของมาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาลว่าเป็นข้อพิพาทที่มีอยู่จริงหรือไม่ ศาลได้พิจารณาความเห็นที่เป็นลายลักษณ์อักษรและคำชี้แจงที่เป็นลายลักษณ์อักษรของคู่ความเพื่อพิจารณาให้ถูกต้องถึงแนวทางของการแสดงความคิดเห็นของศาลในย่อหน้าที่ 55 ของคำสั่งศาลในเรื่องมาตรการชั่วคราวซึ่งกล่าวไว้ว่า

“ได้ปรากฏอย่างชัดเจนว่าคู่ความทั้งสองฝ่ายมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันเกี่ยวกับความหมายและขอบเขตของพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตาม กล่าวคือ ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลหรือของมลรัฐ และพันธกรณีเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เหล่านั้นหรือไม่”¹²⁵

เม็กซิโกตั้งข้อสังเกตว่า ในคดี Medellín กับ มลรัฐเท็กซัส ซึ่งเจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารอ้างต่อศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาว่าภายใต้มาตรา 94 (1) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติมีผลโดยตรงต่อเรื่องทางการเมืองของรัฐภาคีมากกว่าเรื่องอื่นใดทั้งหมด และยังคงกล่าวเพิ่มเติมด้วยว่าไม่มีข้อสนับสนุนใดที่อ่านแล้วเข้าใจว่ามาตรา 94 (1) มีวัตถุประสงค์และเป้าหมายหรือหลักการเป็นกฎหมายระหว่างประเทศโดยทั่วไป เม็กซิโกยังคงกล่าวว่า สหรัฐอเมริกาได้ตีความที่ผิดพลาดไปเพราะศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้แย้งว่าฝ่ายตุลาการไม่อยู่ภายใต้มาตรานี้ ฉะนั้นจึงเป็นที่เข้าใจได้ว่าเจ้าหน้าที่ของฝ่ายตุลาการในสหรัฐอเมริกาเข้าใจว่าคำพิพากษาคดีอาวินา ค.ศ. 2004 ไม่ได้มีพันธกรณีที่มีผลผูกพันทุกองค์กรในสหรัฐอเมริกา รวมถึงเจ้าหน้าที่มลรัฐและเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการ

¹²⁵ Ibid., p. 11, paras. 29. (...“apparently hold different views as to the meaning and scope of that obligation of result, namely, whether that understanding is shared by all United States federal and state authorities and whether that obligation falls upon those authorities”)

ของรัฐ จากจุดนี้ เท่ากับว่าพันธกรณีในเรื่องการเยียวยาตามย่อหน้าที่ 153 (9) ไม่เป็นพันธกรณีที่ต้องเกิดผลตามคำพิพากษา

นอกจากนั้น เม็กซิโกอ้างว่า ความเข้าใจของศาลสูงสุดไม่สอดคล้องกับคำพิพากษาคดีอาวีนา ค.ศ. 2004 ซึ่งมีผลผูกพันให้ทุกองค์กรในสหรัฐอเมริกาจำต้องปฏิบัติตาม โดยเฉพาะองค์กรฝ่ายตุลาการ ยิ่งไปกว่านั้นเม็กซิโกยังปฏิเสธข้อโต้แย้งของมลรัฐเท็กซัส ก่อนที่นาย Medellín จะถูกประหารชีวิต ว่านาย Medellín ได้รับการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาตามที่ได้กล่าวไว้ในย่อหน้าที่ 153 (9) ของคำตัดสินคดีอาวีนาจากศาลของรัฐบาลกลางและมลรัฐแล้ว

ตามที่เม็กซิโกได้กล่าวอ้าง สหรัฐอเมริกา จากทั้งถ้อยคำและการกระทำนั้น ขัดแย้งกับพันธกรณีที่ต้องพิจารณาและทบทวนตามคำพิพากษาใหม่ และการอ้างอิงถึงทางเลือกของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาซึ่งไม่ปรากฏว่าศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ใช้ตอนที่นาย Medellín ใช้เป็นข้อสู้ฟ้องการบังคับคดี นอกจากนี้ยังมีความพยายามอย่างล่าช้าในการกระตุ้นสภาเพื่อให้แน่ใจได้ว่าจะกระทำภายใต้พันธกรณีอย่างแท้จริง

นอกจากนั้น เม็กซิโกยังอ้างว่าศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาพบว่าพันธกรณีภายใต้ย่อหน้าที่ 153 (9) ไม่สามารถมีผลโดยตรงต่อองค์กรที่มีอำนาจตุลาการตามพื้นฐานของบันทึกความตกลงของประธานาธิบดีซึ่งมีคำสั่งให้ศาลภายในของรัฐปฏิบัติตามคำพิพากษาในคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ โดยต้องมีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ตามความเห็นของเม็กซิโกพันธกรณีนี้ไม่ได้รับการตอบสนองใดๆ จากสหรัฐอเมริกาเลย แม้แต่ทางเดียว

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า ไม่มีความจำเป็นที่ต้องเห็นร่วมกันในบางประเด็นกับศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการให้เหตุผลกับกฎหมายระหว่างประเทศ แม้ว่าศาลสูงสุดกล่าวว่าคำตัดสินคดีอาวีนา ค.ศ. 2004 เกิดพันธกรณีที่มีผลผูกพันต่อสหรัฐอเมริกาในฐานะกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตามสหรัฐอเมริกาก็ได้กล่าวว่าพันธกรณีไม่ได้มีผลผูกพันโดยตรงต่อกฎหมายภายใน และไม่สามารถมีผลบังคับโดยบันทึกความเข้าใจของประธานาธิบดีเพียงฝ่ายเดียวได้

ศาลกล่าวว่ามาตรา 98 (2) แห่งกฎของศาลได้วางเงื่อนไขว่าเมื่อคู่ความได้ทำคำร้องขอเพื่อให้มีการตีความคำตัดสิน คู่ความต้องแสดงถึงประเด็นที่เป็นเรื่องพิพาทที่ถูกต้องซึ่งเป็นสิ่งที่ศาลต้องชี้ขาดว่าเป็นความหมายหรืออยู่ในขอบเขตหรือไม่

ในคำฟ้องของเม็กซิโกได้อ้างอิงถึงข้อพิพาทเกี่ยวกับพันธกรณีในเรื่องการเยียวยาตามย่อหน้าที่ 153 (9) ของคำตัดสินคดีอาวีนา ซึ่งสหรัฐอเมริกาก็ส่งสัญญาณอย่างรวดเร็วว่าพันธกรณีนี้มีผลบังคับต่อสหรัฐอเมริกาและเป็นพันธกรณีที่ต้องการผล เรื่องที่เม็กซิโกคำนึงถึงก็คือคำถามเกี่ยวกับการบรรลุผลตามพันธกรณีมีผลโดยตรงต่อสหรัฐอเมริกาจากผลของคำตัดสินคดีอาวีนา

จากข้อความหลายข้อความที่เขียนลงในคำชี้แจงที่เป็นลายลักษณ์อักษรของเม็กซิโกเมื่อวันที่ 17 กันยายน ค.ศ. 2008 ในขณะที่ได้อ้างอิงถึงการกระทำบางประการและคำแถลงการณ์ขององค์กรของสหรัฐอเมริกาและเข้าใจได้ว่าสหรัฐไม่ได้ปฏิบัติตามเลย อย่างไรก็ตามคำฟ้องนั้นก็ไม่ได้ระบุอย่างเจาะจงว่าสิ่งที่ต้องการเรียกร้องคืออะไร นอกจากนั้น ก็ไม่สามารถเข้าใจว่าสถานะของเม็กซิโกเกี่ยวกับการมีอยู่ของข้อพิพาทเกี่ยวกับพันธกรณีมีผลบังคับต่อเจ้าหน้าที่ทั้งของรัฐและของมลรัฐทุกคนหรือไม่ และเจ้าหน้าที่เหล่านั้นมีความเข้าใจพันธกรณีเหล่านี้เพียงใด

ศาลตั้งข้อสังเกตว่า ในคำฟ้องของเม็กซิโกเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008 เม็กซิโกร้องขอต่อศาลเพียงง่าย ๆ ว่าให้ศาลยืนยันว่าพันธกรณีในการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาตามย่อหน้าที่ 153 (9) ก่อให้เกิดพันธกรณีที่ต้องการผลตามคำพิพากษา

เมื่อเม็กซิโกได้เสนอคำฟ้องแล้ว ในการให้การด้วยวาจาเมื่อมีคำร้องขอศาลให้มีคำสั่งในเรื่องมาตรการชั่วคราว ซึ่งเม็กซิโกได้เสนอว่า

(a) สหรัฐอเมริกา โดยการกระทำผ่านองค์กรทุกองค์กรที่มีอำนาจ และองค์กรย่อยทุกองค์กรตามกฎหมาย รวมถึงหน่วยงานทุกสาขาของรัฐบาลและเจ้าหน้าที่ใดๆ ไม่ว่าจะ เป็นระดับรัฐหรือมลรัฐ การใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล ได้กระทำทุกมาตรการที่จำเป็น เพื่อให้มั่นใจว่านาย José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, และ Roberto Moreno Ramos ไม่ถูกประหารชีวิตในระหว่างกระบวนการที่เม็กซิโกมีคำร้องขอเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008 เว้นแต่และจนกว่า คนสัญชาติเม็กซิกันที่กล่าวมาได้รับการพิจารณาและทบทวนตามย่อหน้าที่ 138 ถึง 141 ของคำตัดสินคดีอาวินา

ศาลตั้งข้อสังเกตว่า ศาลสามารถโต้แย้งได้ว่าข้อเรียกร้องของเม็กซิโก 86 (a) (1) ว่าสหรัฐอเมริกา โดยการกระทำผ่านองค์กรที่มีอำนาจต้องใช้ทุกมาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อจัดให้มีการชดเชยในการพิจารณาและทบทวน ซึ่งไม่ได้กล่าวว่ามีพันธกรณีที่มีผลบังคับต่อองค์กรหลายองค์กร หน่วยงานย่อยตามกฎหมายและเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างไร กล่าวแต่เพียงว่าสหรัฐอเมริกาคงกระทำผ่านองค์กรเหล่านี้ให้บรรลุผลตามพันธกรณีด้วยตนเองภายใต้พารากราฟ 153 (9) ที่ให้มีการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษา

ถ้อยคำเดียวกันนั้นที่กล่าวว่า สหรัฐอเมริกาโดยการกระทำผ่านองค์กรทุกองค์กรที่มีอำนาจและหน่วยงานย่อยทุกหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งปรากฏใน 86 (a) (2) ของการเสนอคำฟ้องครั้งสุดท้ายของเม็กซิโก ซึ่งหากพิจารณาจากเงื่อนไขของมาตรา 98 (2) แห่งกฎของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้ว ศาลสามารถโต้แย้งได้ว่าในตอนสุดท้ายเม็กซิโกไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความมีอยู่ของข้อพิพาทใดๆระหว่างตนเองกับสหรัฐอเมริกา มากไปกว่านั้นสหรัฐอเมริกาก็ได้ทำให้กระจ่างแล้วว่าสหรัฐอเมริกามองเห็นด้วยกับข้อเสนอสุดท้าย 86 (a) ของเม็กซิโก ซึ่งขอให้ศาลตัดสิน

และประกาศว่าย่อหน้า 86 (b) การตีความคำตัดสินคดีอาวีนาตามย่อหน้าที่ 86 (a) ของข้อโต้แย้งของ เม็กซิโกในความเห็นที่เป็นลายลักษณ์อักษรต่อสหรัฐอเมริกา

เม็กซิโกไม่ได้กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงว่าพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาภายใต้ คำตัดสินคดีอาวีนา ค.ศ. 2004 มีผลบังคับโดยตรงต่อองค์กรของสหรัฐอเมริกา หน่วยงานย่อย หรือ เจ้าหน้าที่เพียงใด ถึงแม้ว่าอาจจะเป็นการอนุมานจากข้อโต้แย้งที่เม็กซิโกอ้างมา โดยเฉพาะในคำ ชี้แจงที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพิ่มเติมของเม็กซิโก

ศาลกล่าวว่า จากที่ได้พิจารณาทุกองค์ประกอบนี้ ยังมีอีกประเด็นที่ต้อง พิจารณามีข้อพิพาทอยู่ภายในความหมายของมาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่าง ประเทศหรือไม่¹²⁶

ตารางที่ 13 สรุปการมีข้อพิพาทเหนือพันธกรณีที่ต้องเกิดผลภายในระยะเวลาที่เหมาะสม

ประเทศเม็กซิโก	คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
<p>เม็กซิโกอ้างคดีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ในคดี <i>Medellin v. Texas</i> โดยเม็กซิโกกล่าวว่า “ฝ่ายบริหารของรัฐบาลกลางอ้างว่ามาตรา 94 ของกฎบัตรสหประชาชาติมีผลโดยตรงกับฝ่าย การเมืองของรัฐเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันองค์กรของ รัฐทั้งหมด” อีกทั้งยังกล่าวว่า ตามวัตถุประสงค์ และความมุ่งหมายและหลักการของมาตรา 94 เป็นกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป” ซึ่งเหตุผล ของสหรัฐอเมริกาในเรื่องนี้ เป็นการตีความที่ ผิดๆ อีกทั้งเหตุผลของศาลสูงสุดของ สหรัฐอเมริกาก็สนับสนุนข้อกล่าวอ้างนี้ โดยเห็น ว่าไม่มีผลบังคับต่อองค์กรฝ่ายตุลาการ เม็กซิโกกล่าวต่อไปอีกว่า แม้แต่เจ้าหน้าที่องค์กร ตุลาการสูงสุดของสหรัฐอเมริกายังกล่าวว่าคำ พิพากษาคดีอาวีนา ฉบับ ค.ศ. 2004 ไม่ได้ กำหนดพันธกรณีที่ต้องการผลตามคำพิพากษา ผูกพันต่อองค์กรของสหรัฐอเมริกาทั้งหมด รวมถึงไม่ผูกพันกับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลาง และของมลรัฐด้วย</p>	<p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวถึงคำสั่งมาตรการ ชั่วคราวของศาล ค.ศ. 2008 ย่อหน้าที่ 55 ว่าเป็นที่ ชัดเจนว่ามีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องความหมาย และขอบเขตของพันธกรณีที่ต้องการผล คือเกี่ยวข้องกับ เจ้าหน้าที่ของมลรัฐและของรัฐบาลกลางทั้งหมดหรือไม่ และพันธกรณีในการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษา และการลงโทษใหม่นั้นเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่เหล่านั้น หรือไม่</p> <p>แม้ว่าศาลจะได้พิจารณาถึงปัจจัยหลายอย่างตามคำฟ้อง ของเม็กซิโก ซึ่งอาจจะมีข้อพิพาทระหว่างคู่ความอยู่ตาม ความหมายของมาตรา 60 แต่ในทางกลับกันก็ไม่มีข้อ พิพาทอยู่ โดยที่ศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเหตุผลของ ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับเรื่องกฎหมาย ระหว่างประเทศ</p>

¹²⁶ Ibid., p. 12-16, paras. 29-42 (The Court notes that, having regard to all these elements, two views may be discerned as to whether or not there is a dispute within the meaning of Article 60 of the Statute.)

<p>เม็กซิโกกล่าวอ้างว่า ความเข้าใจของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาไม่สอดคล้องกับการตีความตามคำพิพากษาคีอาวีนา ฉบับ ค.ศ. 2004 ในฐานะที่เป็นพันธกรณีที่ต้องการผลตามคำพิพากษาซึ่งมีผลบังคับกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญทุกองค์กรของสหรัฐอเมริกา ซึ่งรวมถึงองค์กรตุลาการด้วย</p>	
	<p>ศาลกล่าวถึงมาตรา 98 (2) แห่งกฎของศาลที่กำหนดเงื่อนไขว่าเมื่อคู่ความร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาต้องชี้ถึงจุดของข้อพิพาทในเรื่องความหมายและขอบเขตให้ชัดเจน</p> <p>ศาลพิจารณาถึงคำฟ้องของเม็กซิโก เพียงแต่ร้องขอต่อศาลให้ยืนยันว่าพันธกรณีในเรื่องการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ตามย่อหน้าที่ 153 (9) ที่มีผลบังคับต่อสหรัฐอเมริกา เป็นพันธกรณีที่ต้องการผลให้เกิดตามคำพิพากษาเท่านั้น เพราะตามคำฟ้องของเม็กซิโกในย่อหน้าที่ 86 (a) (1) ที่กล่าวว่า “สหรัฐอเมริกาได้กระทำโดยผ่านองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ทุกองค์กรต้องใช้มาตรการทุกมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มีการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษเสียใหม่” แต่เม็กซิโกไม่ได้กล่าวว่ามีพันธกรณีที่ต้องการให้เกิดผลตามคำพิพากษาเป็นหน้าที่ขององค์กรหลายองค์กร เพียงแต่ว่าสหรัฐอเมริกาคงกระทำผ่านองค์กรเหล่านี้เพื่อให้บรรลุตามพันธกรณีในเรื่องการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่</p> <p>ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าตามคำฟ้องเม็กซิโกไม่สามารถระบุได้ว่ามีข้อพิพาทอยู่ระหว่างคู่ความ เพราะเป็นการกล่าวโดยทั่วๆ ไปเท่านั้น แต่ไม่สามารถระบุได้ว่าพันธกรณีนี้นั้นมีผลโดยตรงต่อองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาใด</p>

3.3.3.1.3 ประเด็นผลโดยตรงของพันธกรณีในเรื่องการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ตามย่อหน้าที่ 153 (9)

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า ตามคำพิพากษาคดีอาวินาฉบับ ค.ศ. 2004 นั้น ตรงถ้อยคำของคำพิพากษา ไม่ปรากฏว่ามีที่ใดที่วางมาตรการหรือบอกเป็นนัยว่าพันธกรณีในเรื่องการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่มีผลโดยตรงต่อศาลภายในของสหรัฐอเมริกา แม้ว่าจะเป็นพันธกรณีที่ต้องการผลซึ่งสหรัฐอเมริกาจะกระทำโดยวิธีใดไม่มีเงื่อนไขแต่ต้องกระทำภายในเวลาที่สมเหตุสมผลด้วย แต่การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีนั้นก็ก่อให้เกิดการกระทำผิดในทางระหว่างประเทศ เมื่อคำพิพากษาคดีอาวินา ฉบับ ค.ศ. 2004 ไม่ได้กล่าวไว้ว่ามีผลบังคับโดยตรงแล้ว เม็กซิโกก็ไม่สามารถยื่นคำร้องให้มีการตีความภายใต้มาตรา 60 นี้ได้อีก

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสรุปว่า ประเด็นคำพิพากษามีผลบังคับต่อศาลภายในในฐานะที่เป็นคำสั่งทางกฎหมายภายในของรัฐของคู่ความในคดี ซึ่งเรื่องนี้ไม่ได้เป็นเรื่องความหมายหรือขอบเขตของคำพิพากษาคดีอาวินา ฉบับ ค.ศ. 2004

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาคดีอาวินาฉบับ ค.ศ. 2004 อยู่นอกเขตอำนาจของศาลตามมาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ว่าจะมีข้อพิพาทระหว่างคู่ความหรือไม่ ก็ไม่มีผลต่อการตีความคำพิพากษาคดีอาวินาฉบับ ค.ศ. 2004 โดยเฉพาะอย่างยิ่งพันธกรณีในการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ตามย่อหน้าที่ 153(9)

เหตุผลเหล่านี้ ศาลไม่สามารถยอมรับคำร้องขอของเม็กซิโกให้มีการตีความได้¹²⁷

ในความเห็นของผู้พิพากษา Koroma ผู้พิพากษาฝ่ายเสียงส่วนใหญ่ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า ตามหลักอรรถคดีของศาล ศาลจะนำมาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาใช้ก็ต่อเมื่อคู่ความสองฝ่ายมีความเห็นขัดแย้งกันในเรื่องขอบเขตและความหมายของคำพิพากษา ซึ่งศาลอธิบายให้ละเอียดยิ่งขึ้นโดยกล่าวว่าข้อพิพาทที่อยู่ภายใต้มาตรา 60 คือ

“ขอบเขตในเรื่องความแตกต่างระหว่างความเห็นของคู่ความทั้ง 2 ฝ่ายนั้นต้องปรากฏชัดแจ้งในตัวเองต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่าคู่ความทั้ง 2 ฝ่ายมีความเห็นที่แตกต่างกันในประเด็นเหล่านั้นของคำพิพากษาที่เป็นประเด็นปัญหาซึ่งได้ตัดสินและมีผลผูกพันไปแล้ว รวมถึงความแตกต่างในเรื่องความคิดที่ว่าประเด็นนั้นได้รับหรือไม่ได้รับการพิจารณาและมีผลบังคับหรือไม่”¹²⁸

ตามพื้นฐานของข้อกำหนดกฎเกณฑ์เหล่านี้ ทั้งเม็กซิโกและสหรัฐอเมริกามีความคิดที่แตกต่างกันอย่างน้อยสองประเด็นที่สามารถพิจารณาภายใต้บทบัญญัติมาตรา 60 ข้อแรก เม็กซิโก

¹²⁷ Ibid., p. 17, paras. 43-46

¹²⁸ (Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów), Judgment No. 11, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 13, pp. 11-12)”. (Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 218.)

กล่าวว่าสหรัฐอเมริกาพบว่าตนมีเพียงพันธกรณีภายใต้คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ค.ศ. 2004 เท่านั้น ถ้าหากสหรัฐอเมริกามี ความพยายามอย่างเพียงพอที่ทำให้เม็กซิโกมั่นใจว่าการพิจารณาและการทบทวนคำพิพากษาและการ ลงโทษของศาลภายในใหม่จะมีประสิทธิผล แต่ทว่าสหรัฐอเมริกาเชื่อว่าความพยายามเหล่านั้นเป็น สิทธิที่ต้องกระทำก่อนระหว่าง “สิทธิเร่งด่วนอื่นๆ” ของรัฐบาล ข้อสอง เม็กซิโกโต้แย้งว่าพันธกรณีที่ ต้องเกิดผล (obligation of result) ในเรื่องการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ ภายใต้คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน คนอื่นๆ ค.ศ. 2004 ย่อหน้าที่ 153 (9) มีผลโดยตรงและทันที “กับทุกองค์กร รวมถึงองค์กรตุลาการ ของศาลยุติธรรมทั้งของมลรัฐและของรัฐบาลกลาง” อย่างไรก็ตามสหรัฐอเมริกาเชื่อว่าพันธกรณีนี้เป็น เรื่องการบังคับใช้ภายในรัฐตามกฎหมายภายในของรัฐ ซึ่งจริงๆ แล้วประเด็นนี้ก็เหมือนกับข้อพิพาทที่ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเคยชี้ขาดมาแล้วในคดี the Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów) (Judgment No. 11, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 13, pp. 9-15 ศาลตัดสินว่าข้อพิพาทในเรื่องการตีความที่เป็นเรื่องที่รัฐมีความเห็นแตกต่างกันเกี่ยวกับบทบาทของ กฎหมายไปแลนดีในการบังคับใช้คำพิพากษาของศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศหมายเลข 7 และ 8 ภายในรัฐ).

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 คดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009) นี้กล่าวในย่อหน้า 43 ว่า

“คู่ความมีความเข้าใจที่ต่างกันในเรื่องข้อพิพาทอีกทั้งยังมีข้อโต้แย้งที่แตกต่างว่าคำพิพากษา ของศาลยุติธรรมในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ค.ศ. 2004 ย่อหน้าที่ 153 (9) มีผลโดยตรงตามพันธกรณี”¹²⁹

ตามความเห็นของผู้พิพากษา Koroma คำพิพากษาย่อนี้ไม่ได้ไขความกระจ่างทั้งหมด ซึ่งต้องกล่าวอย่างชัดเจนว่าคำร้องขอในการตีความไม่อาจรับฟังได้เพราะว่าประเด็นในข้อพิพาทไม่ได้ อยู่ในเรื่องขอบเขตของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกัน คนอื่นๆ ค.ศ. 2004 ย่อหน้าที่ 153 (9) ซึ่งกำหนดให้สหรัฐอเมริกา “มีการพิจารณาและทบทวนคำ พิพากษาและการลงโทษคนชาติเม็กซิกันในศาลภายในของสหรัฐอเมริกาใหม่” ศาลต้องสรุปว่าย่อนี้

¹²⁹ International Court of Justice, Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Merits, Judgment of 19 January 2009, p. 14, para. 43 (...The Parties' different stated perspectives on the existence of a dispute reveal also different contentions as to whether paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment envisages that a direct effect is to be given to the obligation contained therein.)

153 (9) ไม่ได้กล่าวว่า การพิจารณาและการทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ต้องนำไปสู่ผลลัพธ์พิเศษ และย่อหน้า 153 (9) นั้นยังไม่ได้กล่าวโดยตรงว่าพันธกรณีที่ต้องเกิดผลภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล (obligation of result) มีผลบังคับโดยตรงกับองค์กรทุกองค์กร รวมไปถึงองค์กรทางตุลาการทั้งของมลรัฐและของรัฐหรือไม่ หรือเป็นเรื่องการบังคับใช้ภายในรัฐตามกฎหมายภายในของรัฐหรือไม่ เป็นเพราะว่าประเด็นเหล่านี้ยังไม่ชัดเจนในขอบเขตของย่อหน้า 153 (9)

ในทางตรงกันข้าม การนำกฎเกณฑ์ที่กล่าวไว้ข้างต้นมาใช้และความสอดคล้องของหลักการคดีของศาล ศาลอาจพบว่าคำร้องขอให้มีการตีความนั้นรับฟังได้ตามพื้นฐานของข้อพิพาทสองข้อที่ได้ระบุไว้ข้างต้น ในข้อแรก สหรัฐอเมริกามีความพยายามอย่างเพียงพอเพื่อให้เม็กซิโกมั่นใจว่าการพิจารณาและการทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่นั้นต้องเกิดประสิทธิผล ซึ่งตามหลักการคดีของศาลได้กล่าวไว้ว่าเรื่องข้อพิพาทอาจจะเกี่ยวข้องกับเหตุผลของศาลในเรื่องขอบเขตว่าการให้เหตุผลของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นไม่สามารถแบ่งแยกกันได้จากส่วนที่ศาลได้ลงคะแนนเสียงชี้ขาดในคำพิพากษานั้น (operative part)¹³⁰

ในการทำงานเดียวกัน ข้อพิพาทข้อที่สองที่เกี่ยวกับประเด็นการนำมาบังคับใช้ภายในรัฐ ศาลพบว่าประเด็นนี้อยู่ภายในขอบเขตของย่อหน้า 153 (9) เพราะว่าถ้อยคำที่ว่า “โดยวิธีที่ตนเองเลือก” สามารถพิจารณาไปยังเรื่องการนำมาบังคับใช้ภายในรัฐ ดังนั้นศาลอาจจะพบว่า คำร้องขอของเม็กซิโกในเรื่องการตีความนั้นรับฟังได้และให้มีการตีความย่อหน้านั้น พิจารณาประเด็นอย่างแคบๆว่าย่อหน้า 153 (9) ในคำพิพากษาคืออาวินาก่อให้เกิดพันธกรณีโดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐและเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นในสหรัฐอเมริกาเพื่อให้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของสหรัฐอเมริกาหรือไม่ หรือคำพิพากษาในคดีอาวินาก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งต้องมีการนำมาบังคับใช้ภายในสหรัฐอเมริกาตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาหรือไม่

3.3.4 การรับฟ้อง

เมื่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าศาลไม่มีเขตอำนาจรับพิจารณาคำร้องให้มีการตีความคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวินาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ค.ศ. 2004 เนื่องจากคำฟ้องของเม็กซิโกอยู่นอกเขตอำนาจศาลภายใต้มาตรา 60 แห่ง

¹³⁰ International Court of Justice, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 19 January 2009, Declaration of Judge Koroma, p. 2, para. 6. (Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon), Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 35, para. 10). Taking this principle into account, the Court could very well have found the request for interpretation admissible as to this dispute (see Avena, para. 138 (emphasizing that review and reconsideration must be “effective”)).

ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ดังนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงไม่รับพิจารณาคำฟ้องของเม็กซิโกตามที่เม็กซิโกร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาได้

ตารางที่ 14 สรุปความแตกต่างของข้อเท็จจริงในคดีอาวีนา 2 ฉบับ

<p>คดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ คำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004</p>	<p>คดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ คำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 (19 มกราคม ค.ศ. 2009)</p>
<p>1. รัฐบาลของเม็กซิโกได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยกล่าวหาสหรัฐอเมริกาว่าละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล เนื่องจากเจ้าหน้าที่สหรัฐอเมริกาไม่แจ้งสิทธิแก่ผู้ต้องหาชาวเม็กซิกันที่อยู่ในแดนประหารทั้ง 52 คน อันเกี่ยวกับสิทธิของพวกเขาภายใต้มาตรา 36 (1)(b) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยไม่ชักช้าก่อนที่พวกเขาจะถูกคุมขัง พิจารณาและพิพากษาลงโทษให้ถูกตัดสิทธิประหารชีวิต และผลจากการละเมิดนั้นทำให้ผู้ต้องหาชาวเม็กซิกันไม่ได้ใช้สิทธิในการเข้าพบกงสุลของตนเอง และเจ้าหน้าที่กงสุลของเม็กซิโกก็ไม่ได้ใช้สิทธิในการเข้าพบและจัดหาที่ปรึกษาทางกฎหมายแก่คนชาติเพื่อช่วยเหลือในเรื่องการดำเนินคดีในสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้จากการละเมิดนั้นทำให้เม็กซิโกไม่สามารถใช้สิทธิของตน จึงทำให้สิทธิของเม็กซิโกได้รับความเสียหายและยังก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของคนชาติอีกด้วย</p>	<p>1. เม็กซิโกกล่าวหาสหรัฐอเมริกาว่าละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 อย่างเป็นระบบโดยเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับบุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่ได้รับโทษประหารชีวิตในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ตัดสินไปแล้วว่าสหรัฐอเมริกาละเมิดสิทธิภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 ต่อคนสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 51 คนโดยไม่ได้แจ้งสิทธิทางกงสุลโดยไม่ชักช้า</p> <p>2. เม็กซิโกกล่าวหาว่าสหรัฐอเมริกาละเมิดคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ คำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 โดยเฉพาะอย่างยิ่งพันธกรณีในการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ ซึ่งเป็นพันธกรณีที่ต้องเกิดผล แต่สหรัฐอเมริกาก็ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีแต่อย่างใด</p>

ตารางที่ 15 สรุปเรื่องมาตรการชั่วคราวในคดีอาวีนาทั้ง 2 ฉบับ

คดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ คำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004		คดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ คำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 (19 มกราคม ค.ศ. 2009)	
คำร้องของเม็กซิโก	ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ	คำร้องของเม็กซิโก	ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
เม็กซิโกได้ยื่นคำฟ้องเริ่มต้นคดีต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยยังได้ยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลมีคำสั่งขาดในเรื่องมาตรการชั่วคราวตามคำฟ้องของเม็กซิโกที่ได้บรรยายมานั้น คนสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 3 คน ได้แก่ นายเซซาร์ โรแบร์โต ฟิเอร์โร เรย์นา (César Roberto Fierro Reyna) นายโรแบร์โต โมเรโน รามอส (Roberto Moreno Ramos) และนายออสวาโด ตอร์เรส อากีเลรา (Osvaldo Torres Aguilera) เสี่ยงที่จะถูกประหารชีวิตในเดือนที่จะถึงนี้ หรืออีกภายในไม่กี่อาทิตย์ และการประหารชีวิตนั้นอาจจะเกิดความเสียหายต่อสิทธิใดๆ ที่อาจจะเป็นผลจากคำตัดสินของศาลสหรัฐอเมริกาต่อเม็กซิโกโดยไม่อาจแก้ไขได้ ดังนั้นศาลจึงมีคำสั่งว่า ตามสถานการณ์ที่ร้องขอจึงให้มีมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิเหล่านั้น ตามมาตรา 41 แห่งธรรมนูญศาล	เม็กซิโกกล่าวว่า เนื่องจากศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้ปฏิเสธการพิจารณาคดีของนาย José Ernesto Medellín Rojas ซึ่งเป็นหนึ่งในบุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่มีรายชื่อตามคำพิพากษาในคดีอาวีนาเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 โดยศาลสูงสุดกล่าวว่า คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นไม่มีผลบังคับโดยตรงต่อศาลภายในของสหรัฐอเมริกา แม้ว่าศาลสูงสุดจะยอมรับว่า สหรัฐอเมริกามีพันธกรณีในการปฏิบัติตามคำพิพากษาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม ยิ่งไปกว่านั้นยังกล่าวว่า คำแถลงการณ์ของประธานาธิบดีฝ่ายเดียวว่าจะปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นไม่อาจมี	ศาลตัดสินว่า สหรัฐอเมริกาต้องกระทำทุกมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มั่นใจว่านาย José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, และ Roberto Moreno Ramos จะไม่ถูกประหารชีวิตในระหว่างกระบวนการที่เม็กซิโกมีคำร้องขอเมื่อวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008 เว้นแต่และจนกว่าคนสัญชาติเม็กซิกันที่กล่าวมาได้รับการพิจารณาและทบทวนตามย่อหน้าที่ 138 ถึง 141 ของคำตัดสินคดีอาวีนาและสหรัฐอเมริกาต้องแจ้งต่อศาลว่าได้ดำเนินการตามคำสั่งศาลในเรื่องมาตรการคุ้มครอง	

<p>แอโร เรย์นา (César Roberto Fierro Reyna) ในวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2003¹³¹ ดังนั้น บุคคลทั้งสามนี้จึงมีความเสี่ยงที่จะถูกประหารชีวิตก่อนที่ศาลจะมีคำพิพากษาตามเนื้อความในคดี จึงเข้าเงื่อนไขความเร่งด่วนฉุกเฉินที่ศาลจะมีคำสั่งในเรื่องมาตรการชั่วคราวได้¹³² นอกจากนี้ยังมีความเป็นไปได้ที่จะมีภัยคุกคามอันจะเกิดความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ เพราะในคดีนี้มีการกำหนดวันประหารชีวิตขึ้นแล้ว</p>	<p>ยุติธรรมระหว่างประเทศ</p>	<p>ผลได้ และนาย José Ernesto Medellín Rojas กำลังจะถูกประหารในวันที่ 5 สิงหาคม ค.ศ. 2008 โดยมลรัฐเท็กซัสไม่ใส่ใจต่อคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เพราะไม่ได้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่เลย ซึ่ง นาย Medellín อาจจะได้รับ ความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ นอกจากนี้ยังมีบุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่มีรายชื่อตามคำฟ้องอีก 4 คน ที่มลรัฐเท็กซัสได้กำหนดวันประหารไว้แล้วเช่นกันโดยที่พวกเขาเหล่านั้นไม่ได้รับการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่เลย</p>	<p>ชั่วคราว</p>
--	------------------------------	--	-----------------

¹³¹ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Request for the Indication of Provisional Measure, Order of 5 February 2003, p. 81, para. 11.

¹³² *Ibid.*, p. 84, para. 28

ตารางที่ 16 สรุปเรื่องเขตอำนาจศาลของคดีอาวินาทั้ง 2 ฉบับ

คดีเกี่ยวกับอาวินาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ คำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004	คดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับอาวินาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ คำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 (19 มกราคม ค.ศ. 2009)
ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเห็นว่าในคดีอาวินามีบทบัญญัติอยู่สองข้อในเรื่องเขตอำนาจศาลภายใต้พิธีสารว่า สหรัฐอเมริกาเป็นรัฐภาคีของพิธีสาร และข้อพิพาทเกิดขึ้นมาจากการตีความและการปรับใช้ออนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963	ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า ทั้งเม็กซิโกและสหรัฐอเมริกาต่างก็มีความเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องความหมายและขอบเขตของพันธกรณีที่ต้องการผล แต่ว่าตามมาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาลระหว่างประเทศแล้ว ศาลไม่อาจตีความคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับอาวินาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ คำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ได้ รวมทั้งการตีความพันธกรณีในการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ด้วย

ตารางที่ 17 สรุปเรื่องการรับรองของคดีอาวินาทั้ง 2 ฉบับ

คดีเกี่ยวกับอาวินาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ คำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004	คดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับอาวินาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ คำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 (19 มกราคม ค.ศ. 2009)
ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศรับฟังคำฟ้องของเม็กซิโก เนื่องจากเป็นประเด็นเกี่ยวกับการตีความและการใช้ออนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ซึ่งประเด็นตามคำฟ้องของเม็กซิโก ต้องไปพิจารณากันในเนื้อความในคดี	ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่รับรองคดีร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาคดีอาวินา ค.ศ. 2004 ของเม็กซิโก เนื่องจากคำฟ้องไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจของศาลตามมาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

3.4 เงื่อนไขของการกระทำผิดของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศในบริบทของคดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009)

ในคดีคำร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตีความคำพิพากษาคืออาวีนาฉบับ ค.ศ. 2004 นี้ แม้ศาลจะตัดสินว่าคำฟ้องของเม็กซิโกไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจการตีความคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาล เนื่องจากเม็กซิโกไม่ได้แสดงให้เห็นว่ามีข้อพิพาทอยู่ระหว่างคู่ความในเรื่องความหมายและขอบเขตตามมาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่ศาลก็สามารถพิจารณาคำร้องเพิ่มเติมของเม็กซิโกได้ โดยมีประเด็นที่ศาลได้พิจารณา ดังต่อไปนี้

3.4.1 การกระทำผิดของรัฐโดยการละเมิดพันธกรณีภายใต้คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ศาลพิจารณากฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาคความทั่วไปนั้นยังเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติตามพันธกรณีที่มีผลบังคับต่อสหรัฐอเมริกาให้บรรลุผล และกฎเกณฑ์นี้ไม่สามารถผ่อนคลายให้กระทำตามพันธกรณีได้ เพราะกฎเกณฑ์นี้ทำให้บุคคลสัญชาติเม็กซิกันที่มีรายชื่อในคำพิพากษาในคดีอาวีนา นั้นไม่สามารถยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้ และวิธีการต่างๆที่ได้เปิดโอกาสให้สหรัฐอเมริกาได้เลือกเองเพื่อดำเนินการตามพันธกรณีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้บรรลุผลนั้น ก็ไม่ได้ประสบความสำเร็จภายในช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมเลย ซึ่งสหรัฐอเมริกาต้องกลับมาใช้ทางเลือกและเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพเพื่อให้ไปถึงเป้าหมายตามพันธกรณีนั้น¹³³

3.4.1.1 พันธกรณีภายใต้คำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

นาย Medellín ถูกตัดสินประหารชีวิตในมลรัฐเท็กซัสเมื่อวันที่ 5 กันยายน ค.ศ. 2008 หลังจากที่ล้มเหลวในการยื่นคำฟ้องต่อศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเพื่อขอให้ศาลออกหมายสั่งให้ส่งตัวผู้ถูกคุมขังมาศาลและคำฟ้องงดการบังคับคดีและหลังจากที่ได้รับการปฏิเสธให้งดการบังคับคดีโดยผ่านกระบวนการผ่อนผันลดหย่อนโทษ นาย Medellín ถูกประหารชีวิตโดยไม่มี การพิจารณาและทบทวนตามคำพิพากษาคืออาวีนาซึ่งกล่าวไว้ในย่อหน้า 138 ถึง 141 และเป็นการกระทำที่ขัดแย้งกับสิ่งที่ศาลได้มีคำสั่งมาตรการชั่วคราวไว้เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008

¹³³I.C.J. Reports 2009, p. 15, para. 47 (...the Court observes that considerations of domestic law which have so far hindered the implementation of the obligation incumbent upon the United States, cannot relieve it of its obligation. A choice of means was allowed to the United States in the implementation of its obligation and, failing success within a reasonable period of time through the means chosen, it must rapidly turn to alternative and effective means of attaining that result.)

ดังนั้นศาลจึงตัดสินว่า สหรัฐอเมริกาไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่ตามพันธกรณีภายใต้คำสั่งของศาลเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ในกรณีของนาย Medellín¹³⁴

ศาลได้เพิ่มข้อสังเกตว่า คำสั่งมาตรการชั่วคราวไว้เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ได้กำหนดเงื่อนไขว่ารายชื่อบุคคลทั้ง 5 คนนั้นต้องไม่ถูกประหารชีวิตจนกว่าจะได้รับการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่หรือจนกว่าศาลจะได้ตัดสินตามคำร้องขอของเม็กซิโกที่ให้มีการตีความ ศาลได้ระลึกถึงพันธกรณีที่อยู่เหนือสหรัฐอเมริกาที่ไม่ประหารชีวิต นาย César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, และ Roberto Moreno Ramos ในระหว่างการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาซึ่งต้องไม่ทำให้พวกเขาเหล่านั้นเสื่อมเสียสิทธิตามย่อหน้าย่อยที่ (4), (5), (6), (7) และ (9) ของย่อหน้าที่ 153 ของคำตัดสินคดีอาวีนาโดยตัวของมันเอง ศาลได้ตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า บุคคลอื่น ๆ ที่มีรายชื่อในคำตัดสินคดีอาวีนาจะต้องมีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาอย่างเฉพาะเจาะจง

สุดท้ายศาลระลึกถึงว่า เพราะสหรัฐอเมริกามีการยอมรับโดยตัวของสหรัฐอเมริกาเอง จนกว่าคนสัญชาติเม็กซิกันทุกคนที่อ้างอิงในย่อหน้าย่อยที่ (4), (5), (6), (7) และ (9) ของย่อหน้าที่ 153 ของคำตัดสินคดีอาวีนาที่มีการพิพากษาและตัดสินลงโทษให้มีการพิจารณาและทบทวนใหม่ โดยคำนึงถึงมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และตามย่อหน้าที่ 138 ถึง 141 ของคำตัดสินคดีอาวีนา ซึ่งสหรัฐอเมริกาไม่ได้กระทำการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามคำพิพากษาเลย¹³⁵

¹³⁴ I.C.J. Reports 2009, p. 16, para. 53 (The Court thus finds that the United States did not discharge its obligation under the Court's Order of 16 July 2008, in the case of Mr. José Ernesto Medellín Rojas.)

¹³⁵ International Court of Justice, Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Merits, Judgment of 19 January 2009, p. 17, para. 55 (The Court finally recalls that, as the United States has itself acknowledged, until all of the Mexican nationals referred to in subparagraphs (4), (5), (6) and (7) of paragraph 153 of the *Avena* Judgment have had their convictions and sentences reviewed and reconsidered, by taking account of Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations and paragraphs 138 to 141 of the *Avena* Judgment, the United States has not complied with the obligation incumbent upon it.)

ตารางที่ 18 สรุปเรื่องพันธกรณีภายใต้คำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

เม็กซิโก	สหรัฐอเมริกา	ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
สหรัฐอเมริกาละเมิดคำสั่งมาตรการชั่วคราวของวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 จากการประหารชีวิตนาย <i>Medellin</i>	ศาลไม่มีอำนาจพิจารณาคำร้องเพิ่มเติมของเม็กซิโก เพราะอยู่นอกเขตอำนาจของศาลตามมาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ	ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า การที่นาย <i>Medellin</i> ถูกประหารชีวิตโดยไม่ได้รับการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ตามย่อหน้าที่ 138-141 ของคำพิพากษาคีอาวีนาฉบับ ค.ศ. 2004 ซึ่งขัดแย้งกับคำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลตั้งนั้นสหรัฐอเมริกาไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้คำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลเมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ในคดีของนาย José Ernesto <i>Medellin Rojas</i>

3.4.1.2 พันธกรณีภายใต้ย่อหน้า 153(9) ของคำพิพากษาศาลยุติธรรมในคดีเกี่ยวกับอาวีนา (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) ในเรื่องการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่

ในการประหารชีวิตนาย *Medellin* โดยปราศจากการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่ ศาลกล่าวว่าเพียงในเรื่องเขตอำนาจศาลเท่านั้นขึ้นอยู่กับข้ออ้างนี้ในกระบวนการพิจารณาปัจจุบันภายใต้มาตรา 60 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และมาตรานี้ไม่อนุญาตให้ศาลพิจารณาการละเมิดที่อาจเป็นไปได้ของคำตัดสิน จากคำร้องขอให้มีการตีความนี้¹³⁶

ศาลตัดสินว่าข้อเรียกร้องเพิ่มเติมที่เรียกร้องโดยเม็กซิโกเกี่ยวกับข้ออ้างการละเมิดคำตัดสินคีอาวีนาจำเป็นต้องถูกยกฟ้องไป เพราะศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาในประเด็นนี้เพิ่มเติมอีก ในเมื่อคำพิพากษาในคดีอาวีนาที่มีผลผูกพันสหรัฐอเมริกาให้ปฏิบัติตามพันธกรณีอยู่แล้ว¹³⁷

¹³⁶ Ibid., p. 17, para. 56 (...the Court notes that the only basis of jurisdiction relied upon for this claim in the present proceedings is Article 60 of the Statute, and that that Article does not allow it to consider possible violations of the Judgment which it is called upon to interpret.)

¹³⁷ Ibid., p. 17, para. 57 (...the Court finds that the additional claim by Mexico concerning alleged violations of the *Avena* Judgment must be dismissed.)

ตารางที่ 19 สรุปเรื่องพันธกรณีภายใต้ย่อหน้า 153(9) ของคำพิพากษาศาลยุติธรรมในคดีเกี่ยวกับอาวีนา (31 มีนาคม ค.ศ. 2004) ในเรื่องการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่

เม็กซิโก	สหรัฐอเมริกา	ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ
เม็กซิโกกล่าวว่าสหรัฐอเมริกาละเมิดคำพิพากษาคืออาวีนาฉบับ ค.ศ. 2004 เนื่องจากประหารชีวิตนาย José Ernesto Medellín Rojas โดยที่ไม่มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ตามคำพิพากษา		ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวว่า คำฟ้องของเม็กซิโกอาศัยอำนาจตามมาตรา 60 ซึ่งมาตรานี้ไม่อนุญาตให้ศาลพิจารณการละเมิดคำพิพากษาที่อาจจะเป็นไปได้โดยอาศัยเพียงอำนาจการตีความเท่านั้น

3.4.2 ผลบังคับของคำพิพากษา

เมื่อพิจารณาจากคำสั่งเรื่องมาตรการชั่วคราวในวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 คู่ความทั้งสองฝ่ายยอมรับว่า พันธกรณีในการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ภายใต้ย่อหน้าที่ 153(9) ของคำพิพากษาในคดีอาวีนา ฉบับ ค.ศ. 2004 นั้น เป็นพันธกรณีที่ต้องเกิดผลตามคำพิพากษาภายในช่วงเวลาที่เหมาะสมผล (Obligation of Result) ซึ่งเป็นพันธกรณีที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องการให้สหรัฐอเมริกาปฏิบัติตามโดยมุ่งไปสู่ผล ดังนั้นสหรัฐอเมริกาจะต้องเคารพและปฏิบัติตามพันธกรณีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยศาลภายในของรัฐต้องพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่แก่คนสัญชาติเม็กซิกันให้เกิดผลขึ้นจริงตามคำพิพากษาแล้ว ยังต้องคำนึงถึงองค์ประกอบเรื่องระยะเวลาที่เหมาะสมผลด้วย

ในส่วนของคดีคำร้องให้มีการตีความคำพิพากษาคืออาวีนาฉบับ ค.ศ. 2004 นี้แม้ศาลจะเพียงยืนยันผลของคำพิพากษาว่ามีผลผูกพันสหรัฐอเมริกาอยู่และผูกพันไปตลอด แต่ศาลก็ได้เน้นย้ำว่าพันธกรณีในการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่นั้นต้องเกิดผลขึ้นตามคำพิพากษาและเกิดภายในช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมผล ดังนั้นศาลในคดีคำร้องขอให้มีการตีความนี้จึงไม่จำเป็นต้องมีการตีความคำพิพากษาคืออาวีนาฉบับ ค.ศ. 2004 เพิ่มเติมอีก เพราะคำพิพากษาคืออาวีนาฉบับ ค.ศ. 2004 นั้นชัดเจนและมีผลบังคับเหนือคู่ความทั้งสองฝ่ายอยู่แล้ว

ตารางที่ 20 สรุปคดีร้องขอให้มีการตีความคำตัดสินในวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับ
อาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009)

ประเด็น	คำตัดสินของศาล
1. การตีความคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวีนาเมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในเรื่องการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 11 ต่อ 1 เสียง พบว่าศาลไม่อาจตัดสินให้มีการตีความได้
2. คำสั่งมาตรการชั่วคราวในวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008	ศาลมีมติเป็นเอกฉันท์ ว่าสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีภายใต้คำสั่งมาตรการชั่วคราวในวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ในกรณีของนาย Medellin
3. ผลบังคับของคำตัดสินคดีอาวีนาวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในเรื่องการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนน 11 ต่อ 1 เสียง ยืนยันว่า สหรัฐอเมริกามีพันธกรณีในการทบทวนพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่ตามกระบวนการพิจารณาของสหรัฐอเมริกา
4. การรับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำอีก	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนนเสียง 11 ต่อ 1 เสียง ปฏิเสธคำร้องขอของเม็กซิโกที่ขอให้ศาลมีคำสั่งให้สหรัฐอเมริการับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำอีก
5. คำฟ้องเพิ่มเติมของเม็กซิโก	ศาลลงคะแนนด้วยคะแนนเสียง 11 ต่อ 1 เสียง ปฏิเสธคำฟ้องเพิ่มเติมทั้งหมดของเม็กซิโก

จากที่ได้ศึกษาคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ค.ศ. 2004 แล้ว จะเห็นได้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินให้สหรัฐอเมริกามีพันธกรณีต้องเยียวยาความเสียหายต่อคนสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 51 คนตามที่มีรายชื่อในคำพิพากษา โดยศาลภายในของสหรัฐอเมริกาต้องพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ตามย่อหน้า 153(9) ตามคำพิพากษาคดีอาวีนา ค.ศ. 2004 ซึ่งเป็นพันธกรณีที่ต้องเกิดผลตามคำพิพากษาและต้องเกิดภายในช่วงเวลาที่เหมาะสมผล (obligation of result) แต่เมื่อสหรัฐอเมริกาไม่ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีแล้ว เม็กซิโกจึงได้ยื่นคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาคดีอาวีนา ค.ศ. 2004 ใหม่อีกครั้ง แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ปฏิเสธที่จะตีความคำพิพากษาโดยเห็นว่าคำพิพากษานี้มีผลบังคับสหรัฐอเมริกายุ่แล้ว ดังนั้นในบทต่อไปจะได้ศึกษาถึงบทเรียนของคำพิพากษาในคดีเกี่ยวกับอาวีนา ทั้ง 2 ฉบับที่ส่งผลต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อที่จะได้เห็นมูลค่าเพิ่มจากคดีอย่างชัดเจนขึ้น

บทที่ 4

บทเรียนของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติ
เม็กซิกันคนอื่นๆ และคดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของ
วันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ในวันที่ 19
มกราคม ค.ศ. 2009 ต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

จากการที่ได้พิจารณาองค์ประกอบของความรับผิดชอบระหว่างประเทศในคำพิพากษาคดีอา
วีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ไปแล้วนั้น ในบทนี้จะได้พิจารณาถึงบทเรียนของคำพิพากษา
ของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับคดีอาวีนาทั้งสองฉบับ โดยศึกษาช่วงหลังจากที่ศาล
ยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำพิพากษาและบทเรียนของคำพิพากษาในคดีอาวีนาซึ่งเกิดขึ้นหลังจาก
คดีเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ในแต่ละประเด็นดังต่อไปนี้

4.1 บทเรียนของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติ เม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004)

4.1.1 คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในประเด็นการละเมิดมาตรา 36 แห่ง อนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.1963 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคน ชาติของรัฐผู้ส่ง

จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติ
เม็กซิกันคนอื่นๆ ศาลได้อธิบายรายละเอียดของการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่า
ด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในเรื่องการติดต่อและสื่อสารของเจ้าหน้าที่กงสุลกับคนชาติ
ของรัฐผู้ส่ง โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวว่บทบัญญัติในมาตรา 36 มีความเชื่อมโยงซึ่ง
กันและกัน เพราะการละเมิดสิทธิหรือหน้าที่ในการบอกกล่าวต่อคนชาติของรัฐผู้ส่งหรือต่อเจ้าหน้าที่
กงสุลของรัฐผู้ส่งโดยไม่ชักช้านั้น ล้วนส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่กงสุลด้วยกัน
ทั้งนั้น และการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลยังนำไปสู่การละเมิดสิทธิของรัฐ เพราะรัฐเองก็ได้รับความ
เสียหายในสิทธิที่รัฐเองมีหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองคนชาติของตนเมื่ออยู่ในดินแดนของรัฐผู้ส่งด้วย
ฉะนั้นหากรัฐผู้รับไม่เข้าใจความซับซ้อนของมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์
ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในเรื่องการติดต่อและสื่อสารกับคนชาติของรัฐผู้ส่งแล้ว ก็คงไม่สามารถเข้าใจ
พันธกรณีที่ตนต้องปฏิบัติทั้งต่อคนชาติและเจ้าหน้าที่กงสุลของรัฐผู้ส่งได้ ดังนั้นจึงต้องเข้าใจ
องค์ประกอบในแต่ละวรรคของมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล
ค.ศ. 1963 ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ประกอบไปด้วยอนุมาตรา 2 มาตรา และในอนุมาตรา 1 ยังแบ่งแยกออกเป็น 3 ข้อด้วยกัน ซึ่งผู้เขียนจะขออธิบาย มาตรา 36 (1)(b) ก่อนเพราะเป็นมาตราที่สำคัญที่หากละเมิดสิทธิข้อใดข้อหนึ่งในมาตรานี้ อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ส่วนอื่นๆ ได้ โดยมาตรา 36 (1)(b) ประกอบไปด้วยสิทธิและหน้าที่ใน 3 ส่วนด้วยกันคือ

1. ถ้าคนชาติของรัฐผู้ส่งร้องขอ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐผู้รับจะต้องแจ้งให้สถานทำการทางกงสุลของรัฐผู้ส่งทราบโดยไม่ชักช้า ถ้าคนชาติของรัฐนั้นถูกจับกุมหรือถูกขังไว้ในเรือนจำ หรือถูกควบคุมตัวระหว่างการดำเนินคดี หรือถูกกักขังในลักษณะอื่นใดภายในเขตกงสุล
2. การสื่อสารใดที่มีถึงสถานทำการทางกงสุลโดยบุคคลที่ถูกจับกุมที่อยู่ในเรือนจำ ที่ถูกควบคุม หรือที่ถูกกักขังนั้น เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องส่งต่อไปโดยไม่ชักช้าด้วย
3. เจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะต้องแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทราบโดยไม่ชักช้าถึงสิทธิของบุคคลผู้นั้นตามอนุวรรคนี้

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบไปแล้วจะเห็นสิทธิของคนชาติและเจ้าหน้าที่สถานกงสุลของรัฐผู้ส่ง และหน้าที่ของรัฐผู้รับอย่างชัดเจน แต่หากแยกในแง่หน้าที่ของรัฐผู้รับแล้ว รัฐผู้รับมีหน้าที่ที่ต้องกระทำอยู่ 2 ส่วนคือ หน้าที่ต่อคนชาติของรัฐผู้ส่ง โดยการแจ้งสิทธิในการติดต่อกับเจ้าหน้าที่กงสุลของรัฐผู้ส่ง และต่อมาเมื่อคนชาติของรัฐผู้ส่งร้องขอ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ส่งต้องบอกกล่าวแก่สถานทำการทางกงสุลของรัฐผู้ส่งเพื่อให้ทราบว่าคนชาติของรัฐผู้ส่งถูกจับกุม หรือถูกคุมขังไว้ในดินแดนของรัฐผู้รับ ดังนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับต้องตระหนักว่าตนมีหน้าที่ในการบอกกล่าวแก่ทั้งคนชาติและเจ้าหน้าที่กงสุลของรัฐผู้ส่งซึ่งต้องบอกกล่าวโดยไม่ชักช้าทั้ง 2 กรณี

คำว่า “โดยไม่ชักช้า” ศาลก็ได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ไปแล้วว่า ไม่จำเป็นต้องบอกกล่าวสิทธิในการติดต่อกับกงสุลในทันทีหลังจากที่เจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาจับกุมหรือคุมขังคนสัญชาติเม็กซิกัน เพียงแต่ทราบเท่าที่รับรู้ได้ว่าบุคคลนั้นเป็นคนต่างชาติ หรือเมื่อมีพื้นฐานที่สามารถคิดได้ว่า มีความเป็นไปได้ว่าบุคคลนั้นเป็นคนต่างชาติ ซึ่งหากพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่เม็กซิโกนำมาฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแล้วจะเห็นได้มากกว่าที่เจ้าหน้าที่สหรัฐอเมริกาจะบอกกล่าวสิทธิในการติดต่อกับกงสุลเม็กซิโกได้นั้นเวลาก็ผ่านไปเป็นเวลานานมาก บางรายอาจจะ 11 เดือน แต่บางรายอาจจะ 11 ปี หรือบางคดีเจ้าหน้าที่กงสุลของเม็กซิโกก็รับรู้เองว่าคนชาติของตนถูกจับกุมในสหรัฐอเมริกา ซึ่งอาจจะทำให้คดีของคนสัญชาติเม็กซิกันบางคดีเจ้าหน้าที่กงสุลของเม็กซิโกไม่สามารถเข้าช่วยเหลือได้ทันเวลา เพราะตามที่กล่าวไว้ในข้างต้นแล้วว่าสิทธิและหน้าที่ต่างๆภายใต้มาตรา 36 มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน หากละเมิดเพียงสิทธิใดสิทธิหนึ่งอาจจะกระทบถึงสิทธิอื่นๆได้ และเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ระบบในการคุ้มครองทางกงสุลอย่างสมบูรณ์

หน้าที่ในการบอกกล่าวสิทธิในการติดต่อกับกงสุลนี้ อนุสัญญาไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่าเป็นเจ้าหน้าที่ใด แต่โดยปกติแล้วสมควรเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจเพราะเป็นบุคคลแรกๆที่มีการจับกุมคนชาติของรัฐผู้ส่ง และทำการสืบสวนสอบสวน ซึ่งต้องมีการซักประวัติผู้กระทำความผิด ซึ่งอย่างน้อยก็พอจะมีสิ่งที่สันนิษฐานได้ว่าเป็นคนต่างชาติ เช่น ภาษา สำเนียง หน้าตา เป็นต้น และแม้ว่าก่อนที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะแจ้งข้อหาแก่ผู้ต้องหาได้นั้นต้องมีการแจ้งสิทธิทางอาญาแก่ผู้ต้องหา (Miranda Right) แต่ก็เป็นเพียงการแจ้งสิทธิตามกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา แต่ต้องตระหนักว่าไม่ใช่การแจ้งสิทธิในการติดต่อทางกงสุลกับคนต่างชาติที่ถูกจับกุมในคดีอาญา ดังนั้น หากรับทราบหรือมีเหตุให้คิดได้ว่าบุคคลที่ถูกจับกุมนั้นเป็นคนต่างชาติเจ้าหน้าที่ตำรวจก็ต้องแจ้งสิทธิในการติดต่อกับเจ้าหน้าที่กงสุลด้วย เพื่อเป็นการป้องกันการละเมิดจนทำให้เกิดการเสียสิทธิต่างๆตามมาในภายหลัง

ต่อมาในมาตรา 36 (1)(a) บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานกงสุลจะมีเสรีภาพที่จะสื่อสารและเข้าถึงคนชาติของรัฐผู้ส่ง คนชาติของรัฐผู้ส่งจะมีเสรีภาพเช่นเดียวกันในส่วนที่เกี่ยวกับการสื่อสารและการเข้าถึงเจ้าพนักงานกงสุลของรัฐผู้ส่ง” ซึ่งอนุमतรานี้กล่าวถึงความเป็นอิสระในการติดต่อสื่อสารระหว่างคนชาติของรัฐผู้ส่งที่ยังไม่ถูกจับกุมหรือคุมขังที่อยู่ในดินแดนของรัฐผู้รับกับเจ้าหน้าที่กงสุล¹ ดังนั้นอนุमतรานี้เป็นการเน้นย้ำว่า แม้คนชาติของรัฐผู้ส่งจะไม่ถูกจับกุมหรือคุมขังในดินแดนของรัฐผู้ส่งก็ตาม คนชาติของรัฐผู้ส่งก็มีสิทธิในการติดต่อกับเจ้าหน้าที่กงสุลของรัฐผู้ส่งได้ตลอดเวลา และเจ้าหน้าที่กงสุลเองก็มีสิทธิเช่นเดียวกัน ซึ่งรัฐผู้รับต้องไม่กีดกันการติดต่อสื่อสารระหว่างคนชาติและเจ้าหน้าที่กงสุลของรัฐผู้ส่ง และรัฐผู้รับต้องรับประกันความอิสระในการติดต่อสื่อสารให้เต็มที่

มาตรา 36 (1)(c) บัญญัติว่า “เจ้าพนักงานกงสุลมีสิทธิเข้าเยี่ยมคนชาติของรัฐผู้ส่งซึ่งอยู่ในเรือนจำ ถูกควบคุม หรือถูกกักขัง สนทนาและติดต่อทางหนังสือกับคนชาติดังกล่าว และจัดให้มีผู้แทนทางกฎหมายของบุคคลเช่นว่านี้ เจ้าพนักงานกงสุล มีสิทธิเข้าเยี่ยมคนชาติของรัฐผู้ส่งคนใดซึ่งอยู่ในเรือนจำ ถูกควบคุม หรือ ถูกกักขังในเขตของตนตามคำพิพากษาของศาลด้วย อย่างไรก็ตาม เจ้าพนักงานกงสุลต้องงดเว้นการดำเนินการแทนคนชาติซึ่งอยู่ในเรือนจำ ถูกควบคุม หรือถูกกักขัง ถ้าคนชาติผู้นั้นคัดค้านการกระทำเช่นนั้นโดยชัดแจ้ง” อนุमतรานี้กล่าวเจาะจงว่าเจ้าหน้าที่กงสุลมีสิทธิในการติดต่อกับคนชาติของตนที่ถูกจับกุมหรือถูกคุมขังในรัฐผู้รับเพื่อจัดเตรียมตัวแทนทางกฎหมายและช่วยเหลือในการต่อสู้คดีอาญาในศาลภายในของรัฐผู้รับ

มาตรา 36 (2) เป็นการนำบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศข้างต้นคือ มาตรา 36 (1) มาบังคับใช้ในระดับภายในรัฐ โดยต้องใช้ให้สอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ ภายใต้เงื่อนไขว่ากฎหมายและข้อบังคับดังกล่าวต้องให้ผลอย่างเต็มที่ต่อความมุ่งประสงค์ที่ได้มุ่งประสาทสิทธิไว้ตามข้อนี้ แต่จากข้อเท็จจริงที่ผ่านมา สหรัฐอเมริกาล้วนใช้กฎหมายภายในมาเป็นข้อห้ามไม่ให้จำเลยสัญชาติเม็กซิกันยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทาง

¹ Adrienne M. Tranel, “The Ruling of the International Court of Justice in: Enforcing the Right to Consular Assistance in U.S. Jurisprudence,” *American University International Law Review* 20 (2005): 403.

กงสุล มาตรา 36 หากจำเลยผู้นั้นไม่ได้ยกข้อต่อสู้ชั้นกล่าวในศาลชั้นต้น ซึ่งในทางปฏิบัติ กว่าที่คนสัญชาติเม็กซิกันจะรับทราบว่าตนถูกละเมิดสิทธิในการติดต่อและสื่อสารกับกงสุลเวลาที่ได้ผ่านไปเกินกว่าที่จะยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้ทันในศาลชั้นต้น ซึ่งในบางคดีก็ยกข้อต่อสู้ในศาลชั้นอุทธรณ์ของรัฐบาลกลางจึงทำให้ศาลปฏิเสธที่จะรับพิจารณาข้อต่อสู้การละเมิดเหล่านี้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอ่าววีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ก็จะเห็นได้ว่า ศาลได้วินิจฉัยถึงหลักกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาซึ่งก็คือกฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาความทั่วไป (procedural default rule) ว่าในตัวของหลักกฎหมายนี้เองไม่ได้ละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตรา 36 (2) แต่สหรัฐอเมริกาละเมิดเมื่อมีการนำกฎเกณฑ์นี้เพื่อมาห้ามไม่ให้มีการพิจารณาข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในการติดต่อกับกงสุลมากกว่า

ดังนั้นโดยภาพรวมของมาตรา 36 แล้วต้องการให้มีความมั่นคงในการติดต่อสื่อสารระหว่างคนชาติของรัฐผู้ส่งและเจ้าหน้าที่กงสุล

เมื่อพิจารณาย้อนไปในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี LaGrand ค.ศ. 2001 และในคดีเกี่ยวกับอ่าววีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ค.ศ. 2004 สหรัฐอเมริกายอมรับว่าตนไม่ได้บอกกล่าวสิทธิทางกงสุลต่อสองพี่น้อง LaGrand คือ นาย Karl และ Walter LaGrand และต่อคนสัญชาติเม็กซิกันตามรายชื่อในคำฟ้องของเม็กซิโก ดังนั้นก็เป็นที่ยืนยันว่าสหรัฐอเมริกาละเมิดสิทธิในการบอกกล่าวสิทธิทางกงสุลแก่สองพี่น้อง LaGrand และคนชาติเม็กซิกันเมื่อพวกเขาถูกจับกุมในคดีอาญาและบอกกล่าวเรื่องการจับกุมคนชาติเม็กซิกันแก่เจ้าหน้าที่กงสุลเม็กซิโกโดยไม่ชักช้า แต่ผู้พิพากษา Oda ซึ่งเป็นผู้พิพากษาพิจารณาคำสั่งมาตรการชั่วคราวในคดีเกี่ยวกับอ่าววีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ มีความเห็นที่ไม่มีข้อพิพาทในประเด็นการละเมิดสิทธิภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาระหว่างเม็กซิโกกับสหรัฐอเมริกา แม้ว่าผู้พิพากษา Oda จะเห็นด้วยกับเสียงส่วนใหญ่ก็ตาม โดยให้ความเห็นว่า เพราะสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับว่าละเมิดสิทธิทางกงสุลในการบอกกล่าวสิทธิเหล่านี้แก่คนชาติเม็กซิกันแล้ว จึงไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเรื่องการละเมิดอีก² ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าแม้สหรัฐอเมริกาจะยอมรับว่าละเมิดสิทธิในการติดต่อและสื่อสารกับสองพี่น้อง

² International Court of Judgement, Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States), Order of Provisional Measures, 2004 (I voted in favour of the present Order. However, I believe it appropriate to state my doubts concerning the Court's definition of "disputes arising out of the interpretation or application" of the Vienna Convention on Consular Relations. Those doubts have already been clearly expressed on three occasions in connection with two similar cases decided by the Court (see Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America), Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I. C. J. Reports 1998, p. 248 ; LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999 (1), p. 9); LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 466). The present case, in my view, is *in essence* an attempt by Mexico to save the lives of its nationals who have been sentenced to death by domestic courts in the United States. This case concerns human rights, specifically those of the Mexican nationals on death row, but there is no dispute between Mexico

LaGrand และคนสัญชาติเม็กซิกันจริง แต่ก็ไม่ใช่ว่าจะไม่มีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับรายละเอียดปลีกย่อยที่เป็นองค์ประกอบของมาตรา 36 อย่างเช่น ระยะเวลาในการบอกกล่าวต้องไม่ชักช้า อีกทั้งเรื่องสัญชาติของบุคคลก็จำเป็นต้องนำมาพิจารณาว่าสหรัฐอเมริกามีการละเมิดสิทธิในการติดต่อกับกงสุลจริงหรือไม่ เพื่อนำไปพิจารณาประกอบความเสียหายของรัฐผู้ส่งและเป็นประเด็นนำไปสู่การเยียวยาต่อไป

4.1.2 คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องความเสียหายจากการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง

เมื่อได้พิจารณาถึงองค์ประกอบในเรื่องการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ไปแล้ว และได้เห็นภาพที่ชัดเจนไปแล้วว่าเมื่อองค์ประกอบในการติดต่อและสื่อสารกับคนชาติของรัฐผู้ส่งกับเจ้าหน้าที่กงสุลนั้นเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน ดังนั้นหากเกิดการกระทบสิทธิของคนชาติของรัฐผู้ส่งโดยการไม่บอกกล่าวสิทธิว่าเรามีสิทธิในการติดต่อกับเจ้าหน้าที่กงสุลเพื่อติดต่อขอความช่วยเหลือในด้านต่างๆ ดังนั้นเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับไม่บอกกล่าวสิทธิในการติดต่อกับกงสุลแล้ว คนชาติของรัฐผู้ส่งคงจะไม่ทราบว่ามีสิทธิอย่างไรบ้าง และเมื่อไม่ทราบถึงสิทธิตรงนี้แล้ว จึงทำให้ไม่สามารถติดต่อกับเจ้าหน้าที่กงสุลของตนเพื่อขอความ

and the United States concerning the interpretation or application of the Vienna Convention. The United States has acknowledged its failure to provide consular notification - in violation of the Vienna Convention - and in fact the Mexican nationals did not receive timely consular protection. I believe that Mexico has seized upon the Convention and the admitted violation of it as a means, and the only one potentially available, to subject the United States to the compulsory jurisdiction of the Court. Since there is currently no provision of international law conferring compulsory jurisdiction on the International Court of Justice, Mexico sought a mechanism by which it could hope to bring a case unilaterally before the Court and it relied to that end on the Convention's Optional Protocol, pursuant to which both Mexico and the United States have accepted the Court's compulsory jurisdiction in disputes involving the interpretation or application of the Convention. Mexico contends that its nationals were sentenced to death without having received consular assistance. In most cases, however, they *ii* were given consular assistance in the judicial processes (including the clemency procedure) that followed their initial sentencing. This case cannot be about domestic legal procedure in the United States because that lies within the sovereign discretion of that country. It does not concern a dispute over the interpretation or application of the Vienna Convention) because the United States admits its violation. While there may be a question of the appropriate *remedy* for the violation, that is a matter of general international law, *not* of the interpretation or application of the Convention. What this case is about is abhorrence - by Mexico and others - of capital punishment. If the International Court of Justice interferes in a State's criminal law system (encompassing trial and appellate proceedings and clemency procedures), it fails to respect the sovereignty of the state and places itself on a par with the supreme court of the State. The Vienna Convention in no way justifies the Court's assumption of that role. As I have previously stated : "The Court cannot act as a court of criminal appeal and cannot be petitioned for writs of *laubeus corpus*. The Court does not have jurisdiction to decide matters relating to capital punishment and its execution, and should not intervene in such matters." (*LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C.J. Reports 1999 (I) , p. 18, declaration of Judge Oda.*)

ช่วยเหลือ ทั้งในด้านการติดต่อ ตอบโต้เมื่อคนชาติของรัฐผู้ส่งอยู่ในเรือนจำ หรือการตั้งตัวแทนทางกฎหมายมาต่อสู้คดี เพราะโดยปกติแล้ว คนชาติของรัฐผู้ส่งไม่อาจรู้ถึงระบบกฎหมาย ระบบศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสหรัฐอเมริกาที่ใช้ระบบศาลคู่ ที่เมื่อศาลชั้นต้นตัดสินคดีไปแล้ว คดีที่ตัดสินไปแล้วนั้นก็จะเข้าสู่ระบบของศาลอุทธรณ์โดยอัตโนมัติ รวมทั้งภาษาที่สหรัฐอเมริกาใช้เป็นภาษาทางการคือภาษาอังกฤษ แต่คนสัญชาติเม็กซิกันส่วนใหญ่ใช้ภาษาสเปน จึงทำให้ไม่เข้าใจภาษาอังกฤษได้

ความเสียหายจากการละเมิดสิทธิในการติดต่อและสื่อสารกับคนชาติของรัฐผู้ส่งภายใต้มาตรา 36 นี้เป็นระบบความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงกันเป็นลูกโซ่ เพราะการที่ไม่แจ้งสิทธิในการติดต่อกับกงสุลกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง ไม่ใช่เพียงแค่นคนชาติของรัฐผู้ส่งเท่านั้นที่เสียหายหรือไม่ได้รับประโยชน์ภายใต้อนุสัญญานี้ แต่ยังส่งผลให้เจ้าหน้าที่กงสุลไม่อาจเข้าช่วยเหลือคนชาติของตนได้อย่างทันท่วงที และจากหลายๆคดีตามคำฟ้องของเม็กซิโก คนสัญชาติเม็กซิกันนอกจากจะไม่ได้ทราบถึงสิทธิในการติดต่อกับกงสุลภายในระยะเวลาที่สมควรแล้ว ระบบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกายังเป็นอุปสรรคในการยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 อีกด้วย

4.1.3 คำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในประเด็นการเยียวยาความเสียหายจากการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าด้วยเรื่องการสื่อสารและการติดต่อกับคนชาติของรัฐผู้ส่ง

เมื่อมีการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล กรอบต่อมาจากการละเมิดซึ่งบทที่ 2 หลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐก็ได้วางหลักไว้แล้วว่า เมื่อมีการละเมิดขึ้นก็ต้องมีการเยียวยาความเสียหายตามมา โดยเยียวยาตามความเสียหายที่ได้รับ ซึ่งในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ วันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ประเด็นที่สำคัญที่สุดในคดีคือการเยียวยา เพราะเป็นประเด็นที่คู่ความทั้ง 2 ฝ่ายคือ เม็กซิโกและสหรัฐอเมริกาต่างก็มีความเห็นที่ขัดแย้งกันในประเด็นนี้ ว่าอะไรคือการเยียวยาที่เหมาะสมจากการละเมิดสิทธิในการติดต่อกับกงสุลของคนชาติของรัฐผู้ส่ง โดยที่เม็กซิโกร้องขอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้มีการเยียวยาตามกฎหมายจากการละเมิดสิทธิของเม็กซิโกเองและสิทธิของคนชาติของตน ซึ่งต้องทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนที่จะเกิดการละเมิดขึ้น แต่ในทางกลับกันสหรัฐอเมริกา ก็ได้โต้แย้งว่าการเยียวยานี้ถูกต้องความผิดๆตั้งแต่คดี LaGrand แล้ว และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ไม่ควรที่จะมาแทรกแซงกับระบบกระบวนการยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา

ดังนั้น เมื่ออนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ไม่ได้กำหนดเรื่องการเยียวยาไว้โดยเฉพาะเมื่อรัฐภาคีในอนุสัญญาได้ละเมิดอนุสัญญาขึ้น จึงเป็นเรื่องของศาลยุติธรรม

ระหว่างประเทศต้องพิจารณาจากองค์ประกอบต่างๆ ตั้งแต่การละเมิดไปจนถึงความเสียหายที่ได้รับว่าการเยียวยาแบบใดเหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น

หากพิจารณาจากคำฟ้องของเม็กซิโกที่ขอให้ศาลเยียวยาโดยทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม คือการฟื้นฟูสถานะที่ควรจะเป็นทั้งหมดก่อนที่จะเกิดการละเมิดขึ้น โดยสหรัฐอเมริกาต้องทำให้คนชาติเม็กซิกันกลับคืนสู่สถานะเดิมก่อนที่พวกเขาจะถูกคุมขัง มีคำพิพากษาและการลงโทษในการละเมิดมาตรา 36 (1) เนื่องจากสหรัฐอเมริกาไม่แจ้งสิทธิทางกงสุลแก่คนชาติเม็กซิกันเมื่อพวกเขาถูกจับกุมในคดีอาญา และถึงแม้ว่าเม็กซิโกจะใช้ความพยายามทางทูต หรือวิธีการอื่นๆ สหรัฐอเมริกาก็ยังเพิกเฉยที่จะระงับไม่ให้เกิดการประหารชีวิต ซึ่งในหลายๆคดี สหรัฐอเมริกาประหารชีวิตก่อนแล้วจึงมาขอโทษในภายหลัง ซึ่งการแสดงความขอโทษเหล่านี้ก็ไม่ใช่วิธีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของสหรัฐอเมริกาตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี LaGrand ได้กล่าวไว้เลย

นอกจากนี้ เม็กซิโกยังร้องขอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศว่าให้สหรัฐอเมริกาหยุดการละเมิดและรับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำอีก เนื่องจากสหรัฐอเมริกาไม่ได้ตระหนักถึงสิทธิในการติดต่อและสื่อสารของเจ้าหน้าที่กงสุลกับคนชาติของเม็กซิโกเลย แต่สหรัฐอเมริกาก็ตอบโต้เม็กซิโกว่าการรับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำซึ่งไม่สามารถรู้ถึงระดับได้ในกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นการกระทำที่ไม่เกี่ยวข้องกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และยิ่งไปกว่านั้นสหรัฐอเมริกาต้องการรักษาอำนาจอธิปไตยที่เกี่ยวข้องกับระบบยุติธรรมทางอาญา การที่จะเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาเพื่อให้มีการเยียวยาความเสียหายให้สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารต้องเห็นพ้องต้องกันทั้งในสภาสูงหรือก็คือวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกา อีกทั้งยังเป็นกระบวนการที่ยืดเยื้อและไม่จำเป็น ดังนั้นถ้าเม็กซิโกต้องการให้มีการเยียวยาเกิดขึ้นแล้ว สหรัฐอเมริกาก็ร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่เช่นเดียวกับคดี LaGrand

ดังนั้น การที่สหรัฐอเมริกาโต้แย้งคำฟ้องของเม็กซิโกต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศขอให้ศาลมีคำสั่งให้มีการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษในศาลภายในของสหรัฐอเมริกาใหม่ในศาลภายในของสหรัฐอเมริกากับคนสัญชาติเม็กซิกัน คงด้วยเหตุผลด้านอำนาจอธิปไตยของรัฐ เพราะไม่ต้องการให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาทำหน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์ทางอาญา เพราะจะกระทบกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอย่างมาก อีกเหตุผลประการหนึ่งการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็เปิดโอกาสให้สหรัฐอเมริกาเลือกใช้วิธีการใดๆ ก็ได้ที่กระทำโดยศาลภายในของสหรัฐอเมริกา จึงเป็นวิธีการที่ไม่ผูกมัดจนเกินไปและมีอิสระพอสมควร แต่ในตอนที่มีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี LaGrand ค.ศ. 2001 คนชาติเยอรมันทั้งสองคนก็ได้ถูกประหาร

ชีวิตไปแล้ว จึงหมดโอกาสในการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ ในศาลภายในของสหรัฐอเมริกายังไม่เห็นผลตามคำพิพากษา แต่ผลของคำพิพากษาของศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศก็มีผลไปยังคนสัญชาติเยอรมันด้วย ดังนั้นหากคนสัญชาติเยอรมันถูกจับกุมหรือคุมขัง ในสหรัฐอเมริกา โดยที่เจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาไม่ได้บอกกล่าวสิทธิในการติดต่อและสื่อสารกับ กงสุล ผลของคำพิพากษาก็มีผลต่อคนสัญชาติเยอรมันเช่นเดียวกัน

จากบทเรียนของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี LaGrand ค.ศ. 2001 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ดุลยพินิจต่อสหรัฐอเมริกาในการพิจารณาถึงวิธีการว่าจะมีการ พิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของสหรัฐอเมริกา และเมื่อมาถึง คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 การเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษ ใหม่ในศาลภายในของสหรัฐอเมริกา ยังคงเป็นการเยียวยาที่เหมาะสมเพียงพอสำหรับการละเมิด อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลปี ค.ศ. 1963

ทั้งนี้สหรัฐอเมริกายังได้ใช้กระบวนการบรรเทาโทษ แต่ก็ถูกศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ปฏิเสธเพราะเป็นการเยียวยาที่ไม่เพียงพอกับพันธกรณีในการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและ การลงโทษใหม่จากการละเมิดมาตรา 36 และเม็กซิโกยังได้โต้แย้งว่าตามคำนิยามการบรรเทาโทษเป็น เพียงการกระทำทางมารยาทของรัฐบาล ซึ่งนานๆครั้งจะสามารถใช้เป็นวิธีปฏิบัติได้ และไม่มีการ ปฏิบัติตามมาตรฐานที่แน่นอน อีกทั้ง โดยทั่วไปแล้วการบรรเทาโทษเป็นการอ้างถึงอำนาจของฝ่าย บริหารเพื่อชดเชยหรือลดโทษหรือขอโทษต่อคำพิพากษาหรือการลงโทษ ดังนั้น การบรรเทาโทษจึงอยู่ ในความควบคุมและการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายบริหารที่ทำคำตัดสินนั้น ในขณะที่ดุลยพินิจนี้อาจจะทำให้ เกิดผลประโยชน์ของผู้ต้องหาในบางคดี กระบวนการบรรเทาโทษไม่ได้เป็นการปฏิบัติหน้าที่เพราะ เป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการพิจารณาความผิดหรือความบริสุทธิ์ของผู้ต้องหา ดังนั้น ศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ได้ตัดสินไว้อย่างถูกต้องว่า กระบวนการบรรเทาโทษต้องเป็นเพียงส่วนเสริมของกระบวนการทางยุติธรรมทางอาญาเท่านั้น คือ สามารถนำการบรรเทาโทษมาเป็นส่วนเสริมการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ ในศาลภายในของสหรัฐอเมริกาได้ และอีกเหตุผลที่สำคัญคือ การบรรเทาโทษยังเป็นเพียงการเยียวยา ของฝ่ายบริหารไม่ใช่การเยียวยาทางศาล ตามที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกำหนดไว้ให้มีการ พิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ ดังนั้นจึงไม่มีองค์กรอื่นที่สามารถทำหน้าที่นี้ได้ แทนศาลอีกแล้ว

ในประเด็นต่อมาสิ่งที่ต้องพิจารณาคือ โทษของจำเลยในศาลภายในของสหรัฐอเมริการะดับ ใดจึงจะสามารถมีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ได้ จากคำพิพากษาของ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี LaGrand ค.ศ. 2001 โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวว่า

หากสหรัฐอเมริกาไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในการแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่ผู้ต้องหาชาวเยอรมันแล้ว การแสดงความเสียใจก็ยังไม่เพียงพอกับการที่ปัจเจกบุคคลนั้นต้องถูกจับกุมหรือคุมขังเป็นระยะเวลานาน หรือมีคำพิพากษาและลงโทษบุคคลนั้นในโทษขั้นร้ายแรง ในกรณีที่มีคำพิพากษาหรือการลงโทษไปแล้ว สหรัฐอเมริกามีพันธกรณีที่ต้องพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษนั้นเสียใหม่โดยต้องคำนึงถึงสิทธิที่ได้ละเมิดภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาจากการไม่แจ้งสิทธิทางกงสุลแก่ผู้ต้องหาคดีอาญานั้น ซึ่งพันธกรณีข้อนี้สหรัฐอเมริกาสามารถทำได้ในหลายวิธีซึ่งก็แล้วแต่ว่าจะเลือกทำวิธีใด³

ดังนั้นจึงมีประเด็นถกเถียงว่า การเยียวยาความเสียหายโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่นั้นใช้เฉพาะโทษประหารชีวิตเท่านั้น แต่ก็มีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 แนวทางคือ

1. ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวไว้เพียงแค่ว่า การคุมขังในเวลาที่ยาวนานหรือมีโทษร้ายแรง
2. ผู้พิพากษา Guillaume ประธานศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกล่าวเป็นนัยว่าสามารถนำมาใช้ได้อย่างกว้างขวาง ประโยคที่ว่า การเยียวยาสำหรับการละเมิดที่จะเกิดขึ้นในอนาคตจะไม่สามารถนำไปใช้กับคนชาติอื่นหรือใช้กับบุคคลที่ถูกตัดสินลงโทษที่ไม่ร้ายแรงได้

³ International Court of Justice, *LaGrand Case (Germany v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 2001*, p. 104, para. 125 (The Court will now examine the other assurances sought by Germany in its fourth submission. The Court observes in this regard 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 the 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. 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. In the present proceedings the United States has apologized to Germany for the breach of Article 36, paragraph 1, and Germany has not requested material reparation for this injury to itself and to the LaGrand brothers. It does, however, seek assurances: "that, in any future cases of detention or of criminal proceedings against German nationals, the United States will ensure in law and practice the effective exercise of the rights under Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations", and that "[i]n particular in cases involving the death penalty, this requires the United States to provide effective review of and remedies for criminal convictions impaired by the violation of the rights under Article 36". The Court considers in this respect that if the United States, notwithstanding its commitment referred to in paragraph 124 above, should fail in its obligation of consular notification to the detriment of German nationals, an apology would not suffice in cases where the individuals concerned have been subjected to prolonged detention or convicted and sentenced to severe penalties. In the case of such a conviction and sentence, 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. This obligation can be carried out in various ways. The choice of means must be left to the United States.)

อย่างไรก็ตามเพื่อหลีกเลี่ยงความคลุมเครือนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงยอมรับว่าการเยียวยาสามารถทำได้กับผู้ถูกคุมขังในแดนประหาร เช่นเดียวกับผู้ได้รับการลงโทษประเภทเดียวกัน⁴

จะเห็นได้ว่าในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 นี้ก่อให้เกิดการเยียวยาที่ชัดเจนและรัดกุมตามสิทธิทั้งหลายที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ในคดี LaGrand ศาลของสหรัฐอเมริกาต้องมีการปฏิบัติตามคำพิพากษาโดยเจ้าหน้าที่ทั้งของมลรัฐและของรัฐบาลกลาง ในประเด็นสิทธิภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล อีกทั้งเปิดโอกาสให้กับสหรัฐอเมริกาอย่างมาก เพราะสหรัฐอเมริกาสามารถเลือกใช้วิธีการของตนเองได้

4.1.3.1 การหยุดการกระทำอันเป็นการละเมิดและการรับประกันว่าจะไม่กระทำซ้ำ

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ได้ปฏิเสธคำร้องขอของเม็กซิโกที่ขอให้ศาลมีคำสั่งให้สหรัฐอเมริกายุติและรับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำอีก ด้วยเหตุผลที่ว่าเม็กซิโกไม่สามารถแสดงต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ว่าจะมีการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ต่อไปอีก เพราะว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พบว่าคดีของบุคคลทั้ง 52 คดี ศาลเห็นว่าสหรัฐอเมริกาได้กระทำโดยความพยายามอย่างสุจริตเพื่อดำเนินการตามมาตรา 36 ซึ่งไม่พบว่ามีเจตนาที่จะมีคำสั่งให้ยุติและรับประกันว่าจะไม่กระทำซ้ำ และในคดี LaGrand ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็พบว่าการรับประกันอย่างเด็ดขาดว่าจะมีการยุติการกระทำและไม่กระทำซ้ำแล้ว⁵

⁴ Valerie Epps, "Violations of the Vienna Convention on Consular Relations: Time for Remedies", *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 11 (2004): 13.

⁵ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, p. 69, para. 150 (The Court would further note in this regard that in the LaGrand case Germany sought, inter alia, "a straightforward assurance that the United States will not repeat its unlawful acts" (I. C. J. Reports 2001, p. 51 1, para. 120). With regard to this general demand for an assurance of non-repetition, the Court stated : "If a State, in proceedings before this Court, repeatedly refers to substantial activities which it is carrying out in order to achieve compliance with certain obligations under a treaty, then this expresses a commitment to follow through with the efforts in this regard. The programme in question certainly cannot provide an assurance that there will never again be a failure by the United States to observe the obligations of notification under Article 36 of the Vienna Convention. But no State could give such a guarantee and Germany does not seek it. The Court considers that the commitment expressed by the United States to ensure implementation of the specific measures adopted in performance of its obligations under Article 36, paragraph 1 (b), must be regarded as meeting Germany's request for a general assurance of non-repetition." (I. C. J. Reports 2001, pp. 5 12- 513, para. 124. The Court believes that as far as the request of Mexico for guarantees

จากประเด็นนี้ การยุติการกระทำที่เป็นการละเมิดและรับประกันว่าจะไม่กระทำผิดซ้ำอีก ผู้เขียนเห็นว่าหากใช้ได้ผลอย่างแท้จริงสหรัฐอเมริกาก็คงไม่ละเมิดสิทธิในการติดต่อกับกงสุลภายใต้มาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1963 ซ้ำแล้วซ้ำเล่า จนมาถึงคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ที่คนสัญชาติเม็กซิกันได้รับความเสียหายจากการละเมิดโดยไม่บอกกล่าวสิทธิในการติดต่อกับกงสุลถึง 52 คน ซึ่งมีจำนวนมากเป็นประวัติการณ์ แต่ก็ยังเป็นปัญหาในทางปฏิบัติซึ่งขึ้นอยู่กับสหรัฐอเมริกาเอง และผลของคำพิพากษาอย่างอมมีผลบังคับสหรัฐอเมริกาอยู่เสมอ ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงมีพันธกรณีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่จะไม่ทำให้การละเมิดบรรทัดฐานระหว่างประเทศขึ้น รวมทั้งจะต้องไม่มีการละเมิดเกิดขึ้นอีกต่อไป ทั้งการยุติการกระทำละเมิดและรับประกันว่าจะไม่มีการกระทำผิดซ้ำอีกนั้น ซึ่งเป็นการเยียวยาที่มีความเหมาะสมภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เพียงแต่ว่าสหรัฐอเมริกาไม่ได้กระทำตามพันธกรณีอย่างเพียงพอเพื่อให้เกิดผลต่อสิทธิภายใต้มาตรา 36 อย่างเต็มประสิทธิภาพ สหรัฐอเมริกาจึงต้องหยุดการกระทำการละเมิดอนุสัญญาทั้งหมดและต้องรับประกันต่อเม็กซิโกว่าจะไม่กระทำการละเมิดซ้ำ ซึ่งในเรื่องการหยุดการกระทำซ้ำ ตามร่างบทมาตราของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ อยู่ในเรื่องการทำให้พอใจ โดยเป็นรูปแบบที่ทำให้รัฐผู้เสียหายมีความพอใจว่ารัฐผู้ละเมิดจะหยุดการกระทำผิดนั้น

4.1.3.2 การพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่

ในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำสั่งให้สหรัฐอเมริกามีการเยียวยาที่เหมาะสมเมื่อสหรัฐอเมริกาไม่ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พบว่าถ้าสหรัฐอเมริกาละเมิดมาตรา 36 สหรัฐอเมริกาต้องอนุญาตให้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของสหรัฐอเมริกา โดยต้องมีการพิจารณาอย่างถ่องแท้ว่ามีการละเมิดมาตรา 36 จนก่อให้เกิดความเสียหายอย่างแท้จริงต่อผู้ต้องหาในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้ตัดสินว่าข้อจำกัดของการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่นี้ต้องเกิดขึ้นโดยกระบวนการยุติธรรมที่มีคุณภาพ ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงเรียกร้องให้สหรัฐอเมริกา ในกรณีที่มีการละเมิดมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เพื่อรับประกันว่าการละเมิดและความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นได้จากการละเมิด จะมีการพิจารณาอย่างเต็มที่และโดยคำนึงถึงกระบวนการพิจารณาและทบทวนคำ

พิพากษาใหม่” กระบวนการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่นี้ต้องมีการพิจารณาทั้งคำพิพากษาและการลงโทษด้วย⁶

คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในส่วนของการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่นั้น ถือว่าเป็นการเยียวยาที่เพียงพอและเปิดโอกาสแก่สหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมากภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ เพราะว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอนุญาตให้ศาลของสหรัฐอเมริกาพิจารณาว่าการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่แบบใดที่เหมาะสม ซึ่งรวมถึงประเภทและวิธีการต่างๆด้วย และการเยียวยานี้เป็นการเยียวยาที่เหมาะสมโดยเฉพาะ เพราะกฎหมายระหว่างประเทศต้องการให้ระบบกฎหมายภายในของรัฐเปิดโอกาสในการพิจารณาประเด็นการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มากขึ้น และให้มีการการเยียวยาที่สามารถทำได้ก่อนที่ผู้ต้องหาจะได้เรียกร้องสิทธิในระดับระหว่างประเทศ ในขณะที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ตั้งข้อสังเกตว่า ผู้ต้องหาส่วนใหญ่ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 อาจจะยังไม่สิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายในของรัฐ จากผลนี้ ศาลของสหรัฐอเมริกาสามารถมีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่ได้ในกรณีผู้ต้องหาเหล่านั้น การอนุญาตให้มีการพิจารณาใหม่เป็นการเหมาะสมจากที่มีการละเมิดเกิดขึ้น

สิ่งที่สำคัญในประเด็นนี้คือ เป็นการเยียวยานอกเหนือจากหลักกฎหมายความรับผิดชอบของรัฐที่อยู่ภายใต้ร่างบทมาตราของคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการกระทำความผิดระหว่างประเทศที่มีขอบด้วยกฎหมาย ที่กำหนดรูปแบบการเยียวยาไว้ 3 รูปแบบซึ่งได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 2 จะเห็นได้ว่าการพิจารณาและทบทวนใหม่ เป็นการเยียวยารูปแบบใหม่ที่เปิดโอกาสให้รัฐผู้ละเมิดได้ทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษจากคดีที่มีการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เพื่อให้คนชาติของรัฐผู้ส่งได้รับความยุติธรรมมากยิ่งขึ้น

4.1.4 การนำคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้ภายในรัฐ

ประเด็นการนำคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาบังคับใช้ภายในรัฐไม่ใช่ประเด็นที่เกิดขึ้นใหม่แต่อย่างใด แต่ถึงอย่างนั้นก็ยังหาข้อสรุปไม่ได้เช่นเดียวกัน เพราะว่าศาลยุติธรรม

⁶ Ibid., p. 65, para. 138 (The Court would emphasize that the "review and reconsideration" prescribed by it in the LaGrand case should be effective. Thus it should "taken into account the violation of the rights set forth in the Convention" (I. C. J. Reports 2001, p. 516, para. 128 (7)) and guarantee that the violation and the possible prejudice caused by that violation will be fully examined and taken into account in the review and reconsideration process. Lastly, review and reconsideration should be both of the sentence and of the conviction.)

ระหว่างประเทศไม่เคยพิจารณาประเด็นการบังคับคำพิพากษาของตนเลยเพราะเป็นเรื่องภายในรัฐ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่สามารถไปก้าวไปได้

นักกฎหมายระหว่างประเทศได้พิจารณาในประเด็นที่ว่าศาลภายในของรัฐจะสามารถบังคับตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้อย่างไร ซึ่ง Shabtai Rosenne กล่าวว่า “หน้าที่ในการปฏิบัติหรือกระทำตามคำพิพากษาอยู่ภายใต้หน้าที่ของศาลของรัฐคู่ความในคดีที่มีการฟ้องร้องกันในศาลระหว่างประเทศแต่ก็มีผลบังคับต่อองค์กรอื่นๆของรัฐด้วย เช่นฝ่ายบริหารของรัฐนั้น” และ Oscar Schachter ได้พิจารณาในประเด็นนี้เช่นเดียวกันโดยกล่าวว่า มาตรา 94 (1) เป็นพันธกรณีของรัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติที่ต้องบังคับตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ แต่ Schachter ก็ไม่ได้กล่าวถึงสถานการณ์อื่นๆที่คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่อาจจะเกี่ยวข้องกับศาลภายในของรัฐ⁷

ในขณะที่ Ian Brownlie มีความเห็นที่ต่างไปจากนักกฎหมายระหว่างประเทศสองท่านข้างต้น โดยเห็นว่าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีผลผูกพันต่อศาลภายในของรัฐ โดยกล่าวว่า “ตามหลักการแล้วคำตัดสินขององค์กรย่อยขององค์กรหนึ่งหรือสององค์กรระหว่างประเทศไม่มีผลผูกพันต่อศาลภายในของรัฐหากไม่มีการกระทำใดๆให้เป็นไปตามระบบกฎหมายภายในของรัฐเสียก่อน แม้ว่าคำตัดสินของศาลระหว่างประเทศจะเกี่ยวข้องกับประเด็นที่สำคัญอย่างเดียวกันกับศาลภายในของรัฐ แต่ก็ไม่มีผลโดยตัวเองสร้างคำพิพากษาถึงที่สุด (res judicata) ต่อศาลภายในของรัฐได้”

อย่างไรก็ตาม Brownlie ก็ได้ปรับปรุงคำตอบนี้ใหม่โดยกล่าวว่า “ศาลภายในของรัฐไม่อาจยอมรับความมีผลของคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศได้ด้วยเหตุผลบางประการ” ซึ่งก็ยืนยันว่าคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศไม่มีผลบังคับต่อศาลภายในของรัฐ

4.1.4.1 ผลบังคับตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (31 มีนาคม ค.ศ. 2004)

ผลบังคับของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ จากที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 ว่าคำพิพากษามีผลบังคับระหว่างคู่ความในคดีคือทั้งเม็กซิโกและสหรัฐอเมริกา โดยสหรัฐอเมริกามีหน้าที่ในการเยียวยาคนสัญชาติเม็กซิกันที่มีรายชื่อตามคำพิพากษาโดยศาลภายในของสหรัฐอเมริกาต้องพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษเสียใหม่เพราะคำพิพากษาและการลงโทษของศาลภายในของสหรัฐอเมริกาเหล่านั้น ได้ตัดสินคดีโดยที่มีการละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เพราะเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาจับกุมหรือคุมขังคนสัญชาติเม็กซิกันโดยที่ไม่ได้

⁷ Oscar Schachter, “The Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions,” *The American journal of international law* 54 (1960): 23.

บอกกล่าวสิทธิในการติดต่อกับกงสุลของเม็กซิโกโดยไม่ชักช้า หรือเจ้าหน้าที่สหรัฐอเมริกาอาจบอกกล่าวสิทธินั้นแก่คนสัญชาติเม็กซิกันแล้วและก็มีมาร้องขอให้ติดต่อกับเจ้าหน้าที่กงสุลเม็กซิโก แต่เจ้าหน้าที่สหรัฐอเมริกาไม่ได้บอกกล่าวแก่เจ้าหน้าที่กงสุลเม็กซิโกว่าได้จับกุมหรือคุมขังคนสัญชาติเม็กซิกันนั้นโดยไม่ชักช้า แต่ไม่ว่าจะเป็นกรณีเช่นใดก็เป็นภาระละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

และจากการศึกษาถึงคำสั่งมาตรการชั่วคราวซึ่งก็มีผลบังคับเช่นเดียวกันต่อสหรัฐอเมริกา ซึ่งจากตั้งแต่คดี LaGrand เป็นต้นมา คำต่างๆที่ศาลใช้ในคดี LaGrand ยังเป็นการเปิดโอกาสให้สหรัฐอเมริกาพอสมควร เช่นในคำสั่งมาตรการชั่วคราวใช้คำว่า "should take all measures" แต่พอมาถึงคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ แม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะเปลี่ยนคำไปนิดหน่อยแต่ก็เป็นการใช้คำที่หนักแน่นขึ้น "shall take all measures"⁸ ซึ่งบ่งบอกว่าศาลต้องการผลบังคับอย่างจริงจังจากสหรัฐอเมริกา

4.2 บทเรียนของคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009)

ประเด็นนี้ปรากฏขึ้นชัดเจนเมื่อนาย Medellin นำคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมาร้องขอต่อศาลภายในของสหรัฐอเมริกาเพื่อขอให้ศาลปฏิบัติตามพันธกรณีที่ต้องการผลตามคำพิพากษาคือให้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่กับนาย Medellin แต่ศาลภายในของสหรัฐอเมริกาก็ปฏิเสธคำขอนี้

จากที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำพิพากษาแล้วในปี ค.ศ. 2004 ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 2005 สหรัฐอเมริกาได้ถอนตัวออกจากพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยกระทรวงการต่างประเทศกล่าวไว้ในวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 2005 ว่า “เมื่อสหรัฐอเมริกาลงนามในพิธีสารเลือกรับก็ไม่ได้ทำนายไว้ว่าพิธีสารเลือกรับจะสามารถพิจารณาคดีตามกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา” อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะได้ถอนตัวออกจากพิธีสารเลือกรับ แต่ก็ไม่มีผลทำให้คำพิพากษาคดีอาวีนาไม่มีผลผูกพันสหรัฐอเมริกาได้ เพราะสหรัฐอเมริกาเป็นภาคีของพิธีสารเลือกรับอยู่ในเวลาที่มีคำพิพากษาคดีอาวีนา ซึ่งโฆษกของกระทรวงการต่างประเทศก็ได้กล่าวเกี่ยวกับคดีนี้ว่า “สหรัฐอเมริกายอมรับต่อพิธีสารเลือกรับและต่อพันธกรณีระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา ดังนั้นสหรัฐอเมริกาก็จะปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล

⁸ Alan Macina, “Avena & Other Mexican Nationals: The Litmus for Lagrand & the Future of Consular Rights in the United States,” *California Western International Law Journal* 34 (2003): 115.

ยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ”⁹ ดังนั้นคำพิพากษาคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆจึงยังมีผลผูกพันสหรัฐอเมริกา

จากผลของการที่สหรัฐอเมริกาไม่ได้สนองต่อพันธกรณีภายใต้คำพิพากษาคดีอาวีนาเนื่องจากการที่นาย Medellin ซึ่งเป็นหนึ่งในผู้ต้องหาที่มีรายชื่อตามคำพิพากษาในคดีอาวีนาถูกประหารชีวิตในมลรัฐเท็กซัสเมื่อวันที่ 5 กันยายน ค.ศ. 2008 ซึ่งคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาในวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ยังมีผลผูกพันต่อสหรัฐอเมริกาในการปฏิบัติตามพันธกรณีในเรื่องการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ แต่นาย Medellin ถูกประหารชีวิตโดยที่ไม่ได้รับการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ใดๆเลย อีกทั้งคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวีนาจะได้กลายมาเป็นพื้นฐานการอุทธรณ์ในคดีของนาย Medellin ต่อศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา แต่ศาลสูงสุดก็กล่าวว่าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวีนาไม่มีผลบังคับต่อศาลภายในของรัฐ จึงทำให้ประหารชีวิตนาย Medellin ไปในที่สุด

นอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ตัดสินไปในคดี LaGrand แล้วว่า คำสั่งมาตรการชั่วคราวมีผลผูกพันต่อสหรัฐอเมริกา¹⁰ ดังนั้นคำสั่งมาตรการชั่วคราวในคดีอาวีนาในปี ค.ศ. 2004 ที่ห้ามไม่ให้สหรัฐอเมริกาประหารชีวิตผู้ต้องหาสัญชาติเม็กซิกันสามคนจนกว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะมีคำพิพากษาในคดีนี้ก็มีผลผูกพันต่อสหรัฐอเมริกา ซึ่งสหรัฐอเมริกาก็ปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการชั่วคราวฉบับนี้ แต่มาถึง ค.ศ. 2008 เม็กซิโกก็ได้ยื่นคำฟ้องขอให้ศาลตีความคำตัดสินคดีอาวีนาในปี ค.ศ. 2004 อีก และขอให้ศาลมีคำสั่งมาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองนาย Medellin ด้วย แต่ว่าสหรัฐอเมริกาก็ไม่ได้ปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการชั่วคราวที่มีผลผูกพันต่อสหรัฐอเมริกาที่ห้ามไม่ให้ประหารนาย Medellin ในระหว่างที่ศาลกำลังพิจารณาคดี ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงละเมิดคำสั่งมาตรการชั่วคราวฉบับ ค.ศ. 2008

4.2.1 พันธกรณีที่ต้องเกิดผลภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล (obligation of result)

จากที่ได้กล่าวไปในบทที่ 3 การดำเนินการตามพันธกรณีในย่อหน้าที่ 153 (9) ของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในเรื่องการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของสหรัฐอเมริกานั้น จากเหตุผลที่เม็กซิโกต้องการให้ศาลยุติธรรม

⁹ Torres, No. PCD-04-442, slip op. at 1 (order granting stay of execution and remanding case for evidentiary hearing)

¹⁰ International Court of Justice, *LaGrand Case (Germany v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 2001*, p. 506, para. 110 (The Court will now consider the Order of 3 March 1999. This Order was not a mere exhortation. It had been adopted pursuant to Article 41 of the Statute. This Order was consequently binding in character and created a legal obligation for the United States.)

ระหว่างประเทศคือความคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวินาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ฉบับ ค.ศ. 2004 นั้นเป็นเพราะคนชาติเม็กซิกันไม่ได้รับการเยียวยาโดยศาลภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผลเลยหรืออาจจะไม่มีการเยียวยาเกิดขึ้น ซึ่งพิจารณาในแง่ของการจำแนกประเภทของพันธกรณีแล้วสิ่งที่เม็กซิโกต้องการคือการปฏิบัติตามพันธกรณีต้องเกิดผลเฉพาะตามคำพิพากษาและต้องอยู่ภายในเวลาที่สมเหตุสมผลด้วย นั่นก็คือเป็นพันธกรณีที่ต้องเกิดผลโดยเฉพาะ แต่ถ้าหากพิจารณาตามเนื้อหาของการเยียวยาจริงๆ แล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกำหนดให้สหรัฐอเมริกาทำการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของสหรัฐอเมริกานั้น ก็แล้วแต่วิธีการที่สหรัฐอเมริกานี้จะเลือกเอง ดังนั้นก่อนอื่นที่จะไปพิจารณาว่าพันธกรณีในการเยียวยานี้เป็นพันธกรณีประเภทใด ต้องพิจารณาว่าอะไรคือพันธกรณีที่ต้องเกิดผลขึ้นภายในช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมซึ่งต้องแยกแยะออกจากพันธกรณีในวิธีการ (obligation of mean) เพราะพันธกรณีนี้เป็นพันธกรณีที่ต้องการผลเช่นกัน แต่ไม่จำเป็นต้องเกิดผลขึ้นภายในระยะเวลาใด แต่ผลของพันธกรณีนั้นรัฐภาคี หรือคู่ความก็ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีไปตลอดเช่นเดียวกัน¹¹

ในเรื่องการแยกความแตกต่างระหว่างพันธกรณีที่ต้องการผล (Obligation of Result) กับพันธกรณีตามวิธีการ (Obligation of Means) ในสมัยที่นาย Roberto Ago เป็นผู้รายงานพิเศษต้องการที่จะขยายความในส่วนของพันธกรณีที่เกิดใหม่จากความรับผิดชอบของรัฐระหว่างรัฐผู้กระทำผิดและผู้เสียหาย ในที่สุดแล้วเขาก็ได้เสนอประเภทของการกระทำผิดและพันธกรณีขึ้นใหม่ อย่างไรก็ตาม ก็อาจเป็นศัพท์ที่ทำให้หลงผิดได้ในเรื่องความแตกต่างของสองคำนี้เพราะยังไม่มี ความชัดเจนที่เพียงพอ¹² เพราะเขาได้เริ่มกล่าวถึงความแตกต่างระหว่างการละเมิดพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้มีการกระทำนั้นๆ และการละเมิดพันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดให้ได้รับผลโดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งนักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) เห็นว่าไม่มีความแตกต่างกันมากนักระหว่างคำสองคำนี้ แต่สำหรับนักกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ (Civil Law) แล้ว เห็นว่ามีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส¹³ ซึ่งก็ยังมี ความเข้าใจโดยทั่วไปแตกต่างกับร่างบทมาตราของ Ago อยู่มาก

ตามระบบกฎหมายของฝรั่งเศส พันธกรณีตามวิธีการ คือ พันธกรณีที่ต้องใช้ความพยายามเพื่อให้บรรลุผล เช่น พันธกรณีของหมอมือที่เกี่ยวกับคนไข้ ซึ่งหมอมือต้องทำทุกวิถีทางตามที่เป็นบุคคลที่มีเหตุผลและความสามารถทางการแพทย์ที่จะทำได้เพื่อรักษาคนไข้ แต่หมอมือไม่ได้มีหน้าที่ผูกพันว่าต้อง

¹¹ Christine Chappuis, "Provisions for best efforts, reasonable care, due diligence and standard practice in international contracts" *International Business Law Journal* 3 (2002): 283.

¹² Pierre-Marie Dupuy. "Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility" *European Journal of International Law* 10,2 (1999): 374.

¹³ *Ibid*, p. 375

ทำให้คนใช้หายจากโรคนั้น ในทางกลับกัน พันธกรณีที่ต้องการผล โดยทั่วไปแล้วเป็นที่เข้าใจว่าเป็น พันธกรณีที่ต้องการผลที่แน่นอน เช่นเมื่อซื้อรถยนต์ คนขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบรถให้กับคนซื้อเมื่อคนซื้อได้ชำระราคาแล้ว¹⁴ แต่ตามความเข้าใจของ Ago แล้วค่อนข้างแตกต่างไปจากแนวคิดแบบดั้งเดิม ไปพอสมควร ดังเช่นในกรณีแรก ที่เขาตั้งใจจะกล่าวว่า พันธกรณีที่ต้องกำหนดรูปแบบของการกระทำ ซึ่ง Ago ได้ยืนยันว่าพันธกรณีนี้เป็นการบังคับให้รัฐต้องการกระทำตามรูปแบบที่กำหนดไว้ โดยเฉพาะ¹⁵ ซึ่งก็เท่ากับว่าเป็นพันธกรณีที่กำหนดวิธีการที่เคร่งครัดกว่าเดิม แต่สำหรับพันธกรณีที่ต้องการผลแล้วไม่มีความแตกต่างมากนัก เพราะพันธกรณีนี้ Ago ได้จำแนกว่ารัฐที่มีความรับผิดชอบ อาจจะเลื่อนการบังคับใช้ผลออกไปอีกหากความรับผิดชอบของตนนั้นสามารถใช้พันธกรณีแทนกันได้ ซึ่งตามพื้นฐานแล้วเกี่ยวข้องกับการสิ้นสุดการเยียวยาตามกระบวนการยุติธรรมภายใน เมื่อเกิดความเสียหายต่อคนต่างชาติ แต่ในท้ายที่สุดแล้วมาถึงสมัย Crawford ได้ตัดสินใจลบความแตกต่างของ พันธกรณีทั้งสองออกจากร่างบทมาตราว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ¹⁶

แม้ว่าคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศจะลบล้างพันธกรณีตามวิธีการและ พันธกรณีที่ต้องการผลออกจากร่างบทมาตราของคณะกรรมการสิทธิการกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วย เรื่องความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศ แต่ก็ยังสามารถจำแนกพันธกรณีตามลักษณะนี้ได้ ดังเช่นในคดีคำร้องขอให้มีการตีความคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 ในคดีเกี่ยวกับอาวินาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ (19 มกราคม ค.ศ. 2009) ที่ประเทศเม็กซิโกกล่าวในคำให้การด้วยลายลักษณ์อักษรเมื่อวันที่ 17 กันยายน ค.ศ. 2008 ซึ่ง ในคำฟ้องของประเทศเม็กซิโกนั้นมีข้อพิพาทว่าพันธกรณีในย่อหน้าที่ 153 (9) ของคำพิพากษาของ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวินาฉบับ ค.ศ. 2004 ซึ่งเป็นพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาในเรื่อง การเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ในศาลภายในของ สหรัฐอเมริกานั้นเป็นพันธกรณีที่ต้องการผล และสหรัฐอเมริกาก็เห็นด้วยว่าพันธกรณีนี้เป็นพันธกรณี ที่ต้องเกิดผลเฉพาะตามคำพิพากษา ดังนั้นประเด็นของประเทศเม็กซิโกคือต้องการกล่าวว่า การ บรรลุผลตามคำพิพากษาของสหรัฐอเมริกา ซึ่งพิจารณาจากการกระทำบางประการและคำ แถลงการณ์ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริการวมถึงความล้มเหลวของรัฐบาลของ สหรัฐอเมริกา แต่เมื่อพิจารณาตามคำฟ้องแล้วเม็กซิโกก็ยังไม่ได้กล่าวถึงประเด็นที่เป็นข้อพิพาทที่ ถูกต้องแน่นอน ว่าพันธกรณีที่ต้องการผลนั้นอยู่เหนือองค์กรทุกองค์กรของสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ซึ่ง

¹⁴ Ibid.

¹⁵ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission* II (1977) , p.31.

¹⁶ Ibid.

เม็กซิโกก็ไม่ได้อธิบายให้ศาลเข้าใจว่าพันธกรณีนี้อยู่เหนือองค์การทุกองค์การของสหรัฐอเมริกาอย่างไรบ้าง¹⁷

จากข้อความข้างต้นแม้ว่าคู่ความทั้งสองฝ่ายทั้งประเทศเม็กซิโกและประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นพ้องต้องกันว่าพันธกรณีในการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่นั้นเป็นพันธกรณีที่ต้องทำให้เกิดผลโดยเฉพาะตามคำพิพากษาและต้องเกิดผลภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล ซึ่งก็เท่ากับสหรัฐอเมริกายอมรับว่าตนละเมิดพันธกรณีที่ต้องให้มีการพิจารณาคดีแก่คนชาติเม็กซิกันที่มีรายชื่อตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ฉบับ ค.ศ. 2004 เพราะจากเวลาที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำพิพากษาใน ค.ศ. 2004 จนถึง ค.ศ. 2008 ที่ประเทศเม็กซิโกมีการฟ้องร้องให้มีการตีความคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใหม่ ก็ผ่านไป 4 ปี แต่มีการพิจารณาคดีในศาลภายในของสหรัฐอเมริกาใหม่เพียงแค่คดีเดียวเท่านั้น นอกจากนั้นคนชาติเม็กซิกันอีก 50 คนกลับไม่ได้รับการเยียวยาใดๆจากสหรัฐอเมริกาเลย ซึ่งพิจารณาได้ว่าสหรัฐอเมริกาไม่ได้ทำให้พันธกรณีบรรลุผลตามคำพิพากษาและไม่ได้ปฏิบัติภายในเวลาที่สมเหตุสมผลด้วย แม้ในประเด็นนี้ศาลจะไม่ได้ตัดสินว่าพันธกรณีนี้เป็นประเภทใด แต่ตามตัวของพันธกรณีเอง ก็ต้องการให้สหรัฐอเมริกานำวิธีการในการปฏิบัติตามคำพิพากษานั้นก็คือให้มีการเยียวยาในศาลภายในของสหรัฐอเมริกาโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่แก่คนชาติเม็กซิกัน แต่ไม่ได้กำหนดว่าผลนั้นคืออะไร ซึ่งคนชาติเม็กซิกันอาจจะไม่ได้รับการลดโทษให้เหลือจำคุกตลอดชีวิตเลย หรืออาจได้รับการลงโทษ ขอเพียงแค่ให้ศาลภายในของสหรัฐอเมริกาทำการพิจารณาคดีและการลงโทษเสียใหม่เท่านั้น

ซึ่งในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวว่า คำพิพากษาในคดีอาวีนายังคงมีผลผูกพันสหรัฐอเมริกาอยู่ ซึ่งสหรัฐอเมริกาต้องมีการปฏิบัติอย่างต่อเนื่องเพื่อให้บรรลุผลตามพันธกรณีที่ศาลได้

¹⁷ International Court of Justice, Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Merits, Judgment of 19 January 2009, p. 38, para. 38 (The Application made reference to a dispute about whether the obligation in paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment was one of result; the United States rapidly signalled its agreement that the obligation incumbent upon it was an obligation of result. The matters emphasized by Mexico seemed particularly directed to the question of implementation by the United States of the obligations incumbent upon it as a consequence of the *Avena* Judgment. The various passages in the further written explanations of Mexico of 17 September 2008, while referring to certain actions and statements of the constituent organs of the United States and perceived failures to act in certain regards by the federal government, nonetheless remain very non-specific as to what the claimed dispute precisely is. Further, it is difficult to discern, save by inference, Mexico's position regarding the existence of a dispute as to whether the obligation of result falls upon all state and federal authorities and as to whether they share an understanding that it does so fall.)

วางไว้¹⁸ และศาลจะไม่ให้มีการเยียวยาใดๆเพิ่มเติมอีก เนื่องจากการเยียวยาโดยการพิจารณาและทบทวนใหม่ตามคำพิพากษาที่ให้ไว้เมื่อวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 2004 นั้นเพียงพอแล้ว

4.3 บทเรียนจากคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆในสหรัฐอเมริกา

4.3.1 การพิจารณาคดีเกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในศาลสหรัฐอเมริกา

4.3.1.1. José Ernesto Medellín Rojas

นาย Medellín ถูกคณะลูกขุนกล่าวหาว่าข่มขืนและฆาตกรรมเด็กสาวสองคนในเมืองฮูสตัน (Houston) ซึ่งเป็นอาชญากรร้ายแรงและถูกศาลพิพากษาลงโทษประหารชีวิตเมื่อวันที่ 16 กันยายน ค.ศ. 1994 ศาลมลรัฐเท็กซัสได้ปฏิเสธการยื่นอุทธรณ์โดยที่นาย Medellín ไม่ได้ยกประเด็นเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในการแจ้งให้สถานกงสุลทราบเลย ซึ่งความเป็นจริงแล้วหลังจากที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจับกุมนาย Medellín ในวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 1993 เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ได้แจ้งสิทธิแก่ผู้ต้องหา (Miranda Warning) แก่นาย Medellín ซึ่งนาย Medellín ก็ได้ลงนามสละสิทธิ์นั้นและเขียนคำสารภาพ แต่ถึงอย่างนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ไม่ได้แจ้งให้นาย Medellín ทราบว่าเขามีสิทธิตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เพื่อแจ้งแก่กงสุลเม็กซิโกว่าเขาถูกจับกุม¹⁹ หลังจากนั้นนาย Medellín ก็ได้ยื่นคำฟ้องเพื่อยื่นอุทธรณ์อีกครั้งที่ศาลอุทธรณ์ทางเขตใต้ของมลรัฐเท็กซัส ในคำฟ้องนั้น นาย Medellín กล่าวอ้างว่าคำพิพากษาของเขานั้นต้องถูกยกไปเพราะว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ได้บอกกล่าวในเรื่องสิทธิตามอนุสัญญากรุงเวียนนาแก่เขาเพื่อให้เขาได้ติดต่อกับเจ้าหน้าที่กงสุลเม็กซิกันในเวลาที่เขาถูกจับกุม ซึ่งเป็นการกล่าวอ้างสิทธิของเขาภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เป็นครั้งแรก แต่ศาลอุทธรณ์ของเขตมลรัฐเท็กซัสได้ปฏิเสธคำฟ้องของเขาเนื่องจากกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปที่ห้ามกล่าวอ้างข้อต่อสู้นั้นหากไม่ได้ยกเป็นข้อต่อสู้ในชั้นพิจารณาของศาลชั้นต้น

นอกจากนี้ศาลยังให้เหตุผลว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลที่นาย Medellín จะสามารถนำมากล่าวอ้างในชั้นศาลได้ในนามของตนเอง เนื่องจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เป็นอนุสัญญาระหว่างรัฐซึ่งปัจเจกบุคคลไม่อาจบังคับใช้ในศาลได้ หลังจากนั้น นาย Medellín ก็ได้อุทธรณ์คำตัดสิน

¹⁸ Ibid., p. 14, para. 35 (the Court feels the need to “reiterate that its Avena Judgment remains binding and that the United States continues to be under an obligation fully to implement it”)

¹⁹ Medellín, 552 U.S. at 501.

ของศาลในเขตมลรัฐเท็กซัสต่อศาลอุทธรณ์ของรัฐบาลกลางเขตที่ 5 ซึ่งในระหว่างที่นาย Medellin กำลังอุทธรณ์ต่อศาลเขตที่ 5 ก็ได้มีคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวีนา ซึ่งนาย Medellin ก็เป็นหนึ่งในนั้นด้วย ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่านอกจากเม็กซิโกจะมีสิทธิตามสนธิสัญญาแล้ว อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ยังได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลสัญชาติเม็กซิกันซึ่งเม็กซิโกสามารถยกขึ้นต่อสู้ในกระบวนการพิจารณาต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ²⁰ แต่ถึงจะมีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศให้มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่ต่อนาย Medellin ก็ตาม ศาลเขตที่ 5 ก็ได้ปฏิเสธที่จะพิจารณาถึงข้อเรียกร้องเกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ของนาย Medellin²¹ โดยศาลเขตที่ 5 ตัดสินว่าด้วยกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปของมลรัฐเท็กซัสจึงไม่สามารถพิจารณาข้อเรียกร้องเกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเรื่องนี้มีความขัดแย้งกับคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทั้งในคดี LaGrand และคดีอาวีนา โดยศาลเขตที่ 5 ได้กล่าวว่า คำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีผลผูกพันต่อศาลของสหรัฐอเมริกาและนาย Medellin ไม่มีสิทธิกล่าวอ้างข้อเรียกร้องเกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เพราะอนุสัญญาฉบับนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่ปัจเจกบุคคล

ท้ายที่สุดแล้วคดีของนาย Medellin ก็ได้ไปสู่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้มีหมายเรียกสำนวนจากศาลล่างในเดือนธันวาคม ค.ศ. 2004 แต่ก่อนที่ศาลสูงสุดจะได้ฟังการสืบพยาน Medellin ได้ยื่นคำร้องในศาลอุทธรณ์ทางอาญามลรัฐเท็กซัส โดยอ้างถึงบันทึกความเข้าใจของประธานาธิบดีที่มีคำสั่งให้ศาลทำการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่แก่คนที่มีรายชื่อในคดีอาวีนา

ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาทัดสินว่า คำตัดสินคดีอาวีนาไม่มีผลบังคับโดยอัตโนมัติต่อศาลภายในของสหรัฐอเมริกา เพราะไม่มีผลบังคับในตัวเอง (Self-executing) และด้วยเหตุผลที่ว่าบันทึกความเข้าใจของประธานาธิบดีไม่มีอำนาจบังคับตามคำตัดสินของคดีอาวีนาโดยแค่เขียนบันทึกความเข้าใจไปยังกระทรวงการยุติธรรม²²

4.3.2 ผลบังคับคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีหน้าที่ในการตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในฐานะที่เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ได้ขยายไปถึงการ

²⁰ International Court of Justice, *Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Merits, Judgment of 31 March 2004, p. 34-36

²¹ Medellin v. Dretke, 371 F.3d 270, 275, 281 (5th Cir. 2004)

²² Medellin, 128 S. Ct. at 1363, 1371

ตีความกฎหมายภายในของรัฐ ตามหลักการโดยทั่วไปแล้วคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีผลต่อเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น ไม่ได้มีผลทางกฎหมายต่อระบบกฎหมายภายในของรัฐและศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ไม่เคยได้พิจารณาถึงผลของคำตัดสินของตนต่อระบบกฎหมายภายในของรัฐเลย และเป็นที่ชัดเจนว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องรับฟังศาลภายในของรัฐตีความกฎหมายภายในของรัฐนั้น และไม่สามารถเข้าไปแทนที่คำตัดสินของศาลภายในในเรื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายภายในได้ แต่ทั้งนี้กฎหมายภายในก็ไม่สามารถยกเว้นการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศได้

ปัญหาจึงอยู่ที่ว่ารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาบัญญัติว่าสนธิสัญญาเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ²³ และเมื่อพิจารณาตามหลักทฤษฎี “ผลบังคับในตัวเอง” (self-executing) แล้ว อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มีผลบังคับในตัวเองและกลายเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐจากการที่สภาให้สัตยาบัน ดังนั้นเมื่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีการตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แล้ว คำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวินาจะมีผลกลายเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐไปด้วยหรือไม่ แต่จากทฤษฎี “ผลบังคับในตัวเอง” แล้ว สนธิสัญญาใดจะกลายเป็นกฎหมายของรัฐได้ต้องได้รับการให้สัตยาบันจากสภาเสียก่อน²⁴

แม้ว่าบทบาทที่ชัดเจนของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคือตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐ แต่ก็ยังไม่มีบทบาทอย่างเป็นทางการในการบังคับคำตัดสินของตัวเอง แต่ได้ปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา 94 ที่รัฐมีพันธกรณีในการปฏิบัติตามคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ²⁵ อีกทั้งยังกำหนดให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติสามารถใช้มาตรการบางอย่างเพื่อบังคับตามคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศกับรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามได้²⁶

เป็นที่ถกเถียงกันว่าการยอมรับเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแตกต่างเป็นอย่างมากกับการยอมรับผลผูกพันของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ²⁷ อย่างไรก็ตามดูเหมือนว่าจะเป็นการข้อสรุปที่ผิดพลาด เพราะการยอมรับเขตอำนาจของศาลระหว่างประเทศก็บ่งชี้เป็นนัยๆว่าคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศนั้นก็จะมีผลผูกพันกับรัฐนั้นด้วย²⁸

²³ U.S. Const. art. VI, cl. 2

²⁴ Philip V. Tisne, “The ICJ and Municipal Law: The Precedential Effect of the Avena and LaGrand Decisions in U.S. Courts,” *Fordham University School of Law* 29 (2006): 65.

²⁵ U.N. Charter art. 94(1)

²⁶ U.N. Charter art. 94(2)

²⁷ Yury A. Kolesnikov, “Meddling with the Vienna Convention on Consular Relations: The Dilemma and Proposed Statutory Solutions,” *McGeorge Law Review* 40 (2009): 180.

²⁸ Kristin K. Beilke, “The U.S. is Not Alone in Its Reluctance to Adhere to Supranational Decisions from the International Court of Justice,” *Loyola University Chicago International Law Review* 7 (2010): 215.

4.3.2.1 ผลบังคับในศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา

จากผลของคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวีนาเรื่อยมาจนถึงเดือนมีนาคม ค.ศ. 2008 มีคดีที่เกี่ยวข้องกับคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จากคดีของนาย Breard มาถึงคดีของนาย Medellin ซึ่งเป็นหนึ่งในบุคคลที่มีรายชื่อตามคำตัดสินที่สหรัฐอเมริกา ต้องให้การพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่

จากเหตุผลของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่าการดำเนินคดีกับนาย Medellin เป็นอีกคดีหนึ่งที่มีปัญหาของความไม่สอดคล้องระหว่างศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและศาลภายในของสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ก่อให้เกิดสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลหรือไม่ และหลักกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาที่เป็นอุปสรรคต่อข้อเรียกร้องจากการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล

ในช่วงเวลาเดียวกันที่คดี Medellin อยู่ในศาล ศาลสูงก็ได้ตัดสินคดีของนาย Sanchez-Llamas ถึงแม้ว่าเขาจะไม่ได้มีรายชื่ออยู่ในคำตัดสินคดีอาวีนาแต่ก็มีสัญชาติเม็กซิกัน และเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับข้อกล่าวอ้างที่เจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาไม่ได้บอกกล่าวสิทธิภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ซึ่งศาลสูงยืนยันว่าคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเช่นในคดีอาวีนาไม่มีผลผูกพันต่อศาลภายในของสหรัฐอเมริกา แต่ก็ยังเคารพคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยศาลสูงให้เหตุผลว่าคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย รวมทั้งกฎหมายของมลรัฐที่เกี่ยวข้องกับการตัดพยานและกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปซึ่งสามารถใช้ได้เพื่อตัดข้อเรียกร้องของจำเลย โดยไม่ต้องคำนึงว่าข้อเท็จจริงนั้นมลรัฐได้แจ้งแก่กงสุลหรือไม่

ศาลสูงสุดได้กลับมาแก้ปัญหาบางประเด็นเพื่อให้นาย Medellin ยื่นคำร้องเป็นครั้งที่สองและได้ให้หมายศาลเรียกคดีจากศาลสูงในปี ค.ศ. 2007 โดยศาลมีประเด็นในการตัดสินสองประเด็น คือ หนึ่ง คำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวีนาจะมีผลบังคับใช้ได้โดยตรงในฐานะกฎหมายภายในของรัฐต่อศาลมลรัฐของสหรัฐอเมริกาได้หรือไม่ สอง บันทึกรายชื่อของประธานาธิบดีที่ต้องการให้ศาลของมลรัฐทำการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาแก่คนสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 51 คนตามรายชื่อในคดีอาวีนาใหม่นั้น ทั้งนี้การพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่นั้นต้องไม่นำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไปนำมาใช้ สามารถทำได้หรือไม่²⁹

ศาลสูงเห็นด้วยว่าสหรัฐอเมริกามีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อเม็กซิโก เพราะสหรัฐอเมริกาละเมิดต่ออนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และศาลได้กล่าวว่าไม่มีข้อพิพาทที่เกิดจากคำตัดสินคดีอาวีนา เพราะคำตัดสินนี้เป็นผลจาก

²⁹ Medellin v. Texas, 127 S. Ct. 2129 (2007)

อนุสัญญาโดยสหรัฐอเมริกาเสนอข้อพิพาทต่อเขตอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ซึ่งก่อให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อสหรัฐอเมริกา

จากคำตัดสินของศาลสูงของสหรัฐอเมริกาทำให้เข้าใจได้ว่า พันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหมดจะมีผลผูกพันโดยอัตโนมัติต่อกฎหมายของสหรัฐและจะมีผลผูกพันต่อศาลของสหรัฐได้³⁰ ในส่วนนี้ศาลสูงสุดได้กล่าวว่า ในขณะที่สนธิสัญญาทั้งหลายอาจจะมีข้อผูกพันในทางระหว่างประเทศ แต่สนธิสัญญาเหล่านั้นก็ไม่ใช่กฎหมายภายใน ยกเว้นแต่ว่ารัฐสภาได้ออกเป็นรัฐบัญญัติหรือสนธิสัญญานั้นมีเจตนาว่าเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับในตัวเองและได้รับการให้สัตยาบันแล้ว

ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับว่าสหรัฐอเมริกามีพันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติที่จะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีใดๆที่สหรัฐอเมริกาเป็นคู่ความ และคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นมีผลผูกพันระหว่างคู่ความในคดีนั้นๆ เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามศาลสูงก็ได้กล่าวว่าสนธิสัญญาเหล่านี้ที่นาย Medellin ได้กล่าวอ้างมา ได้แก่กฎบัตรสหประชาชาติ ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือพิธีสารเลือกรับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ไม่ได้เป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับในตัวเองเลย ดังนั้นจะมีฐานะเป็นกฎหมายภายในโดยที่ไม่มีการบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา ก่อนที่จะให้มีผลผูกพันต่อประเทศสหรัฐอเมริกาไม่สามารถทำได้³¹ การที่ศาลให้ความเห็นเช่นนี้ก็เท่ากับว่าสนธิสัญญาที่ต่างกันก็อาจให้ผลที่ต่างกันได้

สรุปแล้วก็คือศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเห็นว่าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้ก่อให้เกิดผลบังคับโดยตรงต่อกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่จะสามารถมาก่อนหลักกฎหมายภายในของรัฐได้ และกล่าวว่าทั้งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในเรื่องการระงับข้อพิพาท ก็ไม่ให้อำนาจผลบังคับให้คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศแต่อย่างใด ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาเหล่านี้ได้แสดงให้เห็นว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ศาลภายในของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ให้นำหนักมาก เพราะเท่าที่ผ่านมาสหรัฐอเมริกาไม่ได้ปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาอย่างเคร่งครัดนัก

³⁰ Ibid., at 1356.

³¹ Medellin, 128 S. Ct. at 1357

4.3.2.2 หลักการผลบังคับในตัวเอง (Self-executing)

4.3.2.2.1 คำนียามของการมีผลบังคับในตัวเอง

สนธิสัญญาที่มีผลบังคับในตัวเอง คือมีผลบังคับโดยอัตโนมัติในระบบกฎหมายภายในในฐานะที่เป็นกฎหมายของรัฐจากการให้สัตยาบัน ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดจะกล่าวว่า สนธิสัญญาทุกฉบับเป็นกฎหมายสูงสุดของสหรัฐอเมริกา³² แต่ก็ชี้ว่าสนธิสัญญาทุกฉบับจะกลายเป็นกฎหมายสูงสุดของสหรัฐอเมริกาโดยอัตโนมัติ สนธิสัญญาที่ไม่ได้กลายเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐโดยอัตโนมัติคือสนธิสัญญาที่ไม่มีผลบังคับในตัวเองและศาลของสหรัฐอเมริกาก็ไม่สามารถทำให้สนธิสัญญาดังกล่าวนั้นมีผลทางกฎหมายได้ หากไม่มีการออกเป็นรัฐบัญญัติจากสภา

4.3.2.2.2 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ.

1963

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้รับการอนุมัติจากสภาสูงของสหรัฐอเมริกาในวันที่ 22 ตุลาคม ค.ศ. 1968 และประธานาธิบดีริชาร์ด นิกสัน ได้ลงนามให้สัตยาบันในวันที่ 12 พฤศจิกายน ค.ศ. 1969

นักวิชาการหลายท่านต่างเห็นพ้องกันว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาเป็นอนุสัญญาที่มีผลบังคับในตัวเอง ซึ่งหมายความว่าอนุสัญญาดังกล่าวนั้นมีผลบังคับโดยตรงต่อกฎหมายภายในของรัฐโดยไม่ต้องมีการกระทำใดๆ ของฝ่ายนิติบัญญัติเพิ่มเติมอีก³³ และเพราะเกี่ยวกับหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้นการพิจารณาว่าสนธิสัญญาดังกล่าวนั้นมีผลบังคับในตัวเองหรือไม่จึงเป็นหน้าที่ของศาลภายในของรัฐตามหลักอำนาจอธิปไตย (sovereignty) ซึ่งการพิจารณาว่าสนธิสัญญาดังกล่าวนั้นจะมีผลบังคับในตัวเองหรือไม่นั้นมีหลายวิธีการมาก ยกตัวอย่างเช่น อาร์มภบทของสนธิสัญญาดังกล่าวนั้น สำหรับสหรัฐอเมริกาแล้ว เมื่อพิจารณาถึงโครงสร้างทางกฎหมายและตัวกฎหมายด้วยแล้ว อาร์มภบทอาจจะนำมาพิจารณาเมื่อถ้อยคำของบทบัญญัตินั้นมีความคลุมเครือ ซึ่งหากพิจารณาตามมาตรา 36 แล้วเป็นถ้อยคำที่ชัดเจนจึงไม่ต้องนำอาร์มภบทมาพิจารณาอีก³⁴

ศาลในคดี Medellin ได้พิจารณาถึงถ้อยคำในอนุสัญญา ประวัติการเจรจา ความเข้าใจหลังการให้สัตยาบัน ว่ามีผลบังคับทันทีในกฎหมายภายในหรือไม่³⁵ เมื่อพิจารณาถึง

³² U.S. Const. art. VI.

³³ Yury A. Kolesnikov, "Meddling with the Vienna Convention on Consular Relations: The Dilemma and Proposed Statutory Solutions," *McGeorge Law Review* 40 (2009): 180.

³⁴ Kristin K. Beilke, "The U.S. is Not Alone in Its Reluctance to Adhere to Supranational Decisions from the International Court of Justice," *Loyola University Chicago International Law Review* 7 (2010): 215.

³⁵ Medellin, 128 S. Ct. at 1357

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เป็นอนุสัญญาที่สหรัฐอเมริกาได้ให้สัตยาบัน ดังนั้นเมื่อผ่านขั้นตอนการรับรองจากสภา อนุสัญญานี้จึงมีผลบังคับในตัวเองและกลายเป็นกฎหมายสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ซึ่งศาลภายในของสหรัฐอเมริกาเองก็ได้ยอมรับว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มีผลบังคับในตัวเองและเป็นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจากการให้สัตยาบัน³⁶

นักวิชาการผู้สนับสนุนหลักการมีผลบังคับในตัวเองกล่าวว่า การให้สัตยาบันของสภาสูงของสหรัฐอเมริกานั้นที่รู้กันอยู่แล้วว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้กลายเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐโดยอัตโนมัติและมีเจตนาให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ทั้งหมด ดังนั้น การที่สภาสูงได้ให้สัตยาบันนั้นก็เท่ากับเป็นการยืนยันว่าสภาสูงมีเจตนาที่จะให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในฐานะที่เป็นทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในด้วย แต่ก็มีนักวิชาการบางส่วนโต้แย้งว่าศาลของสหรัฐอเมริกาควรเรียกร้องให้สภาแถลงการณ์อย่างชัดเจนก่อนที่จะให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศทำหน้าที่ในการตีความกฎหมาย

หากศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาตีความหมายตามพิธีสารเลือกรับและตัดสินว่าคำตัดสินคดีอาวินาไม่ได้ตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาในทางที่ศาลภายในผูกพันให้ปฏิบัติตามแล้ว ดังนั้นก็เป็นการใช้สิทธิหลักการซึ่งมีผลบังคับในตัวเอง เพราะว่าการให้สัตยาบันของสภาแล้วก็มีเจตนาที่จะให้อำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาอยู่แล้ว เมื่อสภาได้ให้สัตยาบันก็ต้องรู้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 จะกลายเป็นกฎหมายสูงสุดของสหรัฐอเมริกาโดยอัตโนมัติตามหลักผลบังคับในตัวเอง ซึ่งก็เท่ากับว่าได้ให้อำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ทั้งในฐานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของรัฐด้วย

4.3.2.2.3 พิธีสารเลือกรับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963

พิธีสารเลือกรับเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่แยกออกมาต่างหากและมีผลสมบูรณ์ และมีการเปิดให้ลงนามเพื่อเป็นภาคีตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทาง

³⁶ Ibid.

กงสุล ค.ศ. 1963 พิธีสารเลือกรับมีหลักการสำคัญอยู่ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีเขตอำนาจศาลในการระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับการตีความและการใช้ออนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 โดยสหรัฐอเมริกาได้ให้สัตยาบันทั้งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และพิธีสารเลือกรับใน ค.ศ. 1969

ศาลสูงสุดในคดี Medellin กล่าวว่าพิธีสารเลือกรับนั้นกำหนดให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจในการพิจารณาคดี เพื่อให้รัฐภาคีที่ลงนามยื่นข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเท่านั้น ไม่ได้มีผลบังคับรัฐภาคีให้ปฏิบัติตามคำตัดสินไปด้วย³⁷ และถึงแม้ว่าพิธีสารเลือกรับจะกำหนดให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แต่หากไม่มีข้อความใดเรียกร้องให้ศาลภายในสหรัฐอเมริกายอมรับการตีความนี้ เพราะอำนาจนี้เป็นอำนาจของฝ่ายตุลาการ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีอำนาจนี้และพิธีสารเลือกรับก็ไม่ได้มีเจตนาที่จะให้อำนาจการตีความอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในฐานะที่เป็นกฎหมายภายใน และนอกจากนี้อำนาจในการบังคับคู่ความให้ปฏิบัติตามคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศปรากฏในมาตรา 94 (1) แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ แต่ศาลสูงสุดก็มองว่ามาตรา 94 (1) ไม่มีถ้อยคำที่เป็นคำสั่งและศาลก็ได้ตีความว่ามาตรานี้ไม่มีผลบังคับในตัวเอง

ตามบทบัญญัติของพิธีสารเลือกรับแล้วไม่มีการกล่าวถึงลักษณะอำนาจของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และผู้ร่างก็ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นนี้โดยชัดเจน ซึ่งตามหลักโดยทั่วไปแล้วศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่ได้มีอำนาจระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวกับกฎหมายภายในโดยการทำหน้าที่แทนศาลภายใน มีแต่เพียงอำนาจระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพียงแต่ทำหน้าที่ในการตีความกฎหมายภายในในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงเพื่อจูงใจหมายในกระบวนการพิจารณาทางกฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น

4.3.3 บันทึกรับความเข้าใจของประธานาธิบดี

ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาใช้อำนาจบริหาร ซึ่งศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาในประเด็นที่ว่า ประธานาธิบดีมีอำนาจในการบังคับตามคำตัดสินคดีอาวินาฝ่ายเดียวหรือไม่ เพราะภายใต้หลักการตุลแห่งอำนาจนั้น มีแต่เพียงสภาเท่านั้นที่สามารถบังคับตามกฎหมายได้³⁸

รัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาอ้างว่าคดีของ Medellin ต้องได้รับการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่ในศาลมลรัฐเท็กซัส เพราะว่าสหรัฐอเมริกามีพันธกรณีภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติและ

³⁷ Id 1358

³⁸ Frederic L. Kirgis, "International Law in the American Courts - The United States Supreme Court Declines to Enforce the I.C.J.'S Avena Judgment Relating to A U.S. Obligation Under the Convention on Consular Relations," *German Law Journal* 9 (May 2008): 620.

ธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อปฏิบัติตามคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีที่เป็นคู่ความ และหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีก็เกี่ยวกับการต่างประเทศซึ่งเรื่องนโยบายต่างประเทศเป็นประเด็นอ่อนไหว และรัฐบาลกลางของสหรัฐก็อ้างว่าการตัดสินใจของประธานาธิบดีเพื่อบรรลุตามพันธกรณีทางสนธิสัญญาของสหรัฐอเมริกาต้องมาก่อนการปรับใช้ประมวลกฎหมายอาญาเท็กซัสส่วนที่ 5 เพราะเป็นการใช้อำนาจด้านความสัมพันธ์กับต่างประเทศของประธานาธิบดีซึ่งต้องมาก่อนกฎหมายของมลรัฐ เพราะประธานาธิบดีเป็นองค์กรเดียวของรัฐบาลกลางที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ³⁹

ตามที่ประธานาธิบดีได้ตัดสินใจปฏิบัติตามคำตัดสินคดีอาวีนาเพื่อประโยชน์สูงสุดของสหรัฐอเมริกา โดยออกบันทึกความเข้าใจไปยังรัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมของสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2005 ซึ่งประธานาธิบดีได้กล่าวบางส่วนว่า

“ตามที่ข้าพเจ้าได้ตัดสินใจไปนั้น ตามอำนาจหน้าที่ของข้าพเจ้าในตำแหน่งประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา สหรัฐอเมริกาจะทำตามพันธกรณีระหว่างประเทศภายใต้คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวีนา โดยให้ศาลมลรัฐทำหน้าที่ตามหลักอัยาศัยไมตรีที่มีต่อกันในคดีของบุคคลสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 51 คนตามคำพิพากษานั้น”⁴⁰

ทางรัฐบาลสหรัฐอเมริกาก็ได้ให้เหตุผลว่าประธานาธิบดีมีอำนาจที่จำเป็นในการบัญญัติกฎหมายภายใน แต่ศาลมลรัฐในคดี Medellin ก็ได้ตอบโต้ว่าสภาพนุ้ติกฎหมายและการที่ประธานาธิบดีลงนามในสนธิสัญญาเป็นสนธิสัญญาที่ไม่มีผลบังคับในตัวเองด้วยความเข้าใจที่ว่าสนธิสัญญาไม่ได้เป็นกฎหมายภายในและไม่สามารถกลายเป็นกฎหมายภายในได้ทันทีหากไม่มีการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ⁴¹ ซึ่งความเข้าใจนี้ไม่ได้ทำให้ประธานาธิบดีมีอำนาจฝ่ายเดียวในการบังคับตามสนธิสัญญานั้น ศาลจึงไม่รับฟังข้อกล่าวอ้างของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกาที่กล่าวว่าประธานาธิบดีมีบทบาทในการออกกฎหมายอันเกี่ยวกับกิจการต่างประเทศ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการบังคับตามสนธิสัญญานั้น แต่ศาลก็แย้งว่า แม้ว่าประธานาธิบดีจะมีอำนาจกว้างขวาง แต่ก็ไม่ได้ขยายขอบเขตไปถึงออกบทบัญญัติกฎหมายภายในด้วย⁴²

ดังนั้นศาลสูงของสหรัฐอเมริกาในคดี Medellin จึงตัดสินว่า คำตัดสินคดีอาวีนาไม่มีผลผูกพันโดยทันทีต่อกฎหมายภายใน และประธานาธิบดีไม่มีอำนาจฝ่ายเดียวในการทำให้คำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีผลผูกพันต่อกฎหมายภายใน

³⁹ Brief for the U.S. No. AP-75,207,

⁴⁰ President’s Memorandum for the Attorney Gen., Subject: Compliance with the Decision of the International Court of Justice in Avena (Feb. 28, 2005), [Online] (n.d.) Available from <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/02/20050228-18.html>

⁴¹ Medellin, 128 S. Ct. at 1369

⁴² Medellin, 128 S. Ct. at 1371

ในประเด็นนี้ ผู้พิพากษาศติเวนได้ให้ความเห็นที่น่าสนใจไว้ว่า ตนเห็นด้วยกับคำตัดสินของเสียงส่วนใหญ่ว่าประธานาธิบดีไม่สามารถทำให้สนธิสัญญาที่ไม่มีผลบังคับในตัวเองกลายเป็นกฎหมายภายในโดยอำนาจของตนฝ่ายเดียวได้ แต่เป็นหน้าที่ของสภา และหน้าที่ในการปฏิบัติตามคำตัดสินคืออาวินาเป็นหน้าที่ของศาลมลรัฐเท็กซัส⁴³

4.3.4 สิทธิของปัจเจกชนในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล มาตรา

36

ประเด็นนี้เป็นที่ถกเถียงกันมากจากถ้อยคำของมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ซึ่งศาลภายในบางศาลของสหรัฐอเมริกาและนักวิชาการจำนวนมากเห็นว่าทบัญญัตินี้ก่อให้เกิดสิทธิแก่ปัจเจกชนเพิ่มขึ้น แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่าสนธิสัญญาส่วนใหญ่นั้นไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่ปัจเจกบุคคล เพราะหน้าที่ของสนธิสัญญาในฐานะที่เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐและโดยทั่วไปแล้วจะบังคับกันระหว่างรัฐเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาก็มีความแตกต่างไปจากสนธิสัญญาฉบับอื่นๆและบัญญัติว่าหากปัจเจกบุคคลผู้ถูกจับกุมจากการบังคับใช้กฎหมายของรัฐต่างประเทศ

ศาลภายในของสหรัฐอเมริกาบางศาลเห็นว่าอนุสัญญานี้ก็เหมือนกับข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นๆ ที่ไม่ได้สร้างสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลแต่สร้างสิทธิระหว่างรัฐภาคี ดังนั้นหากมีการละเมิดอนุสัญญาแล้วมีเพียงรัฐเท่านั้นที่สามารถบังคับตามอนุสัญญาได้

จากที่ได้กล่าวไปแล้วว่าสนธิสัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐ โดยทั่วไปจะใช้บังคับระหว่างรัฐโดยผ่านวิธีทางทูตหรือทางการเมือง แต่โดยทั่วไปแล้วจะไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลที่จะสามารถบังคับตามสิทธิได้ ในสถานการณ์ที่สิทธิของปัจเจกบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับการตีความของข้อตกลงเหล่านั้น คือพิจารณาถึงข้อเรียกร้องที่เกี่ยวกับการละเมิดข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นด้วย⁴⁴

หากพิจารณาจากถ้อยคำของมาตรา 36 ว่าก่อให้เกิดสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลหรือไม่ นั้น สิทธิเหล่านั้นไม่เพียงแต่เป็นสิทธิในการเข้าถึงเจ้าหน้าที่กงสุลของรัฐเจ้าของสัญชาติของตน แต่ยังรวมถึงสิทธิในการได้รับการบอกกล่าวสิทธิในการติดต่อกับกงสุล ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ชัดเจนซึ่งมาตรา 36 ไม่ได้ร้องขอโดยตรงให้รัฐผู้รับบอกกล่าวแก่สถานทำการทางกงสุลที่คนชาติของรัฐผู้ส่งถูกจับกุม แต่อนุสัญญากล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าสิทธินั้นเป็นของคนชาติของรัฐผู้ส่งที่ถูกจับกุมและเขาเป็นผู้ใช้สิทธินั้น เพราะมีเงื่อนไขอยู่ว่า “ถ้าหากคนชาติของรัฐผู้ส่งนั้นร้องขอ” หากเมื่อเขาร้องขอแล้วก็เป็นหน้าที่ควบคู่ของเจ้าหน้าที่ผู้จับกุมว่าต้องบอกกล่าวบุคคลที่เกี่ยวข้องโดยไม่ชักช้าเกี่ยวกับสิทธิภายใต้มาตรา

⁴³ Medellin, 128 S. Ct. at 1374-75

⁴⁴ Emily Deck Harrill, “Exorcising the Ghost: Finding a Right and a Remedy in Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations,” *South Carolina Law Review* 55 (2004): 4.

36 นี้ ก็เป็นที่ชัดเจนว่าอนุสัญญานี้ต้องการสร้างสิทธิของปัจเจกบุคคลและให้รัฐผู้รับปฏิบัติตามหน้าที่นี้

จะเห็นได้ว่าประเด็นนี้เป็นปัญหาที่ศาลภายในของสหรัฐอเมริกาเผชิญหน้ามาอย่างยาวนาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่เกี่ยวกับมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าก่อให้เกิดสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลหรือไม่ โดยปกติแล้วสนธิสัญญานี้เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐที่ก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศ สิทธิของเอกชนในการฟ้องคดีโดยมีโจทก์เป็นปัจเจกบุคคลนั้นเป็นไปได้ยากและเป็นที่ยกเถียงกันมากในกฎหมายระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่าจะมีแนวโน้มเช่นนั้น สนธิสัญญาสามารถมีบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดสิทธิบางประการแก่ปัจเจกบุคคลสำหรับการกระทำที่อยู่ภายในหรือนอกเหนือข้อจำกัดทางดินแดนของรัฐภาคีได้ และสามารถบังคับใช้ได้ระหว่างเอกชนของรัฐภาคีในศาลภายในของรัฐ นอกจากนี้สิทธิปัจเจกบุคคลไม่ได้จำกัดแค่จะก่อให้เกิดการดำเนินคดีระหว่างรัฐภาคีสองรัฐเท่านั้นแต่ยังรวมถึงสิทธิระหว่างศาลภายในของรัฐและปัจเจกบุคคลนั้นอีกด้วย ดังนั้นนักวิชาการหลายท่านมีความเห็นว่า อนุสัญญากรุงเวียนนาก่อให้เกิดสิทธิแก่ปัจเจกบุคคลที่สามารถฟ้องร้องได้ ซึ่งตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แล้วปัจเจกบุคคลผู้ถูกคุมขังหรือถูกจับกุมในรัฐต่างประเทศมีสิทธิได้รับการบอกกล่าวตามสิทธิของพวกเขาภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนานี้ จึงนำไปสู่ข้อเท็จจริงที่ว่าอาจจะไม่ใช่แค่การละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลเท่านั้น แต่ยังมีการละเมิดสิทธิของรัฐที่เป็นภาคีอนุสัญญากรุงเวียนนาด้วยเพราะรัฐโดนตัดสิทธิจากการให้ความช่วยเหลือแก่ปัจเจกบุคคลนั้น

ความเห็นของนักวิชาการทั้งหลายและคำตัดสินของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีความเห็นตรงกันข้ามกับคำตัดสินของศาลภายในของสหรัฐอเมริกาโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้จากการที่จำเลยในหลายๆคดีได้อ้างว่าสิทธิตาม มาตรา 36 ของตนถูกละเมิด แต่ศาลภายในของสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่รวมทั้งศาลสูงของสหรัฐอเมริกาเองก็ได้ตัดสินว่า มาตรา 36 นี้ไม่ได้ให้สิทธิแก่ปัจเจกชนที่จะมากล่าวอ้างในศาลได้ เพราะว่าศาลได้พิจารณาจากอารัมภบทของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ว่าเป็นไปเพื่อจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองกงสุลเพื่อประโยชน์ของรัฐ แต่ไม่ได้ให้ประโยชน์แก่สิทธิของปัจเจกชนเลย⁴⁵ ด้วยเหตุผลนี้จึงทำให้ศาลไม่รับฟังจำเลย เพราะเมื่ออนุสัญญาไม่ได้ให้สิทธิแก่ปัจเจกชนแต่ให้สิทธิแก่รัฐแล้ว ปัจเจกชนผู้นั้นก็ไม่สามารถนำอนุสัญญากรุงเวียนนาดังกล่าวมากล่าวอ้างในศาลภายในได้ เพราะตนไม่มีสิทธิฟ้องร้องคดี

⁴⁵ ในอารัมภบทของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 รัฐภาคีผู้ลงนามในอนุสัญญา โดยเชื้อ “ว่าการมีอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ทางกงสุล เอกสิทธิและความคุ้มกัน จะมีส่วนช่วยพัฒนาความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างชาติด้วย แม้ระบบรัฐธรรมนูญและสังคมของชาติเหล่านั้นจะแตกต่างกัน” และ “ความมุ่งประสงค์ของเอกสิทธิและความคุ้มกันเช่นว่านี้ มิใช่เพื่อประโยชน์แก่ตัวบุคคล แต่เพื่อประกันการปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพของสถานทำการทางกงสุลในนามรัฐของตน”

4.3.5 รัฐบัญญัติว่าด้วยการต่อต้านการก่อการร้ายและโทษประหารชีวิต (the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA))

เป็นกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาฉบับหนึ่งที่รัฐสภาออกมาในปี ค.ศ. 1996 มีเนื้อหาเกี่ยวกับหลักการว่าด้วยวิธีพิจารณาความทั่วไป (Doctrine of Procedural Defaults)⁴⁶ ซึ่งใช้กับข้อเรียกร้องเกี่ยวกับสนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกาลงนาม⁴⁷ ดังนั้นข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ก็ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ได้ถ้าหากว่าจำเลยไม่ได้กล่าวอ้างตั้งแต่ในชั้นพิจารณาของศาลมลรัฐ⁴⁸ เพราะตามหลักกฎหมายที่ออกมาก่อนหากขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ออกมาภายหลัง ในส่วนที่ขัดแย้งกันนั้น ต้องใช้กฎหมายที่ออกมาภายหลังบังคับ (later-in-time) ดังนั้นจากภาพของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีอาวินาที่สะท้อนออกมาในคำพิพากษา แม้ศาลจะกล่าวว่ากฎหมายภายในไม่ละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมายระหว่างประเทศ แต่จะละเมิดเมื่อนำมาใช้ ซึ่งความจริงแล้ว ศาลเสี่ยงที่จะเข้าไปก้าวก่ายกับระบบกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของรัฐ เพราะเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องเคารพเพียงแต่ว่าอีกด้านหนึ่งกฎหมายภายในเองก็ต้องสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ทั้งนี้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 เองก็เป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับในตัวเองจึงเป็นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาด้วยตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น แม้ว่าจะมีหลักการใช้กฎหมายที่ออกมาหลังสุด แต่ว่าตัวของกฎเกณฑ์วิธีพิจารณาความทั่วไปก็ไม่ได้มีผลเสียอะไร หากเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาบอกกล่าวสิทธิทางกงสุลแก่ผู้ต้องหาต่างชาติโดยไม่ชักช้า และเมื่อคนต่างชาติร้องขอ เจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาก็ต้องแจ้งไปยังสถานที่ทำการทางกงสุลเช่นเดียวกันว่าได้จับกุมหรือคุมขังคนชาติของรัฐผู้ส่งและต้องบอกกล่าวโดยไม่ชักช้า เมื่อปฏิบัติตามพันธกรณีเช่นนี้ตั้งแต่ต้นผู้ต้องหาต่างชาติก็จะได้รับทราบสิทธิของตนและเจ้าหน้าที่กงสุลก็จะให้ความช่วยเหลือในด้านต่างๆ รวมทั้งการหาตัวแทนทางกฎหมายด้วย เมื่อกระทำเช่นนี้ก็จะไม่มีปัญหา และจำเลยก็ไม่สามารถยกข้อต่อสู้เกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ในศาลสูงสุดได้อีก หากเจ้าหน้าที่ละเมิดสิทธิในการแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่ผู้ต้องหาคดีอาญา

จากปัญหาในการปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ รัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาได้เสนอ “รัฐบัญญัติอาวินา (Avena Act)” ที่มีเจตนาจะโน้มน้าวมลรัฐทั้งหลายให้ปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 แต่เป็นการให้สิทธิแบบมีเงื่อนไขกับมลรัฐทั้งหลายเพื่อให้มั่นใจว่ามลรัฐทั้งหลายปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 และป้องกันการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศของ

⁴⁶ 28 U.S.C. 2254(e)(2) (2001).

⁴⁷ 28 U.S.C. 2254(a) (2001).

⁴⁸ Howard S. Schiffman, “Breard and Beyond: the Status of Consular Notification and Access under the Vienna Convention,” *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 8 (2000): 10,

สหรัฐอเมริกา รัฐบาลอิตาลีที่รัฐสภาต้องบัญญัติ โดยมีเนื้อหา ดังนี้ มลรัฐต้องให้องค์กรของรัฐ เข้าใจการแจ้งสิทธิทางกงสุลโดยตรงตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 จากการจับกุมคนชาติของรัฐผู้ส่งหรือมีความเข้าใจว่าบุคคลที่ถูกคุมขังนั้นเป็นคนต่างชาติ ดังนั้น มลรัฐต้องบอกกล่าวสถานทำการทางกงสุลของรัฐผู้ส่งที่ใกล้ที่สุดและต้องอนุญาตให้ตัวแทนของกงสุล เพื่อให้สามารถติดต่อกับคนชาติที่ถูกจับกุม แต่ในท้ายที่สุดแล้วรัฐบาลอิตาลีฉบับนี้ก็ไม่ผ่าน ความเห็นจากสภา ทำให้ยังไม่มี ความชัดเจนจากสหรัฐอเมริกาว่าจะไม่มีการละเมิดการแจ้งสิทธิทาง กงสุลแก่ผู้ต้องหาคดีอาญาที่เป็นคนชาติของรัฐผู้ส่ง

ดังนั้น การปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาตั้งแต่ต้นและอย่างเคร่งครัดก็จะมีปัญหาใดๆตามมาอีก แม้ว่าผู้ต้องหาที่กระทำผิด คดีอาญานั้นอาจจะไม่ได้รับการลดโทษแต่อย่างน้อยพวกเขาก็ได้ใช้สิทธิที่ตนเองพึงมีอย่างเต็มที่แล้ว

การที่รัฐภาคีละเมิดอนุสัญญาอาจจะเป็นการกระตุ้นให้รัฐภาคีอื่นและสังคมระหว่างประเทศ เพิ่มแรงกดดันกับรัฐที่ละเมิดอนุสัญญาเพื่อให้เพิ่มมาตรการที่จำเป็นในการปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่าง ประเทศ ดังนั้น การยอมรับเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะไร้ความหมายไปหากไม่มีการ ยอมรับผลผูกพันคำของพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นด้วย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากที่ได้ทำการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเห็นได้ว่า คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ เป็นคำพิพากษาที่เกิดขึ้นจากการนำคดีขึ้นสู่ศาลของประเทศเม็กซิโกผู้เป็นโจทก์ ซึ่งฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยกล่าวหาว่าสหรัฐอเมริกาละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ปี ค.ศ. 1963 ภายใต้มาตรา 36 เพราะประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีการแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่คนชาติเม็กซิกัน เมื่อคนชาติเม็กซิกันถูกจับกุม หรือถูกคุมขังในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศเม็กซิโกได้อ้างเขตอำนาจศาลภายใต้พิธีศาลเลือกรับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลเกี่ยวกับเรื่องการระงับข้อพิพาท โดยกล่าวอ้างว่าคนชาติเม็กซิกันได้ถูกจับกุมและคุมขังโดยข้อหาการกระทำผิดร้ายแรง แต่ไม่มีการบอกกล่าวแก่คนชาติเม็กซิกันจากเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาถึงสิทธิในการเข้าถึงกงสุลของพวกเขา ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ปี ค.ศ. 1963

ก่อนที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะได้พิจารณาตามเนื้อความในคดี ศาลได้มีคำสั่งมาตรการชั่วคราวตามคำร้องขอของเม็กซิโกในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนสัญชาติเม็กซิกัน 3 คน อันได้แก่นาย เซซาร์ โรแบร์โต ฟิเอร์โร เรย์นา (César Roberto Fierro Reyna) นายโรแบร์โต โมเรโน รามอส (Roberto Moreno Ramos) และนายออสวัลโด ตอร์เรส อากีเลรา (Oswaldo Torres Aguilera) เพราะกำลังจะถูกตัดสินประหารชีวิตก่อนที่จะมีกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เพื่อให้มั่นใจว่าจะไม่มีการประหารชีวิตคนสัญชาติเม็กซิกันทั้ง 3 คนก่อนที่ศาลจะได้มีคำพิพากษาตามเนื้อความในคดี ซึ่งต่อมาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็มีคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์มีคำสั่งมาตรการชั่วคราวแก่คนชาติเม็กซิกันทั้ง 3 คนนั้น โดยมีคำสั่งว่า “สหรัฐอเมริกาต้องใช้มาตรการทุกมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้มั่นใจว่าคนชาติเม็กซิกันไม่ถูกประหารชีวิตจนกว่าจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดตามกระบวนการพิจารณานี้” และสหรัฐอเมริกาก็ปฏิบัติตามคำสั่งมาตรการชั่วคราวโดยที่ไม่มีการประหารชีวิตคนสัญชาติเม็กซิกันทั้งสามคนในระหว่างที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีการพิจารณาคดี

หลังจากที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่าศาลมีเขตอำนาจเหนือคดีนี้และคดีนี้สามารถรับฟังได้แล้ว ศาลก็ได้เริ่มต้นพิจารณาในเรื่องสัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้องว่าเข้าเกณฑ์ที่จะได้รับการคุ้มครองภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 หรือไม่ ศาลได้พิจารณาถึงบุคคลทั้ง 51 คน ว่าไม่มีหลักฐานที่ทำให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเชื่อได้ว่าผู้ถูก

จับกุมนั้น มีสัญชาติอเมริกันตามที่ประเทศสหรัฐอเมริกากล่าวอ้างมา อีกทั้งยังไม่มีการไต่สวนใดๆ เกิดขึ้น และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาว่าประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้แสดงให้เห็นว่าคนชาติเม็กซิกันบางคนมีสัญชาติอเมริกันด้วยตามที่สหรัฐอเมริกาเห็นว่าที่พิสูจน์ตามที่ได้อ้างว่าคนชาติเม็กซิกันบางคนมีสัญชาติอเมริกันด้วย ดังนั้น สหรัฐอเมริกาต้องบอกกล่าวแก่บุคคลเหล่านั้นถึงสิทธิของพวกเขา ยกเว้นหนึ่งคดีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้แสดงหลักฐานที่แน่นอนที่แสดงได้ว่าผู้ถูกจับกุมนั้นเป็นคนสัญชาติอเมริกัน ดังนั้นศาลจึงตัดสินว่า สหรัฐอเมริกามีหน้าที่กระทำให้บรรลุตามพันธกรณีของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลต่อคนสัญชาติเม็กซิกัน

ในประเด็นต่อมา ประเทศเม็กซิโกกล่าวหาว่าสหรัฐอเมริกาไม่ได้ปฏิบัติตามพันธกรณีในการให้คนสัญชาติเม็กซิกันที่ถูกจับกุมหรือคุมขังติดต่อสื่อสารกับเจ้าหน้าที่กงสุลของเม็กซิโก เพราะไม่ได้แจ้งให้คนสัญชาติเม็กซิกันรับทราบสิทธิของพวกเขาตามมาตรา 36 (1)(b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลค.ศ. 1963 โดย “ปราศจากความล่าช้า” ซึ่งเม็กซิโกยังอ้างอีกว่าโดยปราศจากความล่าช้านั้นต้องตีความว่าต้องมีการแจ้งสิทธิในทันที แต่ศาลกล่าวว่าการแจ้งสิทธินั้นต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดี พันธกรณีของเจ้าหน้าที่ผู้กักขังอยู่ภายใต้มาตรา 36 (1)(b) โดยต้องบอกกล่าวแก่บุคคลผู้ถูกจับกุม เมื่อระลึกได้เป็นครั้งแรกว่าบุคคลนั้นเป็นคนต่างชาติ หรือเมื่อมีความเป็นไปได้ว่าบุคคลนั้นจะเป็นคนต่างชาติ

ศาลได้แนะนำสหรัฐอเมริกาว่าควรต้องเพิ่มการปฏิบัติการตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลถ้าบุคคลที่ถูกจับนั้นเป็นคนต่างชาติเพื่อที่จะได้บอกกล่าวถึงสิทธิภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนา

ประเด็นต่อมา ศาลพิจารณาว่าใน 47 คดี สหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการแจ้งสิทธิทางกงสุล มีคดีหนึ่งที่ผู้ถูกจับกุมไม่ได้รับการแจ้งสิทธิจนเวลาผ่านไป 40 ชั่วโมง และอีก 4 คดี ที่แม้จะมีการแจ้งสิทธิทางกงสุลแต่ก็ไม่ใช้การแจ้งสิทธิโดยปราศจากความล่าช้า ดังนั้น ศาลจึงตัดสินว่า สหรัฐอเมริกาละเมิดมาตรา 36 (1)(b) แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้พิจารณาว่าสหรัฐอเมริกามีการละเมิดบทบัญญัติอื่นของมาตรา 36 หรือไม่ โดยศาลพิจารณาว่าอนุมาตราทั้งสามอนุมาตราของมาตรา 36 (1) มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน ด้วยเหตุผลนี้จึงกล่าวได้ว่าเมื่อสหรัฐอเมริกามีการละเมิดมาตรา 36 (1)(b) แล้วจึงส่งผลกระทบต่อเม็กซิโกจากการใช้สิทธิของตนภายใต้มาตรา 36 (1)(a) ในการติดต่อสื่อสารกับคนชาติ และศาลก็ได้พิจารณาเช่นเดียวกันว่ายังมีการละเมิดมาตรา 36 (1)(c) อีกเช่นเดียวกัน ในคดี 49 คดีจาก 51 คดี ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่าสหรัฐอเมริกามีการละเมิดสิทธิของเม็กซิโกภายใต้มาตรา 36 (1)(b) และใน 34 คดี ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าการกระทำของสหรัฐอเมริกาได้ละเมิดมาตรา 36 (1)(c)

เม็กซิโกยังได้กล่าวหาว่าสหรัฐอเมริกาได้ละเมิดมาตรา 36 (2) โดยที่ไม่มีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่อย่างมีประสิทธิภาพแก่คำพิพากษาและคำตัดสินลงโทษของศาลภายในสหรัฐอเมริกาตามที่ได้มีการละเมิดมาตรา 36 (1) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เม็กซิโกได้อธิบายว่าจากการใช้กฎเกณฑ์ “วิธีพิจารณาความทั่วไป” ในหลายๆศาลของสหรัฐอเมริกาเพื่อขัดขวางการปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล โดยสหรัฐอเมริกาอ้างว่าไม่มีการยกประเด็นขึ้นมาต่อสู้ในเวลาที่เหมาะสม โดยศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวว่า ศาลเคยได้พิจารณาในประเด็นนี้มาแล้วในคดี LaGrand ซึ่งในคดีนี้ศาลพบว่าทุกคดียกเว้นสามคดีนั้น ยังคงมีความเป็นไปได้ที่จะมีการพิจารณาใหม่ ซึ่งสามคดีนั้นที่ศาลของสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาและลงโทษไปแล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินว่าสหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีภายใต้มาตรา 36 (2) เพราะไม่มีการพิจารณาในประเด็นอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลภายในศาลของสหรัฐอเมริกา

ประเด็นต่อมาเมื่อมีการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลแล้ว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้พิจารณาในประเด็นการเยียวยาทางกฎหมาย ซึ่งศาลได้ตัดสินว่าสหรัฐอเมริกาต้องมีการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่ โดยต้องคำนึงถึงการละเมิดสิทธิภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลในส่วนที่เกี่ยวกับการติดต่อสื่อสารของเจ้าหน้าที่กงสุลกับคนชาติ และศาลยังได้กล่าวว่าคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาไม่อาจเป็นโมฆะได้ นอกจากนั้นกระบวนการผ่อนผันการลงโทษไม่อาจเพียงพอต่อการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่ ซึ่งในประเด็นการเยียวยานี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีการเน้นย้ำโดยเฉพาะว่าศาลภายในของสหรัฐอเมริกาต้องมีการทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่แก่คนชาติเม็กซิกันที่มีรายชื่อตามคำพิพากษา แม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเลือกใช้วิธีการใดๆก็ได้เพื่อให้สัมฤทธิ์ผลตามคำพิพากษา แต่ก็อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าศาลภายในของสหรัฐอเมริกาต้องพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล

ต่อมาในปี ค.ศ. 2008 ประเทศเม็กซิโกก็ได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เพื่อให้ศาลตีความคำพิพากษาในคดีอาวินาที่ได้ตัดสินไว้ใน ค.ศ. 2004 แต่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ปฏิเสธที่จะตีความ และกล่าวว่าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีผลผูกพัน ประเทศสหรัฐอเมริกาให้ต้องปฏิบัติตามอยู่แล้ว และการเยียวยาโดยวิธีพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษใหม่ของศาลภายในของสหรัฐอเมริกาก็เพียงพออยู่แล้ว แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาต้องปฏิบัติตามพันธกรณีให้เกิดผลภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล และนอกจากนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังได้กล่าวว่าประเทศสหรัฐอเมริกาละเมิดคำสั่งมาตรการชั่วคราวค.ศ. 2008 เพราะประหารชีวิตนาย Medellin ในระหว่างที่มีคำสั่งมาตรการชั่วคราว เนื่องจากคำสั่งมาตรการชั่วคราวได้มีคำสั่งว่าจะไม่ประหารชีวิตจนกว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะได้พิจารณาเนื้อความในคดีเสร็จสิ้น แต่

ประเทศสหรัฐอเมริกาที่ประหารชีวิตนาย Medellin โดยไม่สนใจต่อคำสั่งมาตรการชั่วคราวของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ นอกจากนี้ประเด็นนี้แล้วผลบังคับของคำพิพากษาในคดีอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆในค.ศ. 2004 ยังมีผลผูกพันสหรัฐอเมริกาต้องปฏิบัติตามอยู่

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาจะพบว่า ภายใต้คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆจะสามารถแก้ไขปัญหาการละเมิดอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ได้ในระดับหนึ่ง นอกจากนี้ยังได้สร้างบทเรียนต่อกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะในประเด็นการเยียวยาความเสียหายเพราะมีการเยียวยาที่หลากหลายขึ้น แต่ในขณะเดียวกันนั้นจากประวัติการนำคดีที่เกี่ยวกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศซึ่งคดีนี้เป็นคดีที่สามแล้ว จะพบว่าจำเลยทั้งสามคดีคือสหรัฐอเมริกา ซึ่งในปัจจุบันได้ถอนตัวออกจากพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล หากเมื่อมีข้อพิพาทระหว่างรัฐเกิดขึ้นที่เกี่ยวกับอนุสัญญานี้ รัฐผู้เสียหายก็ไม่อาจนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ แม้ว่าสหรัฐอเมริกามีกฎหมายในเรื่องนี้โดยเฉพาะแล้ว แต่ก็ไม่สามารถรับประกันได้ว่าสหรัฐอเมริกาจะให้ความยุติธรรมแก่คนต่างชาติได้อย่างเต็มที่ ดังนั้นข้าพเจ้าจึงมีข้อเสนอแนะดังนี้

1. เพื่อให้วัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของมาตรา 36 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 สมฤทธิ์ผล รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติโดยเคร่งครัด ยอมรับและเข้าใจในพันธกรณีของตนเพื่อเป็นกลไกในการปฏิบัติตามอนุสัญญากรุงเวียนนาให้ได้ผลอย่างเต็มที่

2. ศาลภายในของสหรัฐอเมริกาต้องยอมรับในพันธกรณีของตนและเคารพต่อข้อตกลงระหว่างประเทศของรัฐบาลกลางและต้องดำเนินกระบวนการพิจารณา ในศาลภายในของรัฐอย่างยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎเกณฑ์ว่าด้วยวิธีพิจารณาความทั่วไปที่ขัดขวางไม่ให้ยกข้อต่อสู้ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 มาพิจารณาในศาลภายในของสหรัฐอเมริกาได้หากจำเลยไม่ได้ยกข้อต่อสู้มาตั้งแต่ศาลชั้นต้น นอกจากนี้ จากการที่สหรัฐอเมริกาละเมิดพันธกรณีนี้ซ้ำแล้วซ้ำเล่าก็เนื่องมาจากศาลภายในของสหรัฐอเมริกาปฏิเสธการบรรเทาการละเมิด ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารไม่ได้มีบทบาทโดยตรงนักเกี่ยวกับเรื่องนี้เพราะเป็นเรื่องของศาล ซึ่งอาจจะไม่มีบทบาทเพียงเล็กน้อยหรือไม่มีเลย เช่น การบรรเทาโทษของฝ่ายบริหารซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้ตัดสินไว้ในคดีอาวีนาแล้วว่าวิธีนี้ไม่ใช่การพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่ การที่จะใช้วิธีนี้ไม่เพียงพอเป็นการเยียวยาแต่สามารถใช้เป็นวิธีเสริมการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่ของศาลได้

3. สหรัฐอเมริกาควรจัดทำคู่มือในเรื่องการเข้าถึงและการแจ้งสิทธิที่เกี่ยวกับกงสุลเพื่อเป็นคำสั่งแก่เจ้าหน้าที่ของมลรัฐ รัฐบาลกลาง และเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่อื่นๆที่เกี่ยวข้องกับคนต่างชาติในสหรัฐอเมริกาและเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าหน้าที่กงสุลในการช่วยเหลือคนต่างชาตินั้น เพื่อให้เจ้าหน้าที่เหล่านั้นปฏิบัติตามตามพันธกรณีอนุสัญญากรุงเวียนนาในเรื่องการแจ้งสิทธิทางกงสุลกับคนต่างชาติที่ถูกจับกุมหรือคุมขังให้มากที่สุด

4. สหรัฐอเมริกาควรคำนึงถึงผลประโยชน์ของคนชาติอเมริกันเมื่อพวกเขาอยู่ในต่างประเทศ เช่นเดียวกัน ตามหลักถ้อยที่ถ้อยอาศัย เพราะหากสหรัฐอเมริกายังละเมิดพันธกรณีโดยไม่บอกกล่าวสิทธิทางกงสุลแก่คนต่างชาติที่ถูกจับกุมและคุมขังในดินแดนสหรัฐอเมริการวมทั้งไม่บอกกล่าวการจับกุมหรือคุมขังนั้นแก่เจ้าหน้าที่กงสุลหากคนชาติร้องขอโดยไม่ชักช้าแล้ว รัฐอื่นก็อาจปฏิบัติกับคนชาติอเมริกันเช่นเดียวกัน

5. สหรัฐอเมริกาควรคำนึงว่าการแจ้งสิทธิแก่ผู้ต้องหา (Miranda Right) นั้นไม่ใช่การแจ้งสิทธิทางกงสุล (Consular Notification) แก่ผู้ต้องหาต่างชาติในคดีอาญาภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ฉะนั้นเจ้าหน้าที่ของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีนี้ต้องเข้าใจถึงความแตกต่างของสองคำนี้ และตระหนักถึงพันธกรณีภายใต้การแจ้งสิทธิทางกงสุลแก่ผู้ต้องหาในคดีอาญาให้มากขึ้น

6. ในกรณีนี้แม้ว่าสหรัฐอเมริกาได้ถอนตัวออกจากพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลแล้ว จึงมีผลให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศไม่มีเขตอำนาจศาลพิจารณาข้อพิพาทที่สหรัฐอเมริกาเป็นคู่ความได้ แต่บทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลยังมีผลผูกพันอยู่ ดังนั้น สหรัฐอเมริกาจึงต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาอย่างเคร่งครัด และให้ความรู้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างทั่วถึง

7. สหรัฐอเมริกาเมื่อยอมรับว่าพันธกรณีในการเยียวยาความเสียหายโดยการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาใหม่เป็นพันธกรณีที่ต้องเกิดผลบังคับตามคำพิพากษาภายในช่วงเวลาที่เหมาะสมผล (obligation of result) ดังนั้นสหรัฐอเมริกาก็ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีให้อยู่ภายในช่วงเวลาที่เหมาะสมผลด้วย เพื่อที่จะเกิดผลบังคับตามคำพิพากษาให้มากที่สุด

8. จากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกี่ยวกับอาวีนาและบุคคลสัญชาติเม็กซิกันคนอื่นๆ ทั้ง 2 ฉบับ ศาลให้วางหลักว่า ให้สหรัฐอเมริกาเลือกวิธีการด้วยตนเอง เป็นการให้อิสระแก่สหรัฐอเมริกาอย่างมากซึ่งสามารถใช้วิธีการอย่างใดก็ได้แล้วแต่ความเหมาะสมตามกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกา แต่ต้องเป็นการเยียวยาโดยศาล เพราะการพิจารณาและทบทวนคำพิพากษาและการลงโทษในศาลภายในของรัฐ ดังนั้นเมื่อวิธีการเปิดกว้างมากขนาดนี้ สหรัฐอเมริกาต้องคำนึงถึงการเยียวยาความเสียหายตามที่คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศระบุไว้

9. เพื่อให้ระบบกฎหมายมีความเป็นเอกภาพในสังคมระหว่างประเทศ รัฐต่างๆ ควรเคารพต่อคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เพื่อที่จะเป็นมาตรฐานทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อไป

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน. 2550.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ หน่วยที่ 7-15.
นนทบุรี: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2552.

ประสิทธิ์ เอกบุตร. ความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility). ใน อาจารย์บุชา ศาสตราจารย์
ดร. อรุณ ภาณุพงศ์, หน้า 77-102. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ภาษาอังกฤษ

Aceves, W., The Vienna Convention on Consular Relations: A Study of Rights, Wrongs, and Remedies. Vanderbilt Journal of Transnational Law 31,2 (1998)

Aralica, E., The Inherent Conflict—Vienna Convention on Consular Relation and United States Domestic Law, Gonzaga Journal of International Law 7,2 (2003-2004)

Beilke, K., The U.S. is Not Alone in Its Reluctance to Adhere to Supranational Decisions from the International Court of Justice. Loyola University Chicago International Law Review 7 (2010)

Bishop, A., The Unenforceable Rights to Consular Notification and Access in the United States: What's Changed Since the Lagrand Case?. Houston Journal of International Law 25 (2002)

Carter, L., Compliance with ICJ Provisional Measures and the Meaning of Review and Reconsideration under the Vienna Convention on Consular Relations: Avena and Other Mexican Nationals (MEX. V. U.S.). Michigan Journal of International Law 25 (2003)

Carter, L., Lessons from Avena: The Inadequacy of Clemency and Judicial Proceedings For Violations of the Vienna Convention on Consular Relations. Duke Journal of Comparative and International Law, 15 (2005)

Clarke, H., Determining the Remedy for Violations of Article 36 of the VCCR: Review And Reconsideration and The Clemency Process After AVENA. George Washington International Law Review 38,1 (2006)

Corbett, D., From Breard to Medellin II: The Vienna Convention on Consular Relations in Perspective. University of Saint Thomas Law Journal 5,3 (2008)

Crawford, J., State Responsibility in a Multiactor World On Re-Reading the Draft Articles on State Responsibility. American Society of International Law Proceedings 1 (1998)

Crawford, J., Bodeau, P. and Peel, J., The ILC'S Draft Articles on State Responsibility: Toward Completion of a Second Reading. American Journal of International Law, 96 (2000)

Culhane, E., In Accordance With General Principles of Comity": President Bush's Memorandum in Medellin V. Dretke and The Constitutional Limitations on the President's Ability to Enforce The ICJ'S Avena Judgment at the State Level. Saint Louis University Law Journal 51 (2007)

Dupuy, P., A General Stocktaking of the Connections Between the Multilateral Dimension of Obligations and Codification of the Law of Responsibility. European Journal of International Law 13,5 (2002)

Epps, V. Violations of the Vienna Convention on Consular Relations: Time for Remedies. Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution 11 (2004)

Heinrich, D., International Law and Constitutional Law: International Court of Justice and Executive Power--Interpreting and Implementing International Treaty Obligations *Medellin V. Texas*, 128 S. CT. 1346 (2008). North Dakota Law Review 85 (2009)

Hoppe, C., A Question of Life and Death--The Request for Interpretation of *Avena* and Certain Other Mexican Nationals (*Mexico v United States*) Before the International Court of Justice. Human Rights Law Review 9,3 (2009)

International Court of Justice, Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, (Hungary and Romania), Second Phase, Advisory Opinion, 1950

International Court of Justice, Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America), Provisional Measures, Order of 9 April 1998

International Court of Justice, Case Concerning *Avena* and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measure, Order of 5 February 2003

International Court of Justice, Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark), Provisional Measures, Order of 29 July 1991

International Court of Justice, Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measure, Order of 5 February 2003

International Court of Justice, Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Merits, Judgment of 31 March 2004

International Court of Justice, Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Merits, Judgment of 31 March 2004, Separate Opinion of Judge Tomka

International Court of Justice, LaGrand Case (Germany v. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 2001

International Court of Justice, Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Merits, Judgment of 31 March 2004

International Court of Justice, Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Merits, Judgment of 31 March 2004, Separate Opinion of Judge Ad Hoc Sepulveda

International Court of Justice, Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Merits, Judgment of 31 March 2004, Declaration of Vice-President Ranjeva

International Court of Justice, Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Merits, Judgment of 31 March 2004, Separate Opinion of Judge Vereshchetin

International Court of Justice, Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Merits, Judgment of 31 March 2004, Separate Opinion of Judge Parra-Aranguren

International Court of Justice, Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Order of 16 July 2008

International Court of Justice, Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Merits, Judgment of 19 January 2009

International Court of Justice, Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Application Instituting Proceedings of Mexico, 5 June 2008

Iraola, R., Federal Criminal Prosecutions and the Right to Consular Notification Under Article 36 of the Vienna Convention. West Virginia Law Review 105 (2002)

Kirgis, F., International Law in the American Courts - The United States Supreme Court Declines to Enforce the I.C.J.'S Avena Judgment Relating to A U.S. Obligation Under the Convention on Consular Relations. German Law Journal 9 (2008)

Kadish, M., Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: The International Court of Justice in Mexico V. United States (AVENA) Speaks Emphatically to the Supreme Court of the United States About the Fundamental Nature of the Right to Consul. Georgetown Journal of International Law 18 (2004)

Kolesnikov, Y., Meddling with the Vienna Convention on Consular Relations: The Dilemma and Proposed Statutory Solutions. McGeorge Law Review 40 (2009)

Lee, T. Consular Law and Practice. Oxford : Clarendon Press, 1991

Macina, A., Avena & Other Mexican Nationals: The Litmus for Lagrand & the Future of Consular Rights in the United States. California Western International Law Journal 34 (2003) :

Martin Dixon. Textbook on International Law. New York : Oxford University Press, 2007.

Mendenhall, M., A Case For Consular Notification: Treaty Obligation as A Matter of Life or Death. Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas 8 (2002)

Nahapetian, K., Confronting State Complicity in International Law. UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs 99 (2002)

Novak, S., Everyone Knows Medellin; Has Anyone Heard of O'Brien? Reconciling the United States and the International Community by Amending the VCCR. John Marshall Law Review 43,3 (2010)

Parker, M., "Review and Reconsideration:" In Search of A Just Standard of Review for Violations of Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations. U.C. Davis Journal of International Law and Policy 12 (2006)

President's Memorandum for the Attorney Gen. Subject: Compliance with the Decision of the International Court of Justice in Avena (Feb. 28, 2005), [Online] (n.d.) Available from <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/02/20050228-18.html>

Schiffman, H., Breard and Beyond: The Status of Consular Notification and Access Under The Vienna Convention. Cardozo Journal of International and Comparative Law 8 (2000)

Shaw, M. International Law. Cambridge : Cambridge University Press, 2003.

Shelton, D., Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States). 43 ILM 581 (2004). International Court of Justice, March 31, 2004. American Journal of International Law 43 (2004)

Simma, B. and Hoppe, C., From Lagrand and Avena to Medellin--A Rocky Road Toward Implementation. Tulane Journal of International and Comparative Law 14 (2005)

Smartt, N., What Breard and its Progeny Mean for Avena and Other Mexican Nationals. Temple International and Comparative Law Journal 19 (2005)

Tams, C., Do Serious Breaches Give Rise to any Specific Obligations of the Responsible State?. European Journal of International Law 13,5 (2002)

Trainer, K., The Vienna Convention on Consular Relations in the United States Courts. Transnational Lawyer 2 (2000)

Tranel, A., The Ruling of the International Court of Justice in: Enforcing the Right to Consular Assistance in U.S. Jurisprudence. American University International Law Review, 20 (2005)

United Nations General Assembly Resolution 56/83 (12 December 2001),
Responsibility of States for internationally wrongful acts

United Nations, **Vienna Convention on Consular Relations** [Online], 10 May 2013.

Available from :

http://treaties.un.org/Pages/ShowMTDSGDetails.aspx?src=UNTSO&tabid=2&mtdsg_no=III-6&chapter=3&lang=en

United Nations General Assembly Resolution 799(VIII) (7 December 1953), Request for the codification of the principle of international law governing State responsibility

United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol.II (1956), (Doc A/CN.4/96)

United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1956), (Doc. A/CN.4/SER.A/1956/Add.1)

United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1970), document A/CN.4/SER.A/1970/Add.1

United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1) (1980), document A/CN.4/SER.A/1980/Add. 1 (Part 1)

United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1) (1980), documents A/CN.4/330

United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1) (1986), documents A/CN.4/397

United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1) (1988), documents A/CN.4/416

United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1) (1996),
documents A/CN.4/476

United Nations, Yearbook of the International Law Commission Vol. II (1) (1998),
documents A/53/10

United Nations, Yearbook of the International Law Commission, fifty-third Session,
document A/56/10

Wallace, R. **International Law in a Nutshell**. London : Sweet & Maxwell, 2006.

White, J., "A New Remedy Stresses the Need for International Education: The Impact
of The Lagrand Case on a Domestic Court's Violation of A Foreign National's
Consular Relations Rights under the Vienna Convention." Washington
University Global Studies Law Review Winter 2 (2003)

Whitesell, B., Diamond in the Rough: Mining Article 36(1) (B) of the Vienna Convention
on Consular Relations for an Individual Right to DUE Process. Duke Law
Journal 54,2 (2004)

Warren, M. **Human Rights Research, Foreign Nationals and the Death Penalty in
the United States** [online], 29 January 2013. available from
[http://www.deathpenaltyinfo.org/foreign-nationals-and-death-penalty-
us#Dual_nationality](http://www.deathpenaltyinfo.org/foreign-nationals-and-death-penalty-us#Dual_nationality)

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

**CASE CONCERNING AVENA AND OTHER
MEXICAN NATIONALS**

(MEXICO v. UNITED STATES OF AMERICA)

JUDGMENT OF 31 MARCH 2004

2004

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

**AFFAIRE AVENA ET AUTRES
RESSORTISSANTS MEXICAINS**

(MEXIQUE c. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE)

ARRÊT DU 31 MARS 2004

Official citation:

Avena and Other Mexican Nationals
(*Mexico v. United States of America*),
Judgment, *I.C.J. Reports 2004*, p. 12

Mode officiel de citation:

Avena et autres ressortissants mexicains
(*Mexique c. Etats-Unis d'Amérique*),
arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070989-6

Sales number
N° de vente:

880

31 MARCH 2004

JUDGMENT

AVENA AND OTHER MEXICAN NATIONALS
(MEXICO v. UNITED STATES OF AMERICA)

AVENA ET AUTRES RESSORTISSANTS MEXICAINS
(MEXIQUE c. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE)

31 MARS 2004

ARRÊT

2004
31 March
General List
No. 128

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2004

31 March 2004

CASE CONCERNING AVENA AND OTHER
MEXICAN NATIONALS

(MEXICO v. UNITED STATES OF AMERICA)

Facts of the case — Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations of 24 April 1963.

* *

Mexico's objection to the United States objections to jurisdiction and admissibility — United States objections not presented as preliminary objections — Article 79 of Rules of Court not pertinent in present case.

* *

Jurisdiction of the Court.

First United States objection to jurisdiction — Contention that Mexico's submissions invite the Court to rule on the operation of the United States criminal justice system — Jurisdiction of Court to determine the nature and extent of obligations arising under Vienna Convention — Enquiry into the conduct of criminal proceedings in United States courts a matter belonging to the merits.

Second United States objection to jurisdiction — Contention that the first submission of Mexico's Memorial is excluded from the Court's jurisdiction — Mexico defending an interpretation of the Vienna Convention whereby not only the absence of consular notification but also the arrest, detention, trial and conviction of its nationals were unlawful, failing such notification — Interpretation of Vienna Convention a matter within the Court's jurisdiction.

Third United States objection to jurisdiction — Contention that Mexico's submissions on remedies go beyond the Court's jurisdiction — Jurisdiction of Court to consider the question of remedies — Question whether or how far the Court may order the requested remedies a matter belonging to the merits.

Fourth United States objection to jurisdiction — Contention that the Court lacks jurisdiction to determine whether or not consular notification is a human right — Question of interpretation of Vienna Convention.

* *

Admissibility of Mexico's claims.

First United States objection to admissibility — Contention that Mexico's submissions on remedies seek to have the Court function as a court of criminal appeal — Question belonging to the merits.

Second United States objection to admissibility — Contention that Mexico's claims to exercise its right of diplomatic protection are inadmissible on grounds that local remedies have not been exhausted — Interdependence in the present case of rights of the State and of individual rights — Mexico requesting the Court to rule on the violation of rights which it suffered both directly and through the violation of individual rights of its nationals — Duty to exhaust local remedies does not apply to such a request.

Third United States objection to admissibility — Contention that certain Mexican nationals also have United States nationality — Question belonging to the merits.

Fourth United States objection to admissibility — Contention that Mexico had actual knowledge of a breach but failed to bring such breach to the attention of the United States or did so only after considerable delay — No contention in the present case of any prejudice caused by such delay — No implied waiver by Mexico of its rights.

Fifth United States objection to admissibility — Contention that Mexico invokes standards that it does not follow in its own practice — Nature of Vienna Convention precludes such an argument.

* *

Article 36, paragraph 1 — Mexican nationality of 52 individuals concerned — United States has not proved its contention that some were also United States nationals.

Article 36, paragraph 1 (b) — Consular information — Duty to provide consular information as soon as arresting authorities realize that arrested person is a foreign national, or have grounds for so believing — Provision of consular information in parallel with reading of "Miranda rights" — Contention that seven individuals stated at the time of arrest that they were United States nationals — Interpretation of phrase "without delay" — Violation by United States of the obligation to provide consular information in 51 cases.

Consular notification — Violation by United States of the obligation of consular notification in 49 cases.

Article 36, paragraph 1 (a) and (c) — Interrelated nature of the three subparagraphs of paragraph 1 — Violation by United States of the obligation to enable Mexican consular officers to communicate with, have access to and visit their nationals in 49 cases — Violation by United States of the obligation to

enable Mexican consular officers to arrange for legal representation of their nationals in 34 cases.

Article 36, paragraph 2 — "Procedural default" rule — Possibility of judicial remedies still open in 49 cases — Violation by United States of its obligations under Article 36, paragraph 2, in three cases.

* *

Legal consequences of the breach.

Question of adequate reparation for violations of Article 36 — Review and reconsideration by United States courts of convictions and sentences of the Mexican nationals — Choice of means left to United States — Review and reconsideration to be carried out by taking account of violation of Vienna Convention rights — "Procedural default" rule.

Judicial process suited to the task of review and reconsideration — Clemency process, as currently practised within the United States criminal justice system, not sufficient in itself to serve as appropriate means of "review and reconsideration" — Appropriate clemency procedures can supplement judicial review and reconsideration.

Mexico requesting cessation of wrongful acts and guarantees and assurances of non-repetition — No evidence to establish "regular and continuing" pattern of breaches by United States of Article 36 of Vienna Convention — Measures taken by United States to comply with its obligations under Article 36, paragraph 1 — Commitment undertaken by United States to ensure implementation of its obligations under that provision.

* *

No a contrario argument can be made in respect of the Court's findings in the present Judgment concerning Mexican nationals.

* *

United States obligations declared in Judgment replace those arising from Provisional Measures Order of 5 February 2003 — In the three cases where the United States violated its obligations under Article 36, paragraph 2, it must find an appropriate remedy having the nature of review and reconsideration according to the criteria indicated in the Judgment.

JUDGMENT

Present: President SHI; Vice-President RANJEVA; Judges GUILLAUME, KOROMA, VERESHCHETIN, HIGGINS, PARRA-ARANGUREN, KOOIJMANS, REZEK, AL-KHASAWNEH, BUERGENTHAL, ELARABY, OWADA, TOMKA; Judge ad hoc SEPÚLVEDA; Registrar COUVREUR.

In the case concerning Avena and other Mexican nationals,

between

the United Mexican States,
represented by

H.E. Mr. Juan Manuel Gómez-Robledo, Ambassador, former Legal Adviser,
Ministry of Foreign Affairs, Mexico City,

as Agent;

H.E. Mr. Santiago Oñate, Ambassador of Mexico to the Kingdom of the
Netherlands,

as Agent (until 12 February 2004);

Mr. Arturo A. Dager, Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs, Mexico
City,

Ms María del Refugio González Domínguez, Chief, Legal Co-ordination
Unit, Ministry of Foreign Affairs, Mexico City,

as Agents (from 2 March 2004);

H.E. Ms Sandra Fuentes Berain, Ambassador-Designate of Mexico to the
Kingdom of the Netherlands,

as Agent (from 17 March 2004);

Mr. Pierre-Marie Dupuy, Professor of Public International Law at the
University of Paris II (Panthéon-Assas) and at the European University
Institute, Florence,

Mr. Donald Francis Donovan, Attorney at Law, Debevoise & Plimpton,
New York,

Ms Sandra L. Babcock, Attorney at Law, Director of the Mexican Capital
Legal Assistance Programme,

Mr. Carlos Bernal, Attorney at Law, Noriega y Escobedo, and Chairman of
the Commission on International Law at the Mexican Bar Association,
Mexico City,

Ms Katherine Birmingham Wilmore, Attorney at Law, Debevoise &
Plimpton, London,

Mr. Dietmar W. Prager, Attorney at Law, Debevoise & Plimpton, New
York,

Ms Socorro Flores Liera, Chief of Staff, Under-Secretariat for Global Affairs
and Human Rights, Ministry of Foreign Affairs, Mexico City,

Mr. Victor Manuel Uribe Aviña, Head of the International Litigation Sec-
tion, Legal Adviser's Office, Ministry of Foreign Affairs, Mexico City,

as Counsellors and Advocates;

Mr. Erasmo A. Lara Cabrera, Head of the International Law Section, Legal
Adviser's Office, Ministry of Foreign Affairs, Mexico City,

Ms Natalie Klein, Attorney at Law, Debevoise & Plimpton, New York,

Ms Catherine Amirfar, Attorney at Law, Debevoise & Plimpton, New York,

Mr. Thomas Bollyky, Attorney at Law, Debevoise & Plimpton, New York,

Ms Cristina Hoss, Research Fellow at the Max Planck Institute for Com-
parative Public Law and International Law, Heidelberg,

Mr. Mark Warren, International Law Researcher, Ottawa,

as Advisers;

Mr. Michel L'Enfant, Debevoise & Plimpton, Paris,
as Assistant,

and

the United States of America,

represented by

The Honourable William H. Taft, IV, Legal Adviser, United States Department of State,

as Agent;

Mr. James H. Thessin, Principal Deputy Legal Adviser, United States Department of State,

as Co-Agent;

Ms Catherine W. Brown, Assistant Legal Adviser for Consular Affairs, United States Department of State,

Mr. D. Stephen Mathias, Assistant Legal Adviser for United Nations Affairs, United States Department of State,

Mr. Patrick F. Philbin, Associate Deputy Attorney General, United States Department of Justice,

Mr. John Byron Sandage, Attorney-Adviser for United Nations Affairs, United States Department of State,

Mr. Thomas Weigend, Professor of Law and Director of the Institute of Foreign and International Criminal Law, University of Cologne,

Ms Elisabeth Zoller, Professor of Public Law, University of Paris II (Panthéon-Assas),

as Counsel and Advocates;

Mr. Jacob Katz Cogan, Attorney-Adviser for United Nations Affairs, United States Department of State,

Ms Sara Criscitelli, Member of the Bar of the State of New York,

Mr. Robert J. Erickson, Principal Deputy Chief, Criminal Appellate Section, United States Department of Justice,

Mr. Noel J. Francisco, Deputy Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, United States Department of Justice,

Mr. Steven Hill, Attorney-Adviser for Economic and Business Affairs, United States Department of State,

Mr. Clifton M. Johnson, Legal Counsellor, United States Embassy, The Hague,

Mr. David A. Kaye, Deputy Legal Counsellor, United States Embassy, The Hague,

Mr. Peter W. Mason, Attorney-Adviser for Consular Affairs, United States Department of State,

as Counsel;

Ms Barbara Barrett-Spencer, United States Department of State,

Ms Marianne Hata, United States Department of State,

Ms Cecile Jouglet, United States Embassy, Paris,

Ms Joanne Nelligan, United States Department of State,

Ms Laura Romains, United States Embassy, The Hague,

as Administrative Staff,

THE COURT,

composed as above,
after deliberation,

*delivers the following Judgment:*⁴

1. On 9 January 2003 the United Mexican States (hereinafter referred to as "Mexico") filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the United States of America (hereinafter referred to as the "United States") for "violations of the Vienna Convention on Consular Relations" of 24 April 1963 (hereinafter referred to as the "Vienna Convention") allegedly committed by the United States.

In its Application, Mexico based the jurisdiction of the Court on Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court and on Article I of the Optional Protocol concerning the Compulsory Settlement of Disputes, which accompanies the Vienna Convention (hereinafter referred to as the "Optional Protocol").

2. Pursuant to Article 40, paragraph 2, of the Statute, the Application was forthwith communicated to the Government of the United States; and, in accordance with paragraph 3 of that Article, all States entitled to appear before the Court were notified of the Application.

3. On 9 January 2003, the day on which the Application was filed, the Mexican Government also filed in the Registry of the Court a request for the indication of provisional measures based on Article 41 of the Statute and Articles 73, 74 and 75 of the Rules of Court.

By an Order of 5 February 2003, the Court indicated the following provisional measures:

- "(a) The United States of America shall take all measures necessary to ensure that Mr. César Roberto Fierro Reyna, Mr. Roberto Moreno Ramos and Mr. Osvaldo Torres Aguilera are not executed pending final judgment in these proceedings;
- (b) The Government of the United States of America shall inform the Court of all measures taken in implementation of this Order."

It further decided that, "until the Court has rendered its final judgment, it shall remain seised of the matters" which formed the subject of that Order.

In a letter of 2 November 2003, the Agent of the United States advised the Court that the United States had "informed the relevant state authorities of Mexico's application"; that, since the Order of 5 February 2003, the United States had "obtained from them information about the status of the fifty-four cases, including the three cases identified in paragraph 59 (1) (a) of that Order"; and that the United States could "confirm that none of the named individuals [had] been executed".

4. In accordance with Article 43 of the Rules of Court, the Registrar sent the notification referred to in Article 63, paragraph 1, of the Statute to all States parties to the Vienna Convention or to that Convention and the Optional Protocol.

5. By an Order of 5 February 2003, the Court, taking account of the views of the Parties, fixed 6 June 2003 and 6 October 2003, respectively, as the time-limits for the filing of a Memorial by Mexico and of a Counter-Memorial by the United States.

6. By an Order of 22 May 2003, the President of the Court, on the joint request of the Agents of the two Parties, extended to 20 June 2003 the time-limit for the filing of the Memorial; the time-limit for the filing of the Counter-Memorial was extended, by the same Order, to 3 November 2003.

By a letter dated 20 June 2003 and received in the Registry on the same day, the Agent of Mexico informed the Court that Mexico was unable for technical reasons to file the original of its Memorial on time and accordingly asked the Court to decide, under Article 44, paragraph 3, of the Rules of Court, that the filing of the Memorial after the expiration of the time-limit fixed therefor would be considered as valid; that letter was accompanied by two electronic copies of the Memorial and its annexes. Mexico having filed the original of the Memorial on 23 June 2003 and the United States having informed the Court, by a letter of 24 June 2003, that it had no comment to make on the matter, the Court decided on 25 June 2003 that the filing would be considered as valid.

7. In a letter of 14 October 2003, the Agent of Mexico expressed his Government's wish to amend its submissions in order to include therein the cases of two Mexican nationals, Mr. Victor Miranda Guerrero and Mr. Tonatihu Aguilar Saucedo, who had been sentenced to death, after the filing of Mexico's Memorial, as a result of criminal proceedings in which, according to Mexico, the United States had failed to comply with its obligations under Article 36 of the Vienna Convention.

In a letter of 2 November 2003, under cover of which the United States filed its Counter-Memorial within the time-limit prescribed, the Agent of the United States informed the Court that his Government objected to the amendment of Mexico's submissions, on the grounds that the request was late, that Mexico had submitted no evidence concerning the alleged facts and that there was not enough time for the United States to investigate them.

In a letter received in the Registry on 28 November 2003, Mexico responded to the United States objection and at the same time amended its submissions so as to withdraw its request for relief in the cases of two Mexican nationals mentioned in the Memorial, Mr. Enrique Zambrano Garibi and Mr. Pedro Hernández Alberto, having come to the conclusion that the former had dual Mexican and United States nationality and that the latter had been informed of his right of consular notification prior to interrogation.

On 9 December 2003, the Registrar informed Mexico and the United States that, in order to ensure the procedural equality of the Parties, the Court had decided not to authorize the amendment of Mexico's submissions so as to include the two additional Mexican nationals mentioned above. He also informed the Parties that the Court had taken note that the United States had made no objection to the withdrawal by Mexico of its request for relief in the cases of Mr. Zambrano and Mr. Hernández.

8. On 28 November 2003 and 2 December 2003, Mexico filed various documents which it wished to produce in accordance with Article 56 of the Rules of Court. By letters dated 2 December 2003 and 5 December 2003, the Agent of the United States informed the Court that his Government did not object to the production of these new documents and that it intended to exercise its right to comment upon these documents and to submit documents in support of its comments, pursuant to paragraph 3 of that Article. By letters dated 9 December 2003, the Registrar informed the Parties that the Court had taken note that

the United States had no objection to the production of these documents and that accordingly counsel would be free to refer to them in the course of the hearings. On 10 December 2003, the Agent of the United States filed the comments of his Government on the new documents produced by Mexico, together with a number of documents in support of those comments.

9. Since the Court included upon the Bench no judge of Mexican nationality, Mexico availed itself of its right under Article 31, paragraph 2, of the Statute to choose a judge *ad hoc* to sit in the case: it chose Mr. Bernardo Sepúlveda.

10. Pursuant to Article 53, paragraph 2, of its Rules, the Court, having consulted the Parties, decided that copies of the pleadings and documents annexed would be made accessible to the public on the opening of the oral proceedings.

11. Public sittings were held between 15 and 19 December 2003, at which the Court heard the oral arguments and replies of:

For Mexico: H.E. Mr. Juan Manuel Gómez-Robledo,
Ms Sandra L. Babcock,
Mr. Víctor Manuel Uribe Aviña,
Mr. Donald Francis Donovan,
Ms Katherine Birmingham Wilmore,
H.E. Mr. Santiago Oñate,
Ms Socorro Flores Liera,
Mr. Carlos Bernal,
Mr. Dietmar W. Prager,
Mr. Pierre-Marie Dupuy.

For the United States: The Honourable William H. Taft, IV,
Ms Elisabeth Zoller,
Mr. Patrick F. Philbin,
Mr. John Byron Sandage,
Ms Catherine W. Brown,
Mr. D. Stephen Mathias,
Mr. James H. Thessin,
Mr. Thomas Weigend.

*

12. In its Application, Mexico formulated the decision requested in the following terms:

“The Government of the United Mexican States therefore asks the Court to adjudge and declare:

(1) that the United States, in arresting, detaining, trying, convicting, and sentencing the 54 Mexican nationals on death row described in this Application, violated its international legal obligations to Mexico, in its own right and in the exercise of its right of consular protection of its nationals, as provided by Articles 5 and 36, respectively of the Vienna Convention;

(2) that Mexico is therefore entitled to *restitutio in integrum*;

(3) that the United States is under an international legal obligation not to

apply the doctrine of procedural default, or any other doctrine of its municipal law, to preclude the exercise of the rights afforded by Article 36 of the Vienna Convention;

- (4) that the United States is under an international legal obligation to carry out in conformity with the foregoing international legal obligations any future detention of or criminal proceedings against the 54 Mexican nationals on death row or any other Mexican national in its territory, whether by a constituent, legislative, executive, judicial or other power, whether that power holds a superior or a subordinate position in the organization of the United States, and whether that power's functions are international or internal in character;
 - (5) that the right to consular notification under the Vienna Convention is a human right;
- and that, pursuant to the foregoing international legal obligations,
- (1) the United States must restore the *status quo ante*, that is, re-establish the situation that existed before the detention of, proceedings against, and convictions and sentences of, Mexico's nationals in violation of the United States international legal obligations;
 - (2) the United States must take the steps necessary and sufficient to ensure that the provisions of its municipal law enable full effect to be given to the purposes for which the rights afforded by Article 36 are intended;
 - (3) the United States must take the steps necessary and sufficient to establish a meaningful remedy at law for violations of the rights afforded to Mexico and its nationals by Article 36 of the Vienna Convention, including by barring the imposition, as a matter of municipal law, of any procedural penalty for the failure timely to raise a claim or defence based on the Vienna Convention where competent authorities of the United States have breached their obligation to advise the national of his or her rights under the Convention; and
 - (4) the United States, in light of the pattern and practice of violations set forth in this Application, must provide Mexico a full guarantee of the non-repetition of the illegal acts."

13. In the course of the written proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Mexico,
in the Memorial:

"For these reasons, . . . the Government of Mexico respectfully requests the Court to adjudge and declare

- (1) that the United States, in arresting, detaining, trying, convicting, and sentencing the fifty-four Mexican nationals on death row described in

Mexico's Application and this Memorial, violated its international legal obligations to Mexico, in its own right and in the exercise of its right of diplomatic protection of its nationals, as provided by Article 36 of the Vienna Convention;

- (2) that the obligation in Article 36 (1) of the Vienna Convention requires notification before the competent authorities of the receiving State interrogate the foreign national or take any other action potentially detrimental to his or her rights;
- (3) that the United States, in applying the doctrine of procedural default, or any other doctrine of its municipal law, to preclude the exercise and review of the rights afforded by Article 36 of the Vienna Convention, violated its international legal obligations to Mexico, in its own right and in the exercise of its right of diplomatic protection of its nationals, as provided by Article 36 of the Vienna Convention; and
- (4) that the United States is under an international legal obligation to carry out in conformity with the foregoing international legal obligations any future detention of or criminal proceedings against the fifty-four Mexican nationals on death row and any other Mexican national in its territory, whether by a constituent, legislative, executive, judicial or other power, whether that power holds a superior or a subordinate position in the organization of the United States, and whether that power's functions are international or internal in character;

and that, pursuant to the foregoing international legal obligations,

- (1) Mexico is entitled to *restitutio in integrum* and the United States therefore is under an obligation to restore the *status quo ante*, that is, re-establish the situation that existed at the time of the detention and prior to the interrogation of, proceedings against, and convictions and sentences of, Mexico's nationals in violation of the United States' international legal obligations, specifically by, among other things,
 - (a) vacating the convictions of the fifty-four Mexican nationals;
 - (b) vacating the sentences of the fifty-four Mexican nationals;
 - (c) excluding any subsequent proceedings against the fifty-four Mexican nationals any statements and confessions obtained from them prior to notification of their rights to consular notification and access;
 - (d) preventing the application of any procedural penalty for a Mexican national's failure timely to raise a claim or defence based on the Vienna Convention where competent authorities of the United States have breached their obligation to advise the national of his rights under the Convention;

- (e) preventing the application of any municipal law doctrine or judicial holding that prevents a court in the United States from providing a remedy, including the relief to which this Court holds that Mexico is entitled here, to a Mexican national whose Article 36 rights have been violated; and
 - (f) preventing the application of any municipal law doctrine or judicial holding that requires an individualized showing of prejudice as a prerequisite to relief for the violations of Article 36;
- (2) the United States, in light of the regular and continuous violations set forth in Mexico's Application and Memorial, is under an obligation to take all legislative, executive, and judicial steps necessary to:
- (a) ensure that the regular and continuing violations of the Article 36 consular notification, access, and assistance rights of Mexico and its nationals cease;
 - (b) guarantee that its competent authorities, of federal, state, and local jurisdiction, maintain regular and routine compliance with their Article 36 obligations;
 - (c) ensure that its judicial authorities cease applying, and guarantee that in the future they will not apply:
 - (i) any procedural penalty for a Mexican national's failure timely to raise a claim or defence based on the Vienna Convention where competent authorities of the United States have breached their obligation to advise the national of his or her rights under the Convention;
 - (ii) any municipal law doctrine or judicial holding that prevents a court in the United States from providing a remedy, including the relief to which this Court holds that Mexico is entitled here, to a Mexican national whose Article 36 rights have been violated; and
 - (iii) any municipal law doctrine or judicial holding that requires an individualized showing of prejudice as a prerequisite to relief for the Vienna Convention violations shown here."

On behalf of the Government of the United States,

in the Counter-Memorial:

"On the basis of the facts and arguments set out above, the Government of the United States of America requests that the Court adjudge and declare that the claims of the United Mexican States are dismissed."

14. At the oral proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the Government of Mexico,

"The Government of Mexico respectfully requests the Court to adjudge and declare

- (1) that the United States of America, in arresting, detaining, trying, convicting, and sentencing the 52 Mexican nationals on death row described in Mexico's Memorial, 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 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;
- (2) that the obligation in Article 36 (1) of the Vienna Convention requires notification of consular rights and a reasonable opportunity for consular access before the competent authorities of the receiving State take any action potentially detrimental to the foreign national's rights;
- (3) that the United States of America violated its obligations under Article 36 (2) of the Vienna Convention by failing to provide meaningful and effective review and reconsideration of convictions and sentences impaired by a violation of Article 36 (1); by substituting for such review and reconsideration clemency proceedings; and by applying the 'procedural default' doctrine and other municipal law doctrines that fail to attach legal significance to an Article 36 (1) violation on its own terms;
- (4) that pursuant to the injuries suffered by Mexico in its own right and in the exercise of diplomatic protection of its nationals, Mexico is entitled to full reparation for those injuries in the form of *restitutio in integrum*;
- (5) that this restitution consists of the obligation to restore the *status quo ante* by annulling or otherwise depriving of full force or effect the convictions and sentences of all 52 Mexican nationals;
- (6) that this restitution also includes the obligation to take all measures necessary to ensure that a prior violation of Article 36 shall not affect the subsequent proceedings;
- (7) that to the extent that any of the 52 convictions or sentences are not annulled, the United States shall provide, by means of its own choosing, meaningful and effective review and reconsideration of the convictions and sentences of the 52 nationals, and that this obligation cannot be satisfied by means of clemency proceedings or if any municipal law rule or doctrine inconsistent with paragraph (3) above is applied; and

- (8) that the United States of America shall cease its violations of Article 36 of the Vienna Convention with regard to Mexico and its 52 nationals and shall provide appropriate guarantees and assurances that it shall take measures sufficient to achieve increased compliance with Article 36 (1) and to ensure compliance with Article 36 (2)."

On behalf of the Government of the United States,

"On the basis of the facts and arguments made by the United States in its Counter-Memorial and in these proceedings, the Government of the United States of America requests that the Court, taking into account that the United States has conformed its conduct to this Court's Judgment in the *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, not only with respect to German nationals but, consistent with the Declaration of the President of the Court in that case, to all detained foreign nationals, adjudge and declare that the claims of the United Mexican States are dismissed."

* * *

15. The present proceedings have been brought by Mexico against the United States on the basis of the Vienna Convention, and of the Optional Protocol providing for the jurisdiction of the Court over "disputes arising out of the interpretation or application" of the Convention. Mexico and the United States are, and were at all relevant times, parties to the Vienna Convention and to the Optional Protocol. Mexico claims that the United States has committed breaches of the Vienna Convention in relation to the treatment of a number of Mexican nationals who have been tried, convicted and sentenced to death in criminal proceedings in the United States. The original claim related to 54 such persons, but as a result of subsequent adjustments to its claim made by Mexico (see paragraph 7 above), only 52 individual cases are involved. These criminal proceedings have been taking place in nine different States of the United States, namely California (28 cases), Texas (15 cases), Illinois (three cases), Arizona (one case), Arkansas (one case), Nevada (one case), Ohio (one case), Oklahoma (one case) and Oregon (one case), between 1979 and the present.

16. For convenience, the names of the 52 individuals, and the numbers by which their cases will be referred to, are set out below:

1. Carlos Avena Guillen
2. Héctor Juan Ayala
3. Vicente Benavides Figueroa
4. Constantino Carrera Montenegro
5. Jorge Contreras López

6. Daniel Covarrubias Sánchez
7. Marcos Esquivel Barrera
8. Rubén Gómez Pérez
9. Jaime Armando Hoyos
10. Arturo Juárez Suárez
11. Juan Manuel López
12. José Lupercio Casares
13. Luis Alberto Maciel Hernández
14. Abelino Manriquez Jáquez
15. Omar Fuentes Martínez (a.k.a. Luis Aviles de la Cruz)
16. Miguel Angel Martínez Sánchez
17. Martín Mendoza García
18. Sergio Ochoa Tamayo
19. Enrique Parra Dueñas
20. Juan de Dios Ramírez Villa
21. Magdaleno Salazar
22. Ramón Salcido Bojórquez
23. Juan Ramón Sánchez Ramírez
24. Ignacio Tafoya Arriola
25. Alfredo Valdez Reyes
26. Eduardo David Vargas
27. Tomás Verano Cruz
28. [Case withdrawn]
29. Samuel Zamudio Jiménez
30. Juan Carlos Alvarez Banda
31. César Roberto Fierro Reyna
32. Héctor García Torres
33. Ignacio Gómez
34. Ramiro Hernández Llanas
35. Ramiro Rubi Ibarra
36. Humberto Leal García
37. Virgilio Maldonado
38. José Ernesto Medellín Rojas
39. Roberto Moreno Ramos
40. Daniel Angel Plata Estrada
41. Rubén Ramirez Cárdenas
42. Félix Rocha Díaz
43. Oswaldo Regalado Soriano
44. Edgar Arias Tamayo
45. Juan Caballero Hernández
46. Mario Flores Urbán
47. Gabriel Solache Romero
48. Martín Raúl Fong Soto
49. Rafael Camargo Ojeda
50. [Case withdrawn]
51. Carlos René Pérez Gutiérrez
52. José Trinidad Loza

53. Osvaldo Netzahualcóyotl Torres Aguilera

54. Horacio Alberto Reyes Camarena

17. The provisions of the Vienna Convention of which Mexico alleges violations are contained in Article 36. Paragraphs 1 and 2 of this Article are set out respectively in paragraphs 50 and 108 below. Article 36 relates, according to its title, to "Communication and contact with nationals of the sending State". Paragraph 1 (*b*) of that Article provides that if a national of that State "is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner", and he so requests, the local consular post of the sending State is to be notified. The Article goes on to provide that the "competent authorities of the receiving State" shall "inform the person concerned without delay of his rights" in this respect. Mexico claims that in the present case these provisions were not complied with by the United States authorities in respect of the 52 Mexican nationals the subject of its claims. As a result, the United States has according to Mexico committed breaches of paragraph 1 (*b*); moreover, Mexico claims, for reasons to be explained below (see paragraphs 98 *et seq.*), that the United States is also in breach of paragraph 1 (*a*) and (*c*) and of paragraph 2 of Article 36, in view of the relationship of these provisions with paragraph 1 (*b*).

18. As regards the terminology employed to designate the obligations incumbent upon the receiving State under Article 36, paragraph 1 (*b*), the Court notes that the Parties have used the terms "inform" and "notify" in differing senses. For the sake of clarity, the Court, when speaking in its own name in the present Judgment, will use the word "inform" when referring to an individual being made aware of his rights under that subparagraph and the word "notify" when referring to the giving of notice to the consular post.

19. The underlying facts alleged by Mexico may be briefly described as follows: some are conceded by the United States, and some disputed. Mexico states that all the individuals the subject of its claims were Mexican nationals at the time of their arrest. It further contends that the United States authorities that arrested and interrogated these individuals had sufficient information at their disposal to be aware of the foreign nationality of those individuals. According to Mexico's account, in 50 of the specified cases, Mexican nationals were never informed by the competent United States authorities of their rights under Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Vienna Convention and, in the two remaining cases, such information was not provided "without delay", as required by that provision. Mexico has indicated that in 29 of the 52 cases its consular authorities learned of the detention of the Mexican nationals only after death sentences had been handed down. In the 23 remaining cases, Mexico contends that it learned of the cases through means other than notification to the consular post by the competent United States authorities under Article 36, paragraph 1 (*b*). It explains that in five cases this

was too late to affect the trials, that in 15 cases the defendants had already made incriminating statements, and that it became aware of the other three cases only after considerable delay.

20. Of the 52 cases referred to in Mexico's final submissions, 49 are currently at different stages of the proceedings before United States judicial authorities at state or federal level, and in three cases, those of Mr. Fierro (case No. 31), Mr. Moreno (case No. 39) and Mr. Torres (case No. 53), judicial remedies within the United States have already been exhausted. The Court has been informed of the variety of types of proceedings and forms of relief available in the criminal justice systems of the United States, which can differ from state to state. In very general terms, and according to the description offered by both Parties in their pleadings, it appears that the 52 cases may be classified into three categories: 24 cases which are currently in direct appeal; 25 cases in which means of direct appeal have been exhausted, but post-conviction relief (*habeas corpus*), either at state or at federal level, is still available; and three cases in which no judicial remedies remain. The Court also notes that, in at least 33 cases, the alleged breach of the Vienna Convention was raised by the defendant either during pre-trial, at trial, on appeal or in *habeas corpus* proceedings, and that some of these claims were dismissed on procedural or substantive grounds and others are still pending. To date, in none of the 52 cases have the defendants had recourse to the clemency process.

21. On 9 January 2003, the day on which Mexico filed its Application and a request for the indication of provisional measures, all 52 individuals the subject of the claims were on death row. However, two days later the Governor of the State of Illinois, exercising his power of clemency review, commuted the sentences of all convicted individuals awaiting execution in that State, including those of three individuals named in Mexico's Application (Mr. Caballero (case No. 45), Mr. Flores (case No. 46) and Mr. Solache (case No. 47)). By a letter dated 20 January 2003, Mexico informed the Court that, further to that decision, it withdrew its request for the indication of provisional measures on behalf of these three individuals, but that its Application remained unchanged. In the Order of 5 February 2003, mentioned in paragraph 3 above, on the request by Mexico for the indication of provisional measures, the Court considered that it was apparent from the information before it that the three Mexican nationals named in the Application who had exhausted all judicial remedies in the United States (see paragraph 20 above) were at risk of execution in the following months, or even weeks. Consequently, it ordered by way of provisional measure that the United States take all measures necessary to ensure that these individuals would not be executed

pending final judgment in these proceedings. The Court notes that, at the date of the present Judgment, these three individuals have not been executed, but further notes with great concern that, by an Order dated 1 March 2004, the Oklahoma Court of Criminal Appeals has set an execution date of 18 May 2004 for Mr. Torres.

* * *

THE MEXICAN OBJECTION TO THE UNITED STATES OBJECTIONS TO
JURISDICTION AND ADMISSIBILITY

22. As noted above, the present dispute has been brought before the Court by Mexico on the basis of the Vienna Convention and the Optional Protocol to that Convention. Article I of the Optional Protocol provides:

“Disputes arising out of the interpretation or application of the [Vienna] Convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice and may accordingly be brought before the Court by a written application made by any party to the dispute being a Party to the present Protocol.”

23. The United States has presented a number of objections to the jurisdiction of the Court, as well as a number of objections to the admissibility of the claims advanced by Mexico. It is however the contention of Mexico that all the objections raised by the United States are inadmissible as having been raised after the expiration of the time-limit laid down by the Rules of Court. Mexico draws attention to the text of Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court as amended in 2000, which provides that

“Any objection by the respondent to the jurisdiction of the Court or to the admissibility of the application, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing as soon as possible, and not later than three months after the delivery of the Memorial.”

The previous text of this paragraph required objections to be made “within the time-limit fixed for delivery of the Counter-Memorial”. In the present case the Memorial of Mexico was filed on 23 June 2003; the objections of the United States to jurisdiction and admissibility were presented in its Counter-Memorial, filed on 3 November 2003, more than four months later.

24. The United States has observed that, during the proceedings on the request made by Mexico for the indication of provisional measures in this case, it specifically reserved its right to make jurisdictional arguments at the appropriate stage, and that subsequently the Parties agreed that there should be a single round of pleadings. The Court would however emphasize that parties to cases before it cannot, by purporting to “reserve their rights” to take some procedural action, exempt themselves from the application to such action of the provisions of the Statute and Rules of

Court (cf. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Order of 13 September 1993, *I.C.J. Reports 1993*, p. 338, para. 28).

The Court notes, however, that Article 79 of the Rules applies only to preliminary objections, as is indicated by the title of the subsection of the Rules which it constitutes. As the Court observed in the *Lockerbie* cases, "if it is to be covered by Article 79, an objection must . . . possess a 'preliminary' character", and "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'" (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom) (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, *Preliminary Objections*, *I.C.J. Reports 1998*, p. 26, para. 47; p. 131, para. 46); and the effect of the timely presentation of such an objection is that the proceedings on the merits are suspended (paragraph 5 of Article 79). An objection that is not presented as a preliminary objection in accordance with paragraph 1 of Article 79 does not thereby become inadmissible. There are of course circumstances in which the party failing to put forward an objection to jurisdiction might be held to have acquiesced in jurisdiction (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment*, *I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13). However, apart from such circumstances, 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. That is indeed what the United States has done in this case; and, for reasons to be indicated below, 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. The Court concludes that it should not exclude from consideration the objections of the United States to jurisdiction and admissibility by reason of the fact that they were not presented within three months from the date of filing of the Memorial.

25. The United States has submitted four objections to the jurisdiction of the Court, and five to the admissibility of the claims of Mexico. As noted above, these have not been submitted as preliminary objections under Article 79 of the Rules of Court; and they are not of such a nature that the Court would be required to examine and dispose of all of them *in limine*, before dealing with any aspect of the merits of the case. Some are expressed to be only addressed to certain claims; some are addressed to questions of the remedies to be indicated if the Court finds that breaches of the Vienna Convention have been committed; and some are of such a nature that they would have to be dealt with along with the merits. The Court will however now examine each of them in turn.

* *

UNITED STATES OBJECTIONS TO JURISDICTION

26. The United States contends that the Court lacks jurisdiction to decide many of Mexico's claims, inasmuch as Mexico's submissions in the Memorial asked the Court to decide questions which do not arise out of the interpretation or application of the Vienna Convention, and which the United States has never agreed to submit to the Court.

*

27. By its first jurisdictional objection, the United States suggested that the Memorial is fundamentally addressed to the treatment of Mexican nationals in the federal and state criminal justice systems of the United States, and the operation of the United States criminal justice system as a whole. It suggested that Mexico's invitation to the Court to make what the United States regards as "far-reaching and unsustainable findings concerning the United States criminal justice systems" would be an abuse of the Court's jurisdiction. At the hearings, the United States contended that Mexico is asking the Court to interpret and apply the treaty as if it were intended principally to govern the operation of a State's criminal justice system as it affects foreign nationals.

28. The Court would recall that its jurisdiction in the present case has been invoked under the Vienna Convention and Optional Protocol to determine the nature and extent of the obligations undertaken by the United States towards Mexico by becoming party to that Convention. If and so far as the Court may find that the obligations accepted by the parties to the Vienna Convention included commitments as to the conduct of their municipal courts in relation to the nationals of other parties, then in order to ascertain whether there have been breaches of the Convention, the Court must be able to examine the actions of those courts in the light of international law. The Court is unable to uphold the contention of the United States that, as a matter of jurisdiction, it is debarred from enquiring into the conduct of criminal proceedings in United States courts. How far it may do so in the present case is a matter for the merits. The first objection of the United States to jurisdiction cannot therefore be upheld.

*

29. The second jurisdictional objection presented by the United States was addressed to the first of the submissions presented by Mexico in its Memorial (see paragraph 13 above). The United States pointed out that Article 36 of the Vienna Convention "creates no obligations constraining the rights of the United States to arrest a foreign national"; and that

similarly the "detaining, trying, convicting and sentencing" of Mexican nationals could not constitute breaches of Article 36, which merely lays down obligations of notification. The United States deduced from this that the matters raised in Mexico's first submission are outside the jurisdiction of the Court under the Vienna Convention and the Optional Protocol, and it maintains this objection in response to the revised submission, presented by Mexico at the hearings, whereby it asks the Court to adjudge and declare:

"That the United States of America, in arresting, detaining, trying, convicting, and sentencing the 52 Mexican nationals on death row described in Mexico's Memorial, 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 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."

30. This issue is a question of interpretation of the obligations imposed by the Vienna Convention. It is true that the only obligation of the receiving State toward a foreign national that is specifically enunciated by Article 36, paragraph 1 (b), of the Vienna Convention is to inform such foreign national of his rights, when he is "arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner"; the text does not restrain the receiving State from "arresting, detaining, trying, convicting, and sentencing" the foreign national, or limit its power to do so. However, as regards the detention, trial, conviction and sentence of its nationals, Mexico argues that depriving a foreign national facing criminal proceedings of consular notification and assistance renders those proceedings fundamentally unfair. Mexico explains in this respect that:

"Consular notification constitutes a basic component of due process by ensuring both the procedural equality of a foreign national in the criminal process and the enforcement of other fundamental due process guarantees to which that national is entitled",

and that "It is therefore an essential requirement for fair criminal proceedings against foreign nationals." In Mexico's contention, "consular notification has been widely recognized as a fundamental due process right, and indeed, a human right". On this basis it argues that the rights of the detained Mexican nationals have been violated by the authorities of the United States, and that those nationals have been "subjected to criminal proceedings without the fairness and dignity to which each person is entitled". Consequently, in the contention of Mexico, "the integrity of these proceedings has been hopelessly undermined, their outcomes rendered irrevocably unjust". For Mexico to contend, on this basis, that not merely the failure to notify, but the arrest, detention, trial and conviction of its nationals were unlawful is to argue in favour of a particular interpretation of the Vienna Convention. Such an interpretation may or may not be confirmed on the merits, but is not excluded from the jurisdiction conferred on the Court by the Optional Protocol to the Vienna Convention. The second objection of the United States to jurisdiction cannot therefore be upheld.

*

31. The third objection by the United States to the jurisdiction of the Court refers to the first of the submissions in the Mexican Memorial concerning remedies. By that submission, which was confirmed in substance in the final submissions, Mexico claimed that

"Mexico is entitled to *restitutio in integrum*, and the United States therefore is under an obligation to restore the *status quo ante*, that is, re-establish the situation that existed at the time of the detention and prior to the interrogation of, proceedings against, and convictions and sentences of, Mexico's nationals in violation of the United States' international legal obligations . . ."

On that basis, Mexico went on in its first submission to invite the Court to declare that the United States was bound to vacate the convictions and sentences of the Mexican nationals concerned, to exclude from any subsequent proceedings any statements and confessions obtained from them, to prevent the application of any procedural penalty for failure to raise a timely defence on the basis of the Convention, and to prevent the application of any municipal law rule preventing courts in the United States from providing a remedy for the violation of Article 36 rights.

32. The United States objects that so to require specific acts by the United States in its municipal criminal justice systems would intrude deeply into the independence of its courts; and that for the Court to

declare that the United States is under a specific obligation to vacate convictions and sentences would be beyond its jurisdiction. The Court, the United States claims, has no jurisdiction to review appropriateness of sentences in criminal cases, and even less to determine guilt or innocence, matters which only a court of criminal appeal could go into.

33. For its part, Mexico points out that the United States accepts that the Court has jurisdiction to interpret the Vienna Convention and to determine the appropriate form of reparation under international law. In Mexico's view, these two considerations are sufficient to defeat the third objection to jurisdiction of the United States.

34. For the same reason as in respect of the second jurisdictional objection, the Court is unable to uphold the contention of the United States that, even if the Court were to find that breaches of the Vienna Convention have been committed by the United States of the kind alleged by Mexico, it would still be without jurisdiction to order *restitutio in integrum* as requested by Mexico. The Court would recall in this regard, as it did in the *LaGrand* case, that, where jurisdiction exists over a dispute on a particular matter, no separate basis for jurisdiction is required by the Court in order to consider the remedies a party has requested for the breach of the obligation (*I.C.J. Reports 2001*, p. 485, para. 48). Whether or how far the Court may order the remedy requested by Mexico are matters to be determined as part of the merits of the dispute. The third objection of the United States to jurisdiction cannot therefore be upheld.

*

35. The fourth and last jurisdictional objection of the United States is that "the Court lacks jurisdiction to determine whether or not consular notification is a 'human right', or to declare fundamental requirements of substantive or procedural due process". As noted above, it is on the basis of Mexico's contention that the right to consular notification has been widely recognized as a fundamental due process right, and indeed a human right, that it argues that the rights of the detained Mexican nationals have been violated by the authorities of the United States, and that they have been "subjected to criminal proceedings without the fairness and dignity to which each person is entitled". The Court observes that Mexico has presented this argument as being a matter of interpretation of Article 36, paragraph 1 (*b*), and therefore belonging to the merits. The Court considers that this is indeed a question of interpretation of the Vienna Convention, for which it has jurisdiction; the fourth objection of the United States to jurisdiction cannot therefore be upheld.

* *

--UNITED STATES OBJECTIONS TO ADMISSIBILITY

36. In its Counter-Memorial, the United States has advanced a number of arguments presented as objections to the admissibility of Mexico's claims. It argues that

"Before proceeding, the Court should weigh whether characteristics of the case before it today, or special circumstances related to particular claims, render either the entire case, or particular claims, inappropriate for further consideration and decision by the Court."

*

37. The first objection under this head is that "Mexico's submissions should be found inadmissible because they seek to have this Court function as a court of criminal appeal"; there is, in the view of the United States, "no other apt characterization of Mexico's two submissions in respect of remedies". The Court notes that this contention is addressed solely to the question of remedies. The United States does not contend on this ground that the Court should decline jurisdiction to enquire into the question of breaches of the Vienna Convention at all, but simply that, if such breaches are shown, the Court should do no more than decide that the United States must provide "review and reconsideration" along the lines indicated in the Judgment in the *LaGrand* case (*J.C.J. Reports 2001*, pp. 513-514, para. 125). The Court notes that this is a matter of merits. The first objection of the United States to admissibility cannot therefore be upheld.

*

38. The Court now turns to the objection of the United States based on the rule of exhaustion of local remedies. The United States contends that the Court "should find inadmissible Mexico's claim to exercise its right of diplomatic protection on behalf of any Mexican national who has failed to meet the customary legal requirement of exhaustion of municipal remedies". It asserts that in a number of the cases the subject of Mexico's claims, the detained Mexican national, even with the benefit of the provision of Mexican consular assistance, failed to raise the alleged non-compliance with Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention at the trial. Furthermore, it contends that all of the claims relating to cases referred to in the Mexican Memorial are inadmissible because local remedies remain available in every case. It has drawn attention to the fact that litigation is pending before courts in the United States in a large number of the cases the subject of Mexico's claims and that, in those cases where judicial remedies have been exhausted, the defendants have not had recourse to the clemency process available to them; from this it concludes that none

of the cases "is in an appropriate posture for review by an international tribunal".

39. Mexico responds that the rule of exhaustion of local remedies cannot preclude the admissibility of its claims. It first states that a majority of the Mexican nationals referred to in paragraph 16 above have sought judicial remedies in the United States based on the Vienna Convention and that their claims have been barred, notably on the basis of the procedural default doctrine. In this regard, it quotes the Court's statement in the *LaGrand* case that

"the United States may not . . . rely before this Court on this fact in order to preclude the admissibility of Germany's [claim] . . . , as it was the United States itself which had failed to carry out its obligation under the Convention to inform the LaGrand brothers" (*I.C.J. Reports 2001*, p. 488, para. 60).

Further, in respect of the other Mexican nationals, Mexico asserts that

"the courts of the United States have never granted a judicial remedy to any foreign national for a violation of Article 36. 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."

It concludes that the available judicial remedies are thus ineffective. As for clemency procedures, Mexico contends that they cannot count for purposes of the rule of exhaustion of local remedies, because they are not a judicial remedy.

40. In its final submissions Mexico asks the Court to adjudge and declare that the United States, in failing to comply with Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention, has "violated its international legal obligations to Mexico, in its own right and in the exercise of its right of diplomatic protection of its nationals".

The Court would first observe 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. Only when that process is completed and local remedies are exhausted would Mexico be entitled to espouse the individual claims of its nationals through the procedure of diplomatic protection.

In the present case Mexico does not, however, claim to be acting solely on that basis. It also asserts its own claims, basing them on the injury which it contends that *it has itself suffered, directly and through its*

nationals, as a result of the violation by the United States of the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (*a*), (*b*) and (*c*).

The Court would recall that, in the *LaGrand* case, it recognized that

"Article 36, paragraph 1 [of the Vienna Convention], creates individual rights [for the national concerned], which . . . may be invoked in this Court by the national State of the detained person" (*I.C.J. Reports 2001*, p. 494, para. 77).

It would further observe 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. Further, for reasons just explained, the Court does not find it necessary to deal with Mexico's claims of violation under a distinct heading of diplomatic protection. Without needing to pronounce at this juncture on the issues raised by the procedural default rule, as explained by Mexico in paragraph 39 above, the Court accordingly finds that the second objection by the United States to admissibility cannot be upheld.

*

41. The Court now turns to the question of the alleged dual nationality of certain of the Mexican nationals the subject of Mexico's claims. This question is raised by the United States by way of an objection to the admissibility of those claims: the United States contends that in its Memorial Mexico had failed to establish that it may exercise diplomatic protection based on breaches of Mexico's rights under the Vienna Convention with respect to those of its nationals who are also nationals of the United States. The United States regards it as an accepted principle that, when a person arrested or detained in the receiving State is a national of that State, then even if he is also a national of another State party to the Vienna Convention, Article 36 has no application, and the authorities of the receiving State are not required to proceed as laid down in that Article; and Mexico has indicated that, for the purposes of the present case it does not contest that dual nationals have no right to be advised of their rights under Article 36.

42. It has however to be recalled that Mexico, in addition to seeking to exercise diplomatic protection of its nationals, is making a claim in its

own right on the basis of the alleged breaches by the United States of Article 36 of the Vienna Convention. Seen from this standpoint, the question of dual nationality is not one of admissibility, but of merits. A claim may be made by Mexico of breach of Article 36 of the Vienna Convention in relation to any of its nationals, and the United States is thereupon free to show that, because the person concerned was also a United States national, Article 36 had no application to that person, so that no breach of treaty obligations could have occurred. Furthermore, as regards the claim to exercise diplomatic protection, the question whether Mexico is entitled to protect a person having dual Mexican and United States nationality is subordinated to the question whether, in relation to such a person, the United States was under any obligation in terms of Article 36 of the Vienna Convention. It is thus in the course of its examination of the merits that the Court will have to consider whether the individuals concerned, or some of them, were dual nationals in law. Without prejudice to the outcome of such examination, the third objection of the United States to admissibility cannot therefore be upheld.

*

43. The Court now turns to the fourth objection advanced by the United States to the admissibility of Mexico's claims: the contention that

"The Court should not permit Mexico to pursue a claim against the United States with respect to any individual case where Mexico had actual knowledge of a breach of the [Vienna Convention] but failed to bring such breach to the attention of the United States or did so only after considerable delay."

In the Counter-Memorial, the United States advances two considerations in support of this contention: that if the cases had been mentioned promptly, corrective action might have been possible; and that by inaction Mexico created an impression that it considered that the United States was meeting its obligations under the Convention, as Mexico understood them. At the hearings, the United States suggested that Mexico had in effect waived its right to claim in respect of the alleged breaches of the Convention, and to seek reparation.

44. As the Court observed in the case of *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, "delay on the part of a claimant State may render an application inadmissible", but "international law does not lay down any specific time-limit in that regard" (*I.C.J. Reports 1992*, pp. 253-254, para. 32). In that case the Court recognized that delay might prejudice the respondent State "with regard to both the establishment of the facts and the determination of the content of the applicable law" (*ibid.*, p. 255, para. 36), but it has not been suggested that there is any such risk of prejudice in the present case. So far as inadmissibility might be based on an implied waiver of rights, the Court considers that only a much

more prolonged and consistent inaction on the part of Mexico than any that the United States has alleged might be interpreted as implying such a waiver. Furthermore, Mexico indicated a number of ways in which it brought to the attention of the United States the breaches which it perceived of the Vienna Convention. The fourth objection of the United States to admissibility cannot therefore be upheld.

*

45. The Court has now to examine the objection of the United States that the claim of Mexico is inadmissible in that Mexico should not be allowed to invoke against the United States standards that Mexico does not follow in its own practice. The United States contends that, in accordance with basic principles of administration of justice and the equality of States, both litigants are to be held accountable to the same rules of international law. The objection in this regard was presented in terms of the interpretation of Article 36 of the Vienna Convention, in the sense that, according to the United States, a treaty may not be interpreted so as to impose a significantly greater burden on any one party than the other (*Diversion of Water from the Meuse, Judgment, 1937, P. C. I. J., Series A/B, No. 70, p. 20*).

46. The Court would recall that the United States had already raised an objection of a similar nature before it in the *LaGrand* case; there, the Court held that it need not decide "whether this argument of the United States, if true, would result in the inadmissibility of Germany's submissions", since the United States had failed to prove that Germany's own practice did not conform to the standards it was demanding from the United States (*I. C. J. Reports 2001, p. 489, para. 63*).

47. The Court would recall that it is in any event essential to have in mind the nature of the Vienna Convention. It lays down certain standards to be observed by all States parties, with a view to the "unimpeded conduct of consular relations", which, as the Court observed in 1979, is important in present-day international law "in promoting the development of friendly relations among nations, and ensuring protection and assistance for aliens resident in the territories of other States" (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), Provisional Measures, Order of 15 December 1979, I. C. J. Reports 1979, pp. 19-20, para. 40*). Even if it were shown, therefore, that Mexico's practice as regards the application of Article 36 was not beyond reproach, this would not constitute a ground of objection to the admissibility of Mexico's claim. The fifth objection of the United States to admissibility cannot therefore be upheld.

* * *

48. Having established that it has jurisdiction to entertain Mexico's claims and that they are admissible, the Court will now turn to the merits of those claims.

* *

ARTICLE 36, PARAGRAPH 1

49. In its final submissions Mexico asks the Court to adjudge and declare that,

"the United States of America, in arresting, detaining, trying, convicting, and sentencing the 52 Mexican nationals on death row described in Mexico's Memorial, 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 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".

50. The Court has already in its Judgment in the *LaGrand* case described Article 36, paragraph 1, as "an interrelated régime designed to facilitate the implementation of the system of consular protection" (*I.C.J. Reports 2001*, p. 492, para. 74). It is thus convenient to set out the entirety of that paragraph.

"With a view toward facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State:

- (a) consular officers shall be free to communicate with nationals of the sending State and to have access to them. Nationals of the sending State shall have the same freedom with respect to communication with and access to consular officers of the sending State;
- (b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities

without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph;

- (c) consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation. They shall also have the right to visit any national of the sending State who is in prison, custody or detention in their district in pursuance of a judgment. Nevertheless, consular officers shall refrain from taking action on behalf of a national who is in prison, custody or detention if he expressly opposes such action."

51. The United States as the receiving State does not deny its duty to perform these obligations. However, it claims that the obligations apply only to individuals shown to be of Mexican nationality alone, and not to those of dual Mexican/United States nationality. The United States further contends *inter alia* that it has not committed any breach of Article 36, paragraph 1 (b), upon the proper interpretation of "without delay" as used in that subparagraph.

52. Thus two major issues under Article 36, paragraph 1 (b), that are in dispute between the Parties are, first, the question of the nationality of the individuals concerned; and second, the question of the meaning to be given to the expression "without delay". The Court will examine each of these in turn.

53. The Parties have advanced their contentions as to nationality in three different legal contexts. The United States has begun by making an objection to admissibility, which the Court has already dealt with (see paragraphs 41 and 42 above). The United States has further contended that a substantial number of the 52 persons listed in paragraph 16 above were United States nationals and that it thus had no obligation to these individuals under Article 36, paragraph 1 (b). The Court will address this aspect of the matter in the following paragraphs. Finally, the Parties disagree as to whether the requirement under Article 36, paragraph 1 (b), for the information to be given "without delay" becomes operative upon arrest or upon ascertainment of nationality. The Court will address this issue later (see paragraph 63 below).

54. The Parties disagree as to what each of them must show as regards nationality in connection with the applicability of the terms of Article 36, paragraph 1, and as to how the principles of evidence have been met on the facts of the cases.

55. Both Parties recognize the well-settled principle in international law that a litigant seeking to establish the existence of a fact bears the burden of proving it (cf. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 437, para. 101). Mexico acknowledges that it has the burden of proof to show that the 52 persons listed in paragraph 16 above were Mexican nationals to whom the provisions of Article 36, paragraph 1 (b), in principle apply. It claims it has met this burden by providing to the Court the birth certificates of these nationals, and declarations from 42 of them that they have not acquired United States nationality. Mexico further contends that the burden of proof lies on the United States should it wish to contend that particular arrested persons of Mexican nationality were, at the relevant time, also United States nationals.

56. The United States accepts that in such cases it has the burden of proof to demonstrate United States nationality, but contends that nonetheless the "burden of evidence" as to this remains with Mexico. This distinction is explained by the United States as arising out of the fact that persons of Mexican nationality may also have acquired United States citizenship by operation of law, depending on their parents' dates and places of birth, places of residency, marital status at time of their birth and so forth. In the view of the United States "virtually all such information is in the hands of Mexico through the now 52 individuals it represents". The United States contends that it was the responsibility of Mexico to produce such information, which responsibility it has not discharged.

57. The Court finds that it is for Mexico to show that the 52 persons listed in paragraph 16 above held Mexican nationality at the time of their arrest. The Court notes that to this end Mexico has produced birth certificates and declarations of nationality, whose contents have not been challenged by the United States.

The Court observes further that the United States has, however, questioned whether some of these individuals were not also United States nationals. Thus, the United States has informed the Court that, "in the case of defendant Ayala (case No. 2) we are close to certain that Ayala is a United States citizen", and that this could be confirmed with absolute certainty if Mexico produced facts about this matter. Similarly Mr. Avena (case No. 1) was said to be "likely" to be a United States citizen, and there was "some possibility" that some 16 other defendants were United States citizens. As to six others, the United States said it "cannot rule out the possibility" of United States nationality. The Court takes the view that it was for the United States to demonstrate that this was so and to furnish the Court with all information on the matter in its possession. In so far as relevant data on that matter are said by the United States to lie within the knowledge of Mexico, it was for the United States to have

sought that information from the Mexican authorities. The Court cannot accept that, because such information may have been in part in the hands of Mexico, it was for Mexico to produce such information. It was for the United States to seek such information, with sufficient specificity, and to demonstrate both that this was done and that the Mexican authorities declined or failed to respond to such specific requests. At no stage, however, has the United States shown the Court that it made specific enquiries of those authorities about particular cases and that responses were not forthcoming. The Court accordingly concludes that the United States has not met its burden of proof in its attempt to show that persons of Mexican nationality were also United States nationals.

The Court therefore finds that, as regards the 52 persons listed in paragraph 16 above, the United States had obligations under Article 36, paragraph 1 (*b*).

58. Mexico asks the Court to find that

“the obligation in Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention requires notification of consular rights and a reasonable opportunity for consular access before the competent authorities of the receiving State take any action potentially detrimental to the foreign national’s rights”.

59. Mexico contends that, in each of the 52 cases before the Court, the United States failed to provide the arrested persons with information as to their rights under Article 36, paragraph 1 (*b*), “without delay”. It alleges that in one case, Mr. Esquivel (case No. 7), the arrested person was informed, but only some 18 months after the arrest, while in another, that of Mr. Juárez (case No. 10), information was given to the arrested person of his rights some 40 hours after arrest. Mexico contends that this still constituted a violation, because “without delay” is to be understood as meaning “immediately”, and in any event before any interrogation occurs. Mexico further draws the Court’s attention to the fact that in this case a United States court found that there had been a violation of Article 36, paragraph 1 (*b*), and claims that the United States cannot disavow such a determination by its own courts. In an Annex to its Memorial, Mexico mentions that, in a third case (Mr. Ayala, case No. 2), the accused was informed of his rights upon his arrival on death row, some four years after arrest. Mexico contends that in the remaining cases the Mexicans concerned were in fact never so informed by the United States authorities.

60. The United States disputes both the facts as presented by Mexico and the legal analysis of Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Vienna Convention offered by Mexico. The United States claims that Mr. Solache (case No. 47) was informed of his rights under the Vienna Convention

some seven months after his arrest. The United States further claims that many of the persons concerned were of United States nationality and that at least seven of these individuals "appear to have affirmatively claimed to be United States citizens at the time of their arrest". These cases were said to be those of Avena (case No. 1), Ayala (case No. 2), Benavides (case No. 3), Ochoa (case No. 18), Salcido (case No. 22), Tafoya (case No. 24), and Alvarez (case No. 30). In the view of the United States no duty of consular information arose in these cases. Further, in the contention of the United States, in the cases of Mr. Ayala (case No. 2) and Mr. Salcido (case No. 22) there was no reason to believe that the arrested persons were Mexican nationals at any stage; the information in the case of Mr. Juárez (case No. 10) was given "without delay".

61. The Court thus now turns to the interpretation of Article 36, paragraph 1 (b), having found in paragraph 57 above that it is applicable to the 52 persons listed in paragraph 16. It begins by noting that Article 36, paragraph 1 (b), contains three separate but interrelated elements: the right of the individual concerned to be informed without delay of his rights under Article 36, paragraph 1 (b); the right of the consular post to be notified without delay of the individual's detention, if he so requests; and the obligation of the receiving State to forward without delay any communication addressed to the consular post by the detained person.

62. The third element of Article 36, paragraph 1 (b), has not been raised on the facts before the Court. The Court thus begins with the right of an arrested or detained individual to information.

63. The Court finds that the duty upon the detaining authorities to give the Article 36, paragraph 1 (b), information to the individual arises once it is realized that the person is a foreign national, or once there are grounds to think that the person is probably a foreign national. Precisely when this may occur will vary with circumstances. The United States Department of State booklet, *Consular Notification and Access — Instructions for Federal, State and Local Law Enforcement and Other Officials Regarding Foreign Nationals in the United States and the Rights of Consular Officials to Assist Them*, issued to federal, state and local authorities in order to promote compliance with Article 36 of the Vienna Convention points out in such cases that: "most, but not all, persons born outside the United States are not [citizens]. Unfamiliarity with English may also indicate foreign nationality." The Court notes that when an arrested person himself claims to be of United States nationality, the realization by the authorities that he is not in fact a United States national, or grounds for that realization, is likely to come somewhat later in time.

64. The United States has told the Court that millions of aliens reside, either legally or illegally, on its territory, and moreover that its laws concerning citizenship are generous. The United States has also pointed out that it is a multicultural society, with citizenship being held by persons of diverse appearance, speaking many languages. The Court appreciates that in the United States the language that a person speaks, or his appearance, does not necessarily indicate that he is a foreign national. Nevertheless, and particularly in view of the large numbers of foreign nationals living in the United States, these very circumstances suggest that it would be desirable for enquiry routinely to be made of the individual as to his nationality upon his detention, so that the obligations of the Vienna Convention may be complied with. The United States has informed the Court that some of its law enforcement authorities do routinely ask persons taken into detention whether they are United States citizens. Indeed, were each individual to be told at that time that, should he be a foreign national, he is entitled to ask for his consular post to be contacted, compliance with this requirement under Article 36, paragraph 1 (*b*), would be greatly enhanced. The provision of such information could parallel the reading of those rights of which any person taken into custody in connection with a criminal offence must be informed prior to interrogation by virtue of what in the United States is known as the "Miranda rule"; these rights include, *inter alia*, the right to remain silent, the right to have an attorney present during questioning, and the right to have an attorney appointed at government expense if the person cannot afford one. The Court notes that, according to the United States, such a practice in respect of the Vienna Convention rights is already being followed in some local jurisdictions.

65. Bearing in mind the complexities explained by the United States, the Court now begins by examining the application of Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Vienna Convention to the 52 cases. In 45 of these cases, the Court has no evidence that the arrested persons claimed United States nationality, or were reasonably thought to be United States nationals, with specific enquiries being made in timely fashion to verify such dual nationality. The Court has explained in paragraph 57 above what enquiries it would have expected to have been made, within a short time period, and what information should have been provided to the Court.

66. Seven persons, however, are asserted by the United States to have stated at the time of arrest that they were United States citizens. Only in the case of Mr. Salcido (case No. 22) has the Court been provided by the United States with evidence of such a statement. This has been acknowledged by Mexico. Further, there has been no evidence before the Court to suggest that there were in this case at the same time also indications of Mexican nationality, which should have caused rapid enquiry by the arresting authorities and the providing of consular information "without delay". Mexico has accordingly not shown that in

the case of Mr. Salcido the United States violated its obligations under Article 36, paragraph 1 (*b*).

67. In the case of Mr. Ayala (case No. 2), while he was identified in a court record in 1989 (three years after his arrest) as a United States citizen, there is no evidence to show this Court that the accused did indeed claim upon his arrest to be a United States citizen. The Court has not been informed of any enquiries made by the United States to confirm these assertions of United States nationality.

68. In the five other cases listed by the United States as cases where the individuals "appear to have affirmatively claimed to be United States citizens at the time of their arrest", no evidence has been presented that such a statement was made at the time of arrest.

69. Mr. Avena (case No. 1) is listed in his arrest report as having been born in California. His prison records describe him as of Mexican nationality. The United States has not shown the Court that it was engaged in enquiries to confirm United States nationality.

70. Mr. Benavides (case No. 3) was carrying an Immigration and Naturalization Service immigration card at the time of arrest in 1991. The Court has not been made aware of any reason why the arresting authorities should nonetheless have believed at the time of arrest that he was a United States national. The evidence that his defence counsel in June 1993 informed the court that Mr. Benavides had become a United States citizen is irrelevant to what was understood as to his nationality at time of arrest.

71. So far as Mr. Ochoa is concerned (case No. 18), the Court observes that his arrest report in 1990 refers to him as having been born in Mexico, an assertion that is repeated in a second police report. Some two years later details in his court record refer to him as a United States citizen born in Mexico. The Court is not provided with any further details. The United States has not shown this Court that it was aware of, or was engaged in active enquiry as to, alleged United States nationality at the time of his arrest.

72. Mr. Tafuya (case No. 24) was listed on the police booking sheet as having been born in Mexico. No further information is provided by the United States as to why this was done and what, if any, further enquiries were being made concerning the defendant's nationality.

73. Finally, the last of the seven persons referred to by the United States in this group, Mr. Alvarez (case No. 30), was arrested in Texas on 20 June 1998. Texas records identified him as a United States citizen. Within three days of his arrest, however, the Texas authorities were

informed that the Immigration and Naturalization Service was holding investigations to determine whether, because of a previous conviction, Mr. Alvarez was subject to deportation as a foreign national. The Court has not been presented with evidence that rapid resolution was sought as to the question of Mr. Alvarez's nationality.

74. The Court concludes that Mexico has failed to prove the violation by the United States of its obligations under Article 36, paragraph 1 (*b*), in the case of Mr. Salcido (case No. 22), and his case will not be further commented upon. On the other hand, as regards the other individuals who are alleged to have claimed United States nationality on arrest, whose cases have been considered in paragraphs 67 to 73 above, the argument of the United States cannot be upheld.

75. The question nonetheless remains as to whether, in each of the 45 cases referred to in paragraph 65 and of the six cases mentioned in paragraphs 67 to 73, the United States did provide the required information to the arrested persons "without delay". It is to that question that the Court now turns.

76. The Court has been provided with declarations from a number of the Mexican nationals concerned that attest to their never being informed of their rights under Article 36, paragraph 1 (*b*). The Court at the outset notes that, in 47 such cases, the United States nowhere challenges this fact of information not being given. Nevertheless, in the case of Mr. Hernández (case No. 34), the United States observes that

"Although the [arresting] officer did not ask Hernández Llanas whether he wanted them to inform the Mexican Consulate of his arrest, it was certainly not unreasonable for him to assume that an escaped convict would not want the Consulate of the country from which he escaped notified of his arrest."

The Court notes that the clear duty to provide consular information under Article 36, paragraph 1 (*b*), does not invite assumptions as to what the arrested person might prefer, as a ground for not informing him. It rather gives the arrested person, once informed, the right to say he nonetheless does not wish his consular post to be notified. It necessarily follows that in each of these 47 cases, the duty to inform "without delay" has been violated.

77. In four cases, namely Ayala (case No. 2), Esquivel (case No. 7), Juárez (case No. 10) and Solache (case No. 47), some doubts remain as to whether the information that was given was provided without delay. For these, some examination of the term is thus necessary.

78. This is a matter on which the Parties have very different views.

According to Mexico, the timing of the notice to the detained person "is critical to the exercise of the rights provided by Article 36" and the phrase "without delay" in paragraph 1 (b) requires "unqualified immediacy". Mexico further contends that, in view of the object and purpose of Article 36, which is to enable "meaningful consular assistance" and the safeguarding of the vulnerability of foreign nationals in custody,

"consular notification . . . must occur immediately upon detention and prior to any interrogation of the foreign detainee, so that the consul may offer useful advice about the foreign legal system and provide assistance in obtaining counsel before the foreign national makes any ill-informed decisions or the State takes any action potentially prejudicial to his rights".

79. Thus, in Mexico's view, it would follow that in any case in which a foreign national was interrogated before being informed of his rights under Article 36, there would *ipso facto* be a breach of that Article, however rapidly after the interrogation the information was given to the foreign national. Mexico accordingly includes the case of Mr. Juárez among those where it claims violation of Article 36, paragraph 1 (b), as he was interrogated before being informed of his consular rights, some 40 hours after arrest.

80. Mexico has also invoked the *travaux préparatoires* of the Vienna Convention in support of its interpretation of the requirement that the arrested person be informed "without delay" of the right to ask that the consular post be notified. In particular, Mexico recalled that the phrase proposed to the Conference by the International Law Commission, "without undue delay", was replaced by the United Kingdom proposal to delete the word "undue". The United Kingdom representative had explained that this would avoid the implication that "some delay was permissible" and no delegate had expressed dissent with the USSR and Japanese statements that the result of the amendment would be to require information "immediately".

81. The United States disputed this interpretation of the phrase "without delay". In its view it did not mean "immediately, and before interrogation" and such an understanding was supported neither by the terminology, nor by the object and purpose of the Vienna Convention, nor by its *travaux préparatoires*. In the booklet referred to in paragraph 63 above, the State Department explains that "without delay" means "there should be no deliberate delay" and that the required action should be taken "as soon as reasonably possible under the circumstances". It was normally to be expected that "notification to consular officers" would have been made "within 24 to 72 hours of the arrest or detention". The United States further contended that such an interpretation of the words "without delay" would be reasonable in itself and also allow a consistent

interpretation of the phrase as it occurs in each of three different occasions in Article 36, paragraph 1 (*b*). As for the *travaux préparatoires*, they showed only that undue or deliberate delay had been rejected as unacceptable.

82. According to the United States, the purpose of Article 36 was to facilitate the exercise of consular functions by a consular officer:

“The significance of giving consular information to a national is thus limited . . . It is a procedural device that allows the foreign national to trigger the related process of notification . . . [It] cannot possibly be fundamental to the criminal justice process.”

83. The Court now addresses the question of the proper interpretation of the expression “without delay” in the light of arguments put to it by the Parties. The Court begins by noting that the precise meaning of “without delay”, as it is to be understood in Article 36, paragraph 1 (*b*), is not defined in the Convention. This phrase therefore requires interpretation according to the customary rules of treaty interpretation reflected in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

84. Article 1 of the Vienna Convention on Consular Relations, which defines certain of the terms used in the Convention, offers no definition of the phrase “without delay”. Moreover, in the different language versions of the Convention various terms are employed to render the phrases “without delay” in Article 36 and “immediately” in Article 14. The Court observes that dictionary definitions, in the various languages of the Vienna Convention, offer diverse meanings of the term “without delay” (and also of “immediately”). It is therefore necessary to look elsewhere for an understanding of this term.

85. As for the object and purpose of the Convention, the Court observes that Article 36 provides for consular officers to be free to communicate with nationals of the sending State, to have access to them, to visit and speak with them and to arrange for their legal representation. It is not envisaged, either in Article 36, paragraph 1, or elsewhere in the Convention, that consular functions entail a consular officer himself or herself acting as the legal representative or more directly engaging in the criminal justice process. Indeed, this is confirmed by the wording of Article 36, paragraph 2, of the Convention. Thus, neither the terms of the Convention as normally understood, nor its object and purpose, suggest that “without delay” is to be understood as “immediately upon arrest and before interrogation”.

86. The Court further notes that, notwithstanding the uncertainties in the *travaux préparatoires*, they too do not support such an interpreta-

tion. During the diplomatic conference, the conference's expert, former Special Rapporteur of the International Law Commission, explained to the delegates that the words "without undue delay" had been introduced by the Commission, after long discussion in both the plenary and drafting committee, to allow for special circumstances which might permit information as to consular notification not to be given at once. Germany, the only one of two States to present an amendment, proposed adding "but at latest within one month". There was an extended discussion by many different delegates as to what such outer time-limit would be acceptable. During that debate no delegate proposed "immediately". The shortest specific period suggested was by the United Kingdom, namely "promptly" and no later than "48 hours" afterwards. Eventually, in the absence of agreement on a precise time period, the United Kingdom's other proposal to delete the word "undue" was accepted as the position around which delegates could converge. It is also of interest that there is no suggestion in the *travaux* that the phrase "without delay" might have different meanings in each of the three sets of circumstances in which it is used in Article 36, paragraph 1 (b).

87. The Court thus finds that "without delay" is not necessarily to be interpreted as "immediately" upon arrest. It further observes that during the Conference debates on this term, no delegate made any connection with the issue of interrogation. The Court considers that the provision in Article 36, paragraph 1 (b), that the receiving State authorities "shall inform the person concerned without delay of his rights" cannot be interpreted to signify that the provision of such information must necessarily precede any interrogation, so that the commencement of interrogation before the information is given would be a breach of Article 36.

88. Although, by application of the usual rules of interpretation, "without delay" as regards the duty to inform an individual under Article 36, paragraph 1 (b), is not to be understood as necessarily meaning "immediately upon arrest", there is nonetheless a duty upon the arresting authorities to give that information to an arrested person as soon as it is realized that the person is a foreign national, or once there are grounds to think that the person is probably a foreign national.

89. With one exception, no information as to entitlement to consular notification was given in any of the cases cited in paragraph 77 within any of the various time periods suggested by the delegates to the Conference on the Vienna Convention, or by the United States itself (see paragraphs 81 and 86 above). Indeed, the information was given either not at all or at periods very significantly removed from the time of arrest. In the case of Mr. Juárez (case No. 10), the defendant was informed of his

consular rights 40 hours after his arrest. The Court notes, however, that Mr. Juárez's arrest report stated that he had been born in Mexico; moreover, there had been indications of his Mexican nationality from the time of his initial interrogation by agents of the Federal Bureau of Investigation (FBI) following his arrest. It follows that Mr. Juárez's Mexican nationality was apparent from the outset of his detention by the United States authorities. In these circumstances, in accordance with its interpretation of the expression "without delay" (see paragraph 88 above), the Court concludes that the United States violated the obligation incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (*b*), to inform Mr. Juárez without delay of his consular rights. The Court notes that the same finding was reached by a California Superior Court, albeit on different grounds.

90. The Court accordingly concludes that, with respect to each of the individuals listed in paragraph 16, with the exception of Mr. Salcido (case No. 22; see paragraph 74 above), the United States has violated its obligation under Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Vienna Convention to provide information to the arrested person.

91. As noted above, Article 36, paragraph 1 (*b*), contains three elements. Thus far, the Court has been dealing with the right of an arrested person to be informed that he may ask for his consular post to be notified. The Court now turns to another aspect of Article 36, paragraph 1 (*b*). The Court finds the United States is correct in observing that the fact that a Mexican consular post was not notified under Article 36, paragraph 1 (*b*), does not of necessity show that the arrested person was not informed of his rights under that provision. He may have been informed and declined to have his consular post notified. The giving of the information is relevant, however, for satisfying the element in Article 36, paragraph 1 (*b*), on which the other two elements therein depend.

92. In only two cases has the United States claimed that the arrested person was informed of his consular rights but asked for the consular post not to be notified. These are Mr. Juárez (case No. 10) and Mr. Solache (case No. 47).

93. The Court is satisfied that when Mr. Juárez (case No. 10) was informed of his consular rights 40 hours after his arrest (see paragraph 89) he chose not to have his consular post notified. As regards Mr. Solache (case No. 47), however, it is not sufficiently clear to the Court, on the evidence before it, that he requested that his consular post should not be notified. Indeed, the Court has not been provided with any reasons as to why, if a request of non-notification was made, the consular post was then notified some three months later.

94. In a further three cases, the United States alleges that the consular post was formally notified of the detention of one of its Mexican

nationals without prior information to the individual as to his consular rights. These are Mr. Covarrubias (case No. 6), Mr. Hernández (case No. 34) and Mr. Reyes (case No. 54). The United States further contends that the Mexican authorities were contacted regarding the case of Mr. Loza (case No. 52).

95. The Court notes that, in the case of Mr. Covarrubias (case No. 6), the consular authorities learned from third parties of his arrest shortly after it occurred. Some 16 months later, a court-appointed interpreter requested that the consulate intervene in the case prior to trial. It would appear doubtful whether an interpreter can be considered a competent authority for triggering the interrelated provisions of Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Vienna Convention. In the case of Mr. Reyes (case No. 54), the United States has simply told the Court that an Oregon Department of Justice attorney had advised United States authorities that both the District Attorney and the arresting detective advised the Mexican consular authorities of his arrest. No information is given as to when this occurred, in relation to the date of his arrest. Mr. Reyes did receive assistance before his trial. In these two cases, the Court considers that, even on the hypothesis that the conduct of the United States had no serious consequences for the individuals concerned, it did nonetheless constitute a violation of the obligations incumbent upon the United States under Article 36, paragraph 1 (*b*).

96. In the case of Mr. Loza (case No. 52), a United States Congressman from Ohio contacted the Mexican Embassy on behalf of Ohio prosecutors, some four months after the accused's arrest, "to enquire about the procedures for obtaining a certified copy of Loza's birth certificate". The Court has not been provided with a copy of the Congressman's letter and is therefore unable to ascertain whether it explained that Mr. Loza had been arrested. The response from the Embassy (which is also not included in the documentation provided to the Court) was passed by the Congressman to the prosecuting attorney, who then asked the Civil Registry of Guadalajara for a copy of the birth certificate. This request made no specific mention of Mr. Loza's arrest. Mexico contends that its consulate was never formally notified of Mr. Loza's arrest, of which it only became aware after he had been convicted and sentenced to death. Mexico includes the case of Mr. Loza among those in which the United States was in breach of its obligation of consular notification. Taking account of all these elements, and in particular of the fact that the Embassy was contacted four months after the arrest, and that the consular post became aware of the defendant's detention only after he had been convicted and sentenced, the Court concludes that in the case of Mr. Loza the United States violated the obligation of consular notification without delay incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (*b*).

97. Mr. Hernández (case No. 34) was arrested in Texas on Wednesday 15 October 1997. The United States authorities had no reason to believe he might have American citizenship. The consular post was notified the following Monday, that is five days (corresponding to only three working days) thereafter. The Court finds that, in the circumstances, the United States did notify the consular post without delay, in accordance with its obligation under Article 36, paragraph 1 (b).

98. In the first of its final submissions, Mexico also asks the Court to find that the violations it ascribes to the United States in respect of Article 36, paragraph 1 (b), have also deprived "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".

99. The relationship between the three subparagraphs of Article 36, paragraph 1, has been described by the Court in its Judgment in the *LaGrand* case (*I.C.J. Reports 2001*, p. 492, para. 74) as "an interrelated régime". The legal conclusions to be drawn from that interrelationship necessarily depend upon the facts of each case. In the *LaGrand* case, the Court found that the failure for 16 years to inform the brothers of their right to have their consul notified effectively prevented the exercise of other rights that Germany might have chosen to exercise under subparagraphs (a) and (c).

100. It is necessary to revisit the interrelationship of the three subparagraphs of Article 36, paragraph 1, in the light of the particular facts and circumstances of the present case.

101. The Court would first recall that, in the case of Mr. Juárez (case No. 10) (see paragraph 93 above), when the defendant was informed of his rights, he declined to have his consular post notified. Thus in this case there was no violation of either subparagraph (a) or subparagraph (c) of Article 36, paragraph 1.

102. In the remaining cases, because of the failure of the United States to act in conformity with Article 36, paragraph 1 (b), Mexico was in effect precluded (in some cases totally, and in some cases for prolonged periods of time) from exercising its right under paragraph 1 (a) to communicate with its nationals and have access to them. As the Court has already had occasion to explain, it is immaterial whether Mexico would have offered consular assistance, "or whether a different verdict would have been rendered. It is sufficient that the Convention conferred these rights" (*I.C.J. Reports 2001*, p. 492, para. 74), which might have been acted upon.

103. The same is true, *pari passu*, of certain rights identified in subparagraph (c): "consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, and to converse and correspond with him . . ."

104. On the other hand, and on the particular facts of this case, no such generalized answer can be given as regards a further entitlement mentioned in subparagraph (c), namely, the right of consular officers "to arrange for [the] legal representation" of the foreign national. Mexico has laid much emphasis in this litigation upon the importance of consular officers being able to arrange for such representation before and during trial, and especially at sentencing, in cases in which a severe penalty may be imposed. Mexico has further indicated the importance of any financial or other assistance that consular officers may provide to defence counsel, *inter alia* for investigation of the defendant's family background and mental condition, when such information is relevant to the case. The Court observes 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 for its national. In the following cases, 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: Benavides (case No. 3); Covarrubias (case No. 6); Esquivel (case No. 7); Hoyos (case No. 9); Mendoza (case No. 17); Ramírez (case No. 20); Sánchez (case No. 23); Verano (case No. 27); Zamudio (case No. 29); Gómez (case No. 33); Hernández (case No. 34); Ramírez (case No. 41); Rocha (case No. 42); Solache (case No. 47); Camargo (case No. 49) and Reyes (case No. 54).

105. In relation to Mr. Manríquez (case No. 14), the Court lacks precise information as to when his consular post was notified. It is merely given to understand that it was two years prior to conviction, and that Mr. Manríquez himself had never been informed of his consular rights. There is also divergence between the Parties in regard to the case of Mr. Fuentes (case No. 15), where Mexico claims it became aware of his detention during trial and the United States says this occurred during jury selection, prior to the actual commencement of the trial. In the case of Mr. Arias (case No. 44), the Mexican authorities became aware of his detention less than one week before the commencement of the trial. In those three cases, the Court concludes that the United States violated its obligations under Article 36, paragraph 1 (c).

106. On this aspect of the case, the Court thus concludes:

- (1) that the United States committed breaches of the obligation incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (b), of the Vienna Convention to inform detained Mexican nationals of their rights under

that paragraph, in the case of the following 51 individuals: Avena (case No. 1), Ayala (case No. 2), Benavides (case No. 3), Carrera (case No. 4), Contreras (case No. 5), Covarrubias (case No. 6), Esquivel (case No. 7), Gómez (case No. 8), Hoyos (case No. 9), Juárez (case No. 10), López (case No. 11), Lupercio (case No. 12), Maciel (case No. 13), Manriquez (case No. 14), Fuentes (case No. 15), Martínez (case No. 16), Mendoza (case No. 17), Ochoa (case No. 18), Parra (case No. 19), Ramírez (case No. 20), Salazar (case No. 21), Sánchez (case No. 23), Tafoya (case No. 24), Valdez (case No. 25), Vargas (case No. 26), Verano (case No. 27), Zamudio (case No. 29), Alvarez (case No. 30), Fierro (case No. 31), Garcia (case No. 32), Gómez (case No. 33), Hernández (case No. 34), Ibarra (case No. 35), Leal (case No. 36), Maldonado (case No. 37), Medellín (case No. 38), Moreno (case No. 39), Plata (case No. 40), Ramírez (case No. 41), Rocha (case No. 42), Regalado (case No. 43), Arias (case No. 44), Caballero (case No. 45), Flores (case No. 46), Solache (case No. 47), Fong (case No. 48), Camargo (case No. 49), Pérez (case No. 51), Loza (case No. 52), Torres (case No. 53) and Reyes (case No. 54);

- (2) that the United States committed breaches of the obligation incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (*b*), to notify the Mexican consular post of the detention of the Mexican nationals listed in subparagraph (1) above, except in the cases of Mr. Juárez (No. 10) and Mr. Hernández (No. 34);
- (3) that by virtue of its breaches of Article 36, paragraph 1 (*b*), as described in subparagraph (2) above, the United States also violated the obligation incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (*a*), of the Vienna Convention to enable Mexican consular officers to communicate with and have access to their nationals, as well as its obligation under paragraph 1 (*c*) of that Article regarding the right of consular officers to visit their detained nationals;
- (4) that the United States, by virtue of these breaches of Article 36, paragraph 1 (*b*), also violated the obligation incumbent upon it under paragraph 1 (*c*) of that Article to enable Mexican consular officers to arrange for legal representation of their nationals in the case of the following individuals: Avena (case No. 1), Ayala (case No. 2), Carrera (case No. 4), Contreras (case No. 5), Gómez (case No. 8), López (case No. 11), Lupercio (case No. 12), Maciel (case No. 13), Manriquez (case No. 14), Fuentes (case No. 15), Martínez (case No. 16), Ochoa (case No. 18), Parra (case No. 19), Salazar (case No. 21), Tafoya (case No. 24), Valdez (case No. 25), Vargas (case No. 26), Alvarez (case No. 30), Fierro (case No. 31), Garcia (case No. 32), Ibarra (case No. 35), Leal (case No. 36), Maldonado (case No. 37), Medellín (case No. 38), Moreno (case No. 39), Plata (case No. 40), Regalado (case No. 43), Arias (case No. 44), Caballero (case No. 45),

Flores (case No. 46), Fong (case No. 48), Pérez (case No. 51), Loza (case No. 52) and Torres (case No. 53).

*

ARTICLE 36, PARAGRAPH 2

107. In its third final submission Mexico asks the Court to adjudge and declare that

“the United States violated its obligations under Article 36 (2) of the Vienna Convention by failing to provide meaningful and effective review and reconsideration of convictions and sentences impaired by a violation of Article 36 (1)”.

108. Article 36, paragraph 2, provides:

“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.”

109. In this connection, Mexico has argued that the United States

“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 sentences imposed in proceedings that violated Article 36 — . . . has violated, and continues to violate, the Vienna Convention.”

More specifically, Mexico contends that:

“The United States uses several municipal legal doctrines to prevent finding any legal effect from the violations of Article 36. *First*, despite this Court’s clear analysis in *LaGrand*, US courts, at both the state and federal level, continue to invoke default doctrines to bar any review of Article 36 violations — even when the national had been unaware of his rights to consular notification and communication and thus his ability to raise their violation as an issue at trial, due to the competent authorities’ failure to comply with Article 36.”

110. Against this contention by Mexico, the United States argues that:

“the criminal justice systems of the United States address all errors

in process through both judicial and executive clemency proceedings, relying upon the latter when rules of default have closed out the possibility of the former. That is, the 'laws and regulations' of the United States provide for the correction of mistakes that may be relevant to a criminal defendant to occur through a combination of judicial review and clemency. These processes together, working with other competent authorities, give full effect to the purposes for which Article 36 (1) is intended, in conformity with Article 36 (2). And, insofar as a breach of Article 36 (1) has occurred, these procedures satisfy the remedial function of Article 36 (2) by allowing the United States to provide review and reconsideration of convictions and sentences consistent with *LaGrand*."

111. The "procedural default" rule in United States law has already been brought to the attention of the Court in the *LaGrand* case. The following brief definition of the rule was provided by Mexico in its Memorial in this case and has not been challenged by the United States: "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*". 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 United States federal courts; in the present case, Mexico also complains of the application of the rule in certain state courts of criminal appeal.

112. The Court has already considered the application of the "procedural default" rule, alleged by Mexico to be a hindrance to the full implementation of the international obligations of the United States under Article 36, in the *LaGrand* case, when the Court addressed the issue of its implications for the application of Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention. The Court emphasized that "a distinction must be drawn between that rule as such and its specific application in the present case". The Court stated:

"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, 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." (*J.C.J. Reports 2001*, p. 497, para. 90.)

On this basis, the Court concluded 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). 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.

113. The Court will return to this aspect below, in the context of Mexico's claims as to remedies. For the moment, 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. It 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. In 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. The Court notes moreover that 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. However, in none of the cases, save for the three mentioned in paragraph 114 below, 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, and as explained further in paragraphs 128 and following below. 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.

114. By contrast, the Court notes that in the case of three Mexican nationals, Mr. Fierro (case No. 31), Mr. Moreno (case No. 39), and Mr. Torres (case No. 53), conviction and sentence have become final. Moreover, in the case of Mr. Torres the Oklahoma Court of Criminal Appeals has set an execution date (see paragraph 21 above, *in fine*). The Court must therefore conclude that, in relation to these three individuals, the United States is in breach of the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention.

* *

LEGAL CONSEQUENCES OF THE BREACH

115. Having concluded that in most of the cases brought before the Court by Mexico in the 52 instances, there has been a failure to observe the obligations prescribed by Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Vienna Convention, the Court now proceeds to the examination of the legal consequences of such a breach and of what legal remedies should be considered for the breach.

116. Mexico in its fourth, fifth and sixth submissions asks the Court to adjudge and declare:

- “(4) that pursuant to the injuries suffered by Mexico in its own right and in the exercise of diplomatic protection of its nationals, Mexico is entitled to full reparation for these injuries in the form of *restitutio in integrum*;
- (5) that this restitution consists of the obligation to restore the *status quo ante* by annulling or otherwise depriving of full force or effect the conviction and sentences of all 52 Mexican nationals; [and]
- (6) that this restitution also includes the obligation to take all measures necessary to ensure that a prior violation of Article 36 shall not affect the subsequent proceedings.”

117. In support of its fourth and fifth submissions, Mexico argues that “It is well-established that the primary form of reparation available to a State injured by an internationally wrongful act is *restitutio in integrum*”, and that “The United States is therefore obliged to take the necessary action to restore the *status quo ante* in respect of Mexico’s nationals detained, tried, convicted and sentenced in violation of their internationally recognized rights.” To restore the *status quo ante*, Mexico contends that “restitution here must take the form of annulment of the convictions and sentences that resulted from the proceedings tainted by the Article 36 violations”, and that “It follows from the very nature of *restitutio* that, when a violation of an international obligation is manifested in a judicial act, that act must be annulled and thereby deprived of any force or effect in the national legal system.” Mexico therefore asks in its submissions that the convictions and sentences of the 52 Mexican nationals be annulled, and that, in any future criminal proceedings against these 52 Mexican nationals, evidence obtained in breach of Article 36 of the Vienna Convention be excluded.

118. The United States on the other hand argues:

“*LaGrand*’s holding calls for the United States to provide, in each case, ‘review and reconsideration’ that ‘takes account of’ the viola-

tion, not 'review and reversal', not across-the-board exclusions of evidence or nullification of convictions simply because a breach of Article 36 (1) occurred and without regard to its effect upon the conviction and sentence and, not . . . 'a precise, concrete, stated result: to re-establish the *status quo ante*'".

119. The general principle on the legal consequences of the commission of an internationally wrongful act was stated by the Permanent Court of International Justice in the *Factory at Chorzów* case as follows: "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, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, p. 21.*) What constitutes "reparation in an adequate form" clearly varies depending upon the concrete circumstances surrounding each case and the precise nature and scope of the injury, since the question has to be examined from the viewpoint of what is the "reparation in an adequate form" that corresponds to the injury. In a subsequent phase of the same case, the Permanent Court went on to elaborate on this point as follows:

"The essential principle contained in the actual notion of an illegal act — a principle which 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, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, p. 47.*)

120. In the *LaGrand* case the Court made a general statement on the principle involved as follows:

"The Court considers in this respect that if the United States, notwithstanding its commitment [to ensure implementation of the specific measures adopted in performance of its obligations under Article 36, paragraph 1 (b)], should fail in its obligation of consular notification to the detriment of German nationals, an apology would not suffice in cases where the individuals concerned have been subjected to prolonged detention or convicted and sentenced to severe penalties. In the case of such a conviction and sentence, 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. This obligation can be carried out in various ways. The choice of means must be left to the United States." (*I.C.J. Reports 2001, pp. 513-514, para. 125.*)

121. Similarly, in the present case the Court's task is to determine what would be adequate reparation for the violations of Article 36. It should be clear from what has been observed above 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, as the Court will explain further in paragraphs 128 to 134 below, with a view to ascertaining whether in each case the violation of Article 36 committed by the competent authorities caused actual prejudice to the defendant in the process of administration of criminal justice.

122. The Court reaffirms that the case before it concerns Article 36 of the Vienna Convention and not the correctness as such of any conviction or sentencing. The question of whether the violations of Article 36, paragraph 1, are to be regarded as having, in the causal sequence of events, ultimately led to convictions and severe penalties is an integral part of criminal proceedings before the courts of the United States and is for them to determine in the process of review and reconsideration. In so doing, it is for the courts of the United States to examine the facts, and in particular the prejudice and its causes, taking account of the violation of the rights set forth in the Convention.

123. It is not to be presumed, as Mexico asserts, that partial or total annulment of conviction or sentence provides the necessary and sole remedy. In this regard, Mexico cites the recent Judgment of this Court in the case concerning the *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, in which the "Court ordered the cancellation of an arrest warrant issued by a Belgian judicial official in violation of the international immunity of the Congo Minister for Foreign Affairs". However, the present case has clearly to be distinguished from the *Arrest Warrant* case. In that case, the question of the legality under international law of the act of issuing the arrest warrant against the Congolese Minister for Foreign Affairs by the Belgian judicial authorities was itself the subject-matter of the dispute. Since the Court found that act to be in violation of international law relating to immunity, the proper legal consequence was for the Court to order the cancellation of the arrest warrant in question (*J.C.J. Reports 2002*, p. 33). By contrast, in the present case it is not the convictions and sentences of the Mexican nationals which are to be regarded as a violation of international law, but solely certain breaches of treaty obligations which preceded them.

124. Mexico has further contended that the right to consular notification and consular communication under the Vienna Convention is a fundamental human right that constitutes part of due process in criminal proceedings and should be guaranteed in the territory of each of the Contracting Parties to the Vienna Convention; according to Mexico, this

right, as such, is so fundamental that its infringement will *ipso facto* produce the effect of vitiating the entire process of the criminal proceedings conducted in violation of this fundamental right. Whether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need decide. The Court would, however, observe that neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the *travaux préparatoires*, support the conclusion that Mexico draws from its contention in that regard.

125. For these reasons, Mexico's fourth and fifth submissions cannot be upheld.

126. The reasoning of the Court on the fifth submission of Mexico is equally valid in relation to the sixth submission of Mexico. In elaboration of its sixth submission, Mexico contends that,

"As an aspect of *restitutio in integrum*, Mexico is also entitled to an order that in any subsequent criminal proceedings against the nationals, statements and confessions obtained prior to notification to the national of his right to consular assistance be excluded."

Mexico argues that "The exclusionary rule applies in both common law and civil law jurisdictions and requires the exclusion of evidence that is obtained in a manner that violates due process obligations", and on this basis concludes that

"The status of the exclusionary rule as a general principle of law permits the Court to order that the United States is obligated to apply this principle in respect of statements and confessions given to United States law enforcement officials prior to the accused Mexican nationals being advised of their consular rights in any subsequent criminal proceedings against them."

127. The Court does not consider that it is necessary to enter into an examination of the merits of the contention advanced by Mexico that the "exclusionary rule" is "a general principle of law under Article 38 (1) (c) of the . . . Statute" of the Court. The issue raised by Mexico in its sixth submission relates to the question of what legal consequences flow from the breach of the obligations under Article 36, paragraph 1 — a question which the Court has already sufficiently discussed above in relation to the fourth and the fifth submissions of Mexico. The Court is of the view that this question is one which has to be examined under the concrete circumstances of each case by the United States courts concerned in the process of their review and reconsideration. For this reason, the sixth submission of Mexico cannot be upheld.

128. While the Court has rejected the fourth, fifth and sixth submissions of Mexico relating to the remedies for the breaches by the United

States of its international obligations under Article 36 of the Vienna Convention, the fact remains that such breaches have been committed, as the Court has found, and it is thus incumbent upon the Court to specify what remedies are required in order to redress the injury done to Mexico and to its nationals by the United States through non-compliance with those international obligations. As has already been observed in paragraph 120, the Court in the *LaGrand* Judgment stated the general principle to be applied in such cases by way of a remedy to redress an injury of this kind (*I.C.J. Reports 2001*, pp. 513-514, para. 125).

129. In this regard, Mexico's seventh submission also asks the Court to adjudge and declare:

"That to the extent that any of the 52 convictions or sentences are not annulled, the United States shall provide, by means of its own choosing, meaningful and effective review and reconsideration of the convictions and sentences of the 52 nationals, and that this obligation cannot be satisfied by means of clemency proceedings or if any municipal law rule or doctrine [that fails to attach legal significance to an Article 36 (1) violation] is applied."

130. On this question of "review and reconsideration", the United States takes the position that it has indeed conformed its conduct to the *LaGrand* Judgment. In a further elaboration of this point, the United States argues that "[t]he Court said in *LaGrand* that the choice of means for allowing the review and reconsideration it called for 'must be left' to the United States", but that "Mexico would not leave this choice to the United States but have the Court undertake the review instead and decide at once that the breach requires the conviction and sentence to be set aside in each case".

131. In stating in its Judgment in the *LaGrand* case that "the United States of America, *by means of its own choosing*, shall allow the review and reconsideration of the conviction and sentence" (*I.C.J. Reports 2001*, p. 516, para. 128 (7); emphasis added), the Court acknowledged that the concrete modalities for such review and reconsideration should be left primarily to the United States. It should be underlined, however, that this freedom in the choice of means for such review and reconsideration is not without qualification: as the passage of the Judgment quoted above makes abundantly clear, such review and reconsideration has to be carried out "by taking account of the violation of the rights set forth in the Convention" (*I.C.J. Reports 2001*, p. 514, para. 125), including, in particular, the question of the legal consequences of the violation upon the criminal proceedings that have followed the violation.

132. The United States argues (1) "that the Court's decision in *LaGrand* in calling for review and reconsideration called for a process to re-examine a conviction and sentence in light of a breach of Article 36"; (2) that, "in calling for a process of review, the Court necessarily implied that one legitimate result of that process might be a conclusion that the conviction and sentence should stand"; and (3) "that the relief Mexico seeks in this

case is flatly inconsistent with the Judgment in *LaGrand*: it seeks precisely the award of a substantive outcome that the *LaGrand* Court declined to provide”.

133. However, the Court wishes to point out that the current situation in the United States criminal procedure, as explained by the Agent at the hearings, is that

“If the defendant alleged at trial that *a failure of consular information resulted in harm to a particular right essential to a fair trial, an appeals court can review how the lower court handled that claim of prejudice*”.

but that

“*If the foreign national did not raise his Article 36 claim at trial, he may face procedural constraints [i.e., the application of the procedural default rule] on raising that particular claim in direct or collateral judicial appeals*” (emphasis added).

As a result, 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 (see paragraph 111 above).

134. It is not sufficient for the United States to argue that “[w]hatever label [the Mexican defendant] places on his claim, his right . . . must and will be vindicated if it is raised *in some form* at trial” (emphasis added), and that

“In that way, even though a failure to label the complaint as a breach of the Vienna Convention may mean that he has technically speaking forfeited his right to raise this issue as a Vienna Convention claim, on appeal that failure would not bar him from independently asserting *a claim that he was prejudiced because he lacked this critical protection needed for a fair trial.*” (Emphasis added.)

The crucial point in this situation is that, by the operation of the procedural default rule as it is applied at present, the defendant is effectively barred from raising the issue of the violation of his rights under Article 36 of the Vienna Convention and is limited to seeking the vindication of his rights under the United States Constitution.

*

135. Mexico, in the latter part of its seventh submission, has stated that “this obligation [of providing review and reconsideration] cannot be

satisfied by means of clemency proceedings". Mexico elaborates this point by arguing first of all that "the United States's reliance on clemency proceedings is wholly inconsistent with its obligation to provide a remedy, as that obligation was found by this Court in *LaGrand*". More specifically, Mexico contends:

"First, it is clear that the Court's direction to the United States in LaGrand clearly contemplated that 'review and reconsideration' would be carried out by judicial procedures

Second, the Court was fully aware that the LaGrand brothers had received a clemency hearing, during which the Arizona Pardons Board took into account the violation of their consular rights. Accordingly, the Court determined in LaGrand that clemency review alone did not constitute the required 'review and reconsideration'

Finally, the Court specified that the United States must 'allow the review and reconsideration of the conviction and sentence by taking account of the violation of the rights set forth in the Convention' it is a basic matter of U.S. criminal procedural law that courts review convictions; clemency panels do not. With the rare exception of pardons based on actual innocence, the focus of capital clemency review is on the propriety of the sentence and not on the underlying conviction."

Furthermore, Mexico argues that the clemency process is in itself an ineffective remedy to satisfy the international obligations of the United States. It concludes: "clemency review is standardless, secretive, and immune from judicial oversight".

Finally, in support of its contention, Mexico argues that

"the failure of state clemency authorities to pay heed to the intervention of the US Department of State in cases of death-sentenced Mexican nationals refutes the [United States] contention that clemency review will provide meaningful consideration of the violations of rights conferred under Article 36".

136. Against this contention of Mexico, the United States claims that it "gives 'full effect' to the 'purposes for which the rights accorded under [Article 36, paragraph 1,] are intended' through executive clemency". It argues that "[t]he clemency process . . . is well suited to the task of providing review and reconsideration". The United States explains that "Clemency . . . is more than a matter of grace; it is part of the overall scheme for ensuring justice and fairness in the legal process" and that

"Clemency procedures are an integral part of the existing 'laws and regulations' of the United States through which errors are addressed".

137. Specifically in the context of the present case, the United States contends that the following two points are particularly noteworthy:

"First, these clemency procedures allow for broad participation by advocates of clemency, including an inmate's attorney and the sending state's consular officer Second, these clemency officials are not bound by principles of procedural default, finality, prejudice standards, or any other limitations on judicial review. They may consider any facts and circumstances that they deem appropriate and relevant, including specifically Vienna Convention claims."

138. The Court would emphasize that the "review and reconsideration" prescribed by it in the *LaGrand* case should be effective. Thus it should "tak[e] account of the violation of the rights set forth in [the] Convention" (*I.C.J. Reports 2001*, p. 516, para. 128 (7)) and guarantee that the violation and the possible prejudice caused by that violation will be fully examined and taken into account in the review and reconsideration process. Lastly, review and reconsideration should be both of the sentence and of the conviction.

139. Accordingly, in a situation of the violation of rights under Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention, the defendant raises his claim in this respect not as a case of "harm to a particular right essential to a fair trial" — a concept relevant to the enjoyment of due process rights under the United States Constitution — but as a case involving the infringement of his rights under Article 36, paragraph 1. The rights guaranteed under the Vienna Convention are treaty rights which the United States has undertaken to comply with in relation to the individual concerned, irrespective of the due process rights under United States constitutional law. In this regard, the Court would point out that what is crucial in the review and reconsideration process is the existence of a procedure which guarantees that full weight is given to the violation of the rights set forth in the Vienna Convention, whatever may be the actual outcome of such review and reconsideration.

140. As has been explained in paragraphs 128 to 134 above, the Court is of the view that, in cases where the breach of the individual rights of Mexican nationals under Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Convention has resulted, in the sequence of judicial proceedings that has followed, in the individuals concerned being subjected to prolonged detention or convicted and sentenced to severe penalties, the legal consequences of this breach have to be examined and taken into account in the course of

review and reconsideration. The Court considers that it is the judicial process that is suited to this task.

141. The Court in the *LaGrand* case left to the United States the choice of means as to how review and reconsideration should be achieved, especially in the light of the procedural default rule. Nevertheless, the premise on which the Court proceeded in that case was that the process of review and reconsideration should occur within the overall judicial proceedings relating to the individual defendant concerned.

142. As regards the clemency procedure, the Court notes that this performs an important function in the administration of criminal justice in the United States and is "the historic remedy for preventing miscarriages of justice where judicial process has been exhausted" (*Herrera v. Collins*, 506 US 390 (1993) at pp. 411-412). The Court accepts that executive clemency, while not judicial, is an integral part of the overall scheme for ensuring justice and fairness in the legal process within the United States criminal justice system. It must, however, point out that what is at issue in the present case is not whether executive clemency as an institution is or is not an integral part of the "existing laws and regulations of the United States", but whether the clemency process as practised within the criminal justice systems of different states in the United States can, in and of itself, qualify as an appropriate means for undertaking the effective "review and reconsideration of the conviction and sentence by taking account of the violation of the rights set forth in the Convention", as the Court prescribed in the *LaGrand* Judgment (*J.C.J. Reports 2001*, p. 514, para. 125).

143. It may be true, as the United States argues, that in a number of cases "clemency in fact results in pardons of convictions as well as commutations of sentences". In that sense and to that extent, it might be argued that the facts demonstrated by the United States testify to a degree of effectiveness of the clemency procedures as a means of relieving defendants on death row from execution. The Court notes, however, that the clemency process, as currently practised within the United States criminal justice system, does not appear to meet the requirements described in paragraph 138 above and that it is therefore not sufficient in itself to serve as an appropriate means of "review and reconsideration" as envisaged by the Court in the *LaGrand* case. The Court considers nevertheless that appropriate clemency procedures can supplement judicial review and reconsideration, in particular where the judicial system has failed to take due account of the violation of the rights set forth in the Vienna Convention, as has occurred in the case of the three Mexican nationals referred to in paragraph 114 above.

144. Finally, the Court will consider the eighth submission of Mexico, in which it asks the Court to adjudge and declare:

“That the [United States] shall cease its violations of Article 36 of the Vienna Convention with regard to Mexico and its 52 nationals and shall provide appropriate guarantees and assurances that it shall take measures sufficient to achieve increased compliance with Article 36 (1) and to ensure compliance with Article 36 (2).”

145. In this respect, Mexico recognizes the efforts by the United States to raise awareness of consular assistance rights, through the distribution of pamphlets and pocket cards and by the conduct of training programmes, and that the measures adopted by the United States to that end were noted by the Court in its decision in the *LaGrand* case (*I.C.J. Reports 2001*, pp. 511-513, paras. 121, 123-124). Mexico, however, notes with regret that

“the United States programme, whatever its components, has proven ineffective to prevent the regular and continuing violation by its competent authorities of consular notification and assistance rights guaranteed by Article 36”.

146. In particular, Mexico claims in relation to the violation of the obligations under Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention:

“*First*, competent authorities of the United States regularly fail to provide the timely notification required by Article 36 (1) (b) and thereby to [*sic*] frustrate the communication and access contemplated by Article 36 (1) (a) and the assistance contemplated by Article 36 (1) (c). These violations continue notwithstanding the Court’s judgment in *LaGrand* and the programme described there.

.....
Mexico has demonstrated, moreover, that the pattern of regular non-compliance continues. During the first half of 2003, Mexico has identified at least one hundred cases in which Mexican nationals have been arrested by competent authorities of the United States for serious felonies but not timely notified of their consular notification rights.”

Furthermore, in relation to the violation of the obligations under Article 36, paragraph 2, of the Vienna Convention, Mexico claims:

“*Second*, courts in the United States continue to apply doctrines of procedural default and non-retroactivity that prevent those courts from reaching the merits of Vienna Convention claims, and those courts that have addressed the merits of those claims (because no procedural bar applies) have repeatedly held that no remedy is avail-

able for a breach of the obligations of Article 36 . . . Likewise, the United States' reliance on clemency proceedings to meet *LaGrand's* requirement of review and reconsideration represents a deliberate decision to allow these legal rules and doctrines to continue to have their inevitable effect. Hence, the United States continues to breach Article 36 (2) by failing to give full effect to the purposes for which the rights accorded under Article 36 are intended."

147. The United States contradicts this contention of Mexico by claiming that "its efforts to improve the conveyance of information about consular notification are continuing unabated and are achieving tangible results". It contends that Mexico "fails to establish a 'regular and continuing' pattern of breaches of Article 36 in the wake of *LaGrand*".

148. Mexico emphasizes the necessity of requiring the cessation of the wrongful acts because, it alleges, the violation of Article 36 with regard to Mexico and its 52 nationals still continues. The Court considers, however, that Mexico has not established a continuing violation of Article 36 of the Vienna Convention with respect to the 52 individuals referred to in its final submissions; it cannot therefore uphold Mexico's claim seeking cessation. The Court would moreover point out that, 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.

149. The Mexican request for guarantees of non-repetition is based on its contention that beyond these 52 cases there is a "regular and continuing" pattern of breaches by the United States of Article 36. In this respect, the Court observes that there is no evidence properly before it that would establish a general pattern. While it is a matter of concern that, even in the wake of the *LaGrand* Judgment, there remain a substantial number of cases of failure to carry out the obligation to furnish consular information to Mexican nationals, the Court notes that the United States has been making considerable efforts to ensure that its law enforcement authorities provide consular information to every arrested person they know or have reason to believe is a foreign national. Especially at the stage of pre-trial consular information, it is noteworthy that the United States has been making good faith efforts to implement the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention, through such measures as a new outreach programme launched in 1998, including the dissemination to federal, state and local authorities of the State Department booklet mentioned above in para-

6. By an Order of 22 May 2003, the President of the Court, on the joint request of the Agents of the two Parties, extended to 20 June 2003 the time-limit for the filing of the Memorial; the time-limit for the filing of the Counter-Memorial was extended, by the same Order, to 3 November 2003.

By a letter dated 20 June 2003 and received in the Registry on the same day, the Agent of Mexico informed the Court that Mexico was unable for technical reasons to file the original of its Memorial on time and accordingly asked the Court to decide, under Article 44, paragraph 3, of the Rules of Court, that the filing of the Memorial after the expiration of the time-limit fixed therefor would be considered as valid; that letter was accompanied by two electronic copies of the Memorial and its annexes. Mexico having filed the original of the Memorial on 23 June 2003 and the United States having informed the Court, by a letter of 24 June 2003, that it had no comment to make on the matter, the Court decided on 25 June 2003 that the filing would be considered as valid.

7. In a letter of 14 October 2003, the Agent of Mexico expressed his Government's wish to amend its submissions in order to include therein the cases of two Mexican nationals, Mr. Victor Miranda Guerrero and Mr. Tonatihu Aguilar Saucedo, who had been sentenced to death, after the filing of Mexico's Memorial, as a result of criminal proceedings in which, according to Mexico, the United States had failed to comply with its obligations under Article 36 of the Vienna Convention.

In a letter of 2 November 2003, under cover of which the United States filed its Counter-Memorial within the time-limit prescribed, the Agent of the United States informed the Court that his Government objected to the amendment of Mexico's submissions, on the grounds that the request was late, that Mexico had submitted no evidence concerning the alleged facts and that there was not enough time for the United States to investigate them.

In a letter received in the Registry on 28 November 2003, Mexico responded to the United States objection and at the same time amended its submissions so as to withdraw its request for relief in the cases of two Mexican nationals mentioned in the Memorial, Mr. Enrique Zambrano Garibi and Mr. Pedro Hernández Alberto, having come to the conclusion that the former had dual Mexican and United States nationality and that the latter had been informed of his right of consular notification prior to interrogation.

On 9 December 2003, the Registrar informed Mexico and the United States that, in order to ensure the procedural equality of the Parties, the Court had decided not to authorize the amendment of Mexico's submissions so as to include the two additional Mexican nationals mentioned above. He also informed the Parties that the Court had taken note that the United States had made no objection to the withdrawal by Mexico of its request for relief in the cases of Mr. Zambrano and Mr. Hernández.

8. On 28 November 2003 and 2 December 2003, Mexico filed various documents which it wished to produce in accordance with Article 56 of the Rules of Court. By letters dated 2 December 2003 and 5 December 2003, the Agent of the United States informed the Court that his Government did not object to the production of these new documents and that it intended to exercise its right to comment upon these documents and to submit documents in support of its comments, pursuant to paragraph 3 of that Article. By letters dated 9 December 2003, the Registrar informed the Parties that the Court had taken note that

the course of the present proceedings from the viewpoint of the general application of the Vienna Convention, and there can be no question of making an *a contrario* argument in respect of any of the Court's findings in the present Judgment. In other words, the fact that in this case the Court's ruling has concerned only Mexican nationals cannot be taken to imply that the conclusions reached by it in the present Judgment do not apply to other foreign nationals finding themselves in similar situations in the United States.

* * *

152. By its Order of 5 February 2003 the Court, acting on a request by Mexico, indicated by way of provisional measure that

"The United States of America shall take all measures necessary to ensure that Mr. César Roberto Fierro Reyna, Mr. Roberto Moreno Ramos and Mr. Osvaldo Torres Aguilera are not executed pending final judgment in these proceedings" (*I.C.J. Reports 2003*, pp. 91-92, para. 59 (I)) (see paragraph 21 above).

The Order of 5 February 2003, according to its terms and to Article 41 of the Statute, was effective pending final judgment, and the obligations of the United States in that respect are, with effect from the date of the present Judgment, replaced by those declared in this Judgment. The Court has rejected Mexico's submission that, by way of *restitutio in integrum*, the United States is obliged to annul the convictions and sentences of all of the Mexican nationals the subject of its claims (see above, paragraphs 115-125). The Court has found that, in relation to these three persons (among others), the United States has committed breaches of its obligations under Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Vienna Convention and Article 36, paragraphs 1 (*a*) and (*c*), of that Convention; moreover, in respect of those three persons alone, the United States has also committed breaches of Article 36, paragraph 2, of the said Convention. The review and reconsideration of conviction and sentence required by Article 36, paragraph 2, which is the appropriate remedy for breaches of Article 36, paragraph 1, has not been carried out. The Court considers that in these three cases it is for the United States to find an appropriate remedy having the nature of review and reconsideration according to the criteria indicated in paragraphs 138 *et seq.* of the present Judgment.

* * *

153. For these reasons,

THE COURT,

(1) By thirteen votes to two,

Rejects the objection by the United Mexican States to the admissibility of the objections presented by the United States of America to the jurisdiction of the Court and the admissibility of the Mexican claims;

IN FAVOUR: *President Shi; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, Elaraby, Owada, Tomka;*

AGAINST: *Judge Parra-Aranguren; Judge ad hoc Sepúlveda;*

(2) Unanimously,

Rejects the four objections by the United States of America to the jurisdiction of the Court;

(3) Unanimously,

Rejects the five objections by the United States of America to the admissibility of the claims of the United Mexican States;

(4) By fourteen votes to one,

Finds that, by not informing, without delay upon their detention, the 51 Mexican nationals referred to in paragraph 106 (1) above of their rights under Article 36, paragraph 1 (b), of the Vienna Convention on Consular Relations of 24 April 1963, the United States of America breached the obligations incumbent upon it under that subparagraph;

IN FAVOUR: *President Shi; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, Elaraby, Owada, Tomka; Judge ad hoc Sepúlveda;*

AGAINST: *Judge Parra-Aranguren;*

(5) By fourteen votes to one,

Finds that, by not notifying the appropriate Mexican consular post without delay of the detention of the 49 Mexican nationals referred to in paragraph 106 (2) above and thereby 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);

IN FAVOUR: *President Shi; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, Elaraby, Owada, Tomka; Judge ad hoc Sepúlveda;*

AGAINST: *Judge Parra-Aranguren;*

(6) By fourteen votes to one,

Finds that, in relation to the 49 Mexican nationals referred to in paragraph 106 (3) above, 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;

IN FAVOUR: *President Shi; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, Elaraby, Owada, Tomka; Judge ad hoc Sepúlveda;*

AGAINST: *Judge Parra-Aranguren;*

(7) By fourteen votes to one,

Finds that, in relation to the 34 Mexican nationals referred to in paragraph 106 (4) above, the United States of America deprived the United Mexican States of the right, in a timely fashion, to arrange for legal representation of those nationals, and thereby breached the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (c), of the Convention;

IN FAVOUR: *President Shi; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, Elaraby, Owada, Tomka; Judge ad hoc Sepúlveda;*

AGAINST: *Judge Parra-Aranguren;*

(8) By fourteen votes to one,

Finds that, by not permitting the review and reconsideration, in the light of the rights set forth in the Convention, of the conviction and sentences of Mr. César Roberto Fierro Reyna, Mr. Roberto Moreno Ramos and Mr. Osvaldo Torres Aguilera, after the violations referred to in subparagraph (4) above had been established in respect of those individuals, the United States of America breached the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 2, of the Convention;

IN FAVOUR: *President Shi; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, Elaraby, Owada, Tomka; Judge ad hoc Sepúlveda;*

AGAINST: *Judge Parra-Aranguren;*

(9) By fourteen votes to one,

Finds that the appropriate reparation in this case consists in the obligation of the United States of America to provide, by means of its own choosing, review and reconsideration of the convictions and sentences of the Mexican nationals referred to in subparagraphs (4), (5), (6) and (7) above, by taking account both of the violation of the rights set forth in Article 36 of the Convention and of paragraphs 138 to 141 of this Judgment;

IN FAVOUR: *President Shi; Vice-President Ranjeva; Judges Guillaume, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans, Rezek, Al-Khasawneh, Buergenthal, Elaraby, Owada, Tomka; Judge ad hoc Sepúlveda;*

AGAINST: *Judge Parra-Aranguren;*

(10) Unanimously,

Takes note of the commitment undertaken by the United States of America to ensure implementation of the specific measures adopted in performance of its obligations under Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Vienna Convention; and *finds* that this commitment must be regarded as meeting the request by the United Mexican States for guarantees and assurances of non-repetition;

(11) Unanimously,

Finds that, should Mexican nationals nonetheless be sentenced to severe penalties, without their rights under Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Convention having been respected, the United States of America shall provide, by means of its own choosing, review and reconsideration of the conviction and sentence, so as to allow full weight to be given to the violation of the rights set forth in the Convention, taking account of paragraphs 138 to 141 of this Judgment.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this thirty-first day of March, two thousand and four, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, respectively.

(Signed) SHI Jiuyong,
President.

(Signed) Philippe COUVREUR,
Registrar.

President SHI and Vice-President RANIEVA append declarations to the Judgment of the Court; Judges VERESHCHETIN, PARRA-ARANGUREN and TOMKA and Judge *ad hoc* SEPÚLVEDA append separate opinions to the Judgment of the Court.

(Initialled) J.Y.S.

(Initialled) Ph.C.

ภาคผนวก ข

19 JANUARY 2009

JUDGMENT

REQUEST FOR INTERPRETATION OF THE JUDGMENT OF 31 MARCH 2004
IN THE CASE CONCERNING *AVENA AND OTHER MEXICAN NATIONALS*
(*MEXICO v. UNITED STATES OF AMERICA*)

(MEXICO v. UNITED STATES OF AMERICA)

DEMANDE EN INTERPRÉTATION DE L'ARRÊT DU 31 MARS 2004 EN
L'AFFAIRE *AVENA ET AUTRES RESSORTISSANTS MEXICAINS*
(*MEXIQUE c. ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE*)

(MEXIQUE c. ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE)

19 JANVIER 2009

ARRÊT

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 2009

2009
19 January
General List
No. 139

19 January 2009

REQUEST FOR INTERPRETATION OF THE JUDGMENT OF 31 MARCH 2004
IN THE CASE CONCERNING *AVENA AND OTHER MEXICAN NATIONALS*
(*MEXICO v. UNITED STATES OF AMERICA*)

(MEXICO v. UNITED STATES OF AMERICA)

Article 60 of the Statute of the Court — Independent basis of jurisdiction.

Conditions on the exercise of jurisdiction to entertain a request for interpretation — Question of the existence of a dispute as to the meaning or scope of paragraph 153 (9) of the Judgment of 31 March 2004 — For the Court to determine whether a dispute exists — No dispute as to whether paragraph 153 (9) lays down an obligation of result.

Question of the existence of a dispute as to those upon whom the obligation of result specifically falls — Two possible approaches based on the Parties' positions — Possible existence of a dispute as to those upon whom the obligation specifically falls — Possible absence of a dispute on this point failing a sufficiently precise indication.

Question of the direct effect of the obligation established in paragraph 153 (9) — No decision in the Judgment of 31 March 2004 as to the direct effect of the obligation — Question of direct effect therefore cannot be the subject of a request for interpretation — Reiteration of the principle that considerations of domestic law cannot in any event relieve the parties of obligations deriving from judgments of the Court.

- 2 -

Question of breach by the United States of its legal obligation to comply with the Order indicating provisional measures of 16 July 2008 — Court's jurisdiction to rule on this question in proceedings on a request for interpretation — Question of possible violation by the United States of the Judgment of 31 March 2004 — Lack of jurisdiction of the Court to consider this question in proceedings for interpretation.

Mexico's request for the Court to order the United States to provide guarantees of non-repetition — Binding character of the Judgment of 31 March 2004 — Undertakings already given by the United States.

JUDGMENT

Present: President HIGGINS; Vice-President AL-KHASAWNEH; Judges RANJEVA, KOROMA, BUERGENTHAL, OWADA, TOMKA, ABRAHAM, KEITH, SEPULVEDA-AMOR, BENNOUNA, SROTNIKOV; Registrar COUVREUR.

In the case concerning the Request for interpretation of the Judgment of 31 March 2004,

between:

the United Mexican States,

represented by

H.E. Mr. Juan Manuel Gómez-Robledo, Ambassador, Under-Secretary for Multilateral Affairs and Human Rights, Ministry of Foreign Affairs of Mexico,

H.E. Mr. Joel Antonio Hernández García, Ambassador, Legal Adviser, Ministry of Foreign Affairs of Mexico,

H.E. Mr. Jorge Lomónaco Tonda, Ambassador of Mexico to the Kingdom of the Netherlands,

as Agents,

and

- 3 -

the United States of America,

represented by

Mr. John B. Bellinger, III, Legal Adviser, United States Department of State,

as Agent;

Mr. James H. Thessin, Deputy Legal Adviser, United States Department of State,

as Co-Agent.

THE COURT,

composed as above,

after deliberation,

delivers the following Judgment:

1. On 5 June 2008, the United Mexican States (hereinafter "Mexico") filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the United States of America (hereinafter "the United States"), whereby, referring to Article 60 of the Statute and Articles 98 and 100 of the Rules of Court, it requests the Court to interpret paragraph 153 (9) of the Judgment delivered by the Court on 31 March 2004 in the case concerning *Avenda and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (J.C.J. Reports 2004, p. 12) (hereinafter "the *Avenda* Judgment").

2. Pursuant to Article 40, paragraph 2, of the Statute, the Application was immediately transmitted to the Government of the United States by the Registrar; and, pursuant to Article 40, paragraph 3, all States entitled to appear before the Court were notified of the Application.

3. On 5 June 2008, after filing its Application, Mexico, referring to Article 41 of the Statute and Articles 73, 74 and 75 of the Rules of Court, filed in the Registry of the Court a request for the indication of provisional measures in order "to preserve the rights of Mexico and its nationals" pending the Court's judgment in the proceedings on the interpretation of the *Avenda* Judgment.

By an Order of 16 July 2008, the Court, having rejected the submission by the United States seeking the dismissal of the Application filed by Mexico (paragraph 80 (I)) and its removal from the Court's General List, indicated the following provisional measures (paragraph 80 (II)):

- (a) The United States of America shall take all measures necessary to ensure that Messrs. José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, and Roberto Moreno Ramos are not

- 4 -

executed pending judgment on the Request for interpretation submitted by the United Mexican States, unless and until these five Mexican nationals receive review and reconsideration consistent with paragraphs 138 to 141 of the Court's Judgment delivered on 31 March 2004 in the case concerning *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*,

- (b) The Government of the United States of America shall inform the Court of the measures taken in implementation of this Order."

It also decided that, "until the Court has rendered its judgment on the Request for interpretation, it shall remain seized of the matters" which form the subject of the Order (paragraph 80 (III)).

4. By letters dated 16 July 2008, the Registrar informed the Parties that the Court, pursuant to Article 98, paragraph 3, of the Rules of Court, had fixed 29 August 2008 as the time-limit for the filing of written observations by the United States on Mexico's Request for interpretation.

5. By a letter dated 1 August 2008 and received in the Registry the same day, the Agent of the United States, referring to paragraph 80 (II) (b) of the Order of 16 July 2008, informed the Court of the measures which the United States "ha[d] taken and continu[e]d to take" to implement that Order.

6. By a letter dated 28 August 2008 and received in the Registry the same day, the Agent of Mexico, informing the Court of the execution on 5 August 2008 of Mr. José Ernesto Medellín Rojas in the State of Texas, United States of America, and referring to Article 98, paragraph 4 of the Rules of Court, requested the Court to afford Mexico the opportunity of furnishing further written explanations for the purpose, on the one hand, of elaborating on the merits of the Request for interpretation in the light of the written observations which the United States was due to file and, on the other, of "amending its pleading to state a claim based on the violation of the Order of 16 July 2008".

7. On 29 August 2008, within the time-limit fixed, the United States filed its Written Observations on Mexico's Request for interpretation.

8. By letters dated 2 September 2008, the Registrar informed the Parties that the Court had decided to afford each of them the opportunity of furnishing further written explanations, pursuant to Article 98, paragraph 4, of the Rules of Court, and had fixed 17 September and 6 October 2008 as the time-limits for the filing by Mexico and the United States, respectively, of such further explanations. These were filed by each Party within the time-limits thus fixed.

- 5 -

9. In the Application, the following requests were made by Mexico:

"The Government of Mexico asks the Court to adjudge and declare that the obligation incumbent upon the United States under paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment constitutes an obligation of result as it is clearly stated in the Judgment by the indication that the United States must provide 'review and reconsideration of the convictions and sentences' but leaving it the 'means of its own choosing';

and that, pursuant to the foregoing obligation of result,

1. the United States must take any and all steps necessary to provide the reparation of review and reconsideration mandated by the *Avena* Judgment; and
2. the United States must take any and all steps necessary to ensure that no Mexican national entitled to review and reconsideration under the *Avena* Judgment is executed unless and until that review and reconsideration is completed and it is determined that no prejudice resulted from the violation."

10. In the course of the proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of Mexico:

in the further written explanations submitted to the Court on 17 September 2008:

"Based on the foregoing, the Government of Mexico asks the Court to adjudge and declare as follows:

- (i) That the correct interpretation of the obligation incumbent upon the United States under paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment is that it is an obligation of result as it is clearly stated in the Judgment by the indication that the United States must provide 'review and reconsideration of the convictions and sentences';

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

- (1) the United States, acting through all of its competent organs and all its constituent subdivisions, including all branches of government and any official, state or federal, exercising government authority, must take all measures necessary to provide the reparation of review and reconsideration mandated by the *Avena* Judgment in paragraph 153 (9); and
- (2) the United States, acting through all its competent organs and all its constituent subdivisions, including all branches of government and any official, state or federal, exercising government authority, must take all measures necessary to ensure that no Mexican national entitled to review and

- 6 -

reconsideration under the *Avena* Judgment is executed unless and until that review and reconsideration is completed and it is determined that no prejudice resulted from the violation;

- (b) That the United States breached the Court's Order of 16 July 2008 and the *Avena* Judgment by executing José Ernesto Medellín Rojas without having provided him review and reconsideration consistent with the terms of the *Avena* Judgment; and
- (c) That the United States is required to guarantee that no other Mexican national entitled to review and reconsideration under the *Avena* Judgment is executed unless and until that review and reconsideration is completed and it is determined that no prejudice resulted from the violation."

On behalf of the United States,

in its Written Observations submitted on 29 August 2008:

"On the basis of the facts and arguments set out above, the Government of the United States of America requests that the Court adjudge and declare that the application of the United Mexican States is dismissed, but if the Court shall decline to dismiss the application, that the Court adjudge and declare an interpretation of the *Avena* Judgment in accordance with paragraph 62 above." (Para. 63.)

Paragraph 60 of the Written Observations of the United States includes the following:

"And the United States agrees with Mexico's requested interpretation: it agrees that the *Avena* Judgment imposes an 'obligation of result'. There is thus nothing for the Court to adjudicate, and Mexico's application must be dismissed."

Paragraph 62 of the Written Observations of the United States includes the following:

"the United States requests that the Court interpret the Judgment as Mexico has requested – that is, as follows:

[T]he obligation incumbent upon the United States under paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment constitutes an obligation of result as it is clearly stated in the Judgment by the indication that the United States must provide 'review and reconsideration of the convictions and sentences' but leaving it the 'means of its own choosing';

in the further written explanations submitted to the Court on 6 October 2008:

"On the basis of the facts and arguments set out above and in the United States' initial Written Observations on the Application for Interpretation, the Government of the United States of America requests that the Court adjudge and declare that the application of the United Mexican States for interpretation of the *Avena* Judgment is dismissed. In the alternative and as subsidiary submissions in the event that the Court should decline to dismiss the application in its entirety, the United States requests that the Court adjudge and declare:

- 7 -

- (iv) that the following supplemental requests by Mexico are dismissed:
- (1) that the Court declare that the United States breached the Court's July 16 Order;
 - (2) that the Court declare that the United States breached the *Avena* Judgment; and
 - (3) that the Court order the United States to issue a guarantee of non-repetition;
- (b) an interpretation of the *Avena* Judgment in accordance with paragraph 86 (a) of Mexico's Response to the Written Observations of the United States."

11. The Court recalls that in paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment the Court had found that:

"the appropriate reparation in this case consists in the obligation of the United States of America to provide, by means of its own choosing, review and reconsideration of the convictions and sentences of the Mexican nationals referred to in subparagraphs (4), (5), (6) and (7) above, by taking account both of the violation of the rights set forth in Article 36 of the [Vienna] Convention [on Consular Relations] and of paragraphs 138 to 141 of this Judgment".

12. Mexico asked for an interpretation as to whether paragraph 153 (9) expresses an obligation of result and requested that the Court should so state, as well as issue certain orders to the United States "pursuant to the foregoing obligation of result" (see paragraph 9 above).

13. Mexico's Request for interpretation of paragraph 153 (9) of the Court's Judgment of 31 March 2004 was made by reference to Article 60 of the Statute. That Article provides that "[t]he judgment is final and without appeal. In the event of dispute ['contestation' in the French version] as to the meaning or scope of the judgment, the Court shall construe it upon the request of any party."

14. The United States informed the Court that it agreed that the obligation in paragraph 153 (9) was an obligation of result and, there being no dispute between the Parties as to the meaning or scope of the words of which Mexico requested an interpretation, Article 60 of the Statute did not confer jurisdiction on the Court to make the interpretation (see para. 41 of the Order of 16 July 2008). In its written observations of 29 August 2008, the United States also contended that the absence of a dispute about the meaning or scope of paragraph 153 (9) rendered Mexico's Application inadmissible.

- 8 -

15. The Court notes that its Order of 16 July 2008 on provisional measures was not made on the basis of *prima facie* jurisdiction. Rather, the Court stated that “the Court’s jurisdiction on the basis of Article 60 of the Statute is not preconditioned by the existence of any other basis of jurisdiction as between the parties to the original case” (Order, para. 44).

The Court also affirmed that the withdrawal by the United States from the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations Concerning the Compulsory Settlement of Disputes since the rendering of the *Avena* Judgment had no bearing on the Court’s jurisdiction under Article 60 of the Statute (*ibid.*, para. 44).

16. In its Order of 16 July 2008, the Court had addressed whether the conditions laid down in Article 60 “for the Court to entertain a request for interpretation appeared to be satisfied” (*ibid.*, para. 45), observing that “the Court may entertain a request for interpretation of any judgment rendered by it provided that there is a ‘dispute as to the meaning or scope of [the said] judgment’” (*ibid.*, para. 46).

17. In the same Order, the Court pointed out that “the French and English versions of Article 60 of the Statute are not in total harmony” and that the existence of a dispute “contestation” under Article 60 was not subject to satisfaction of the same criteria as that of a dispute (“différend” in the French text) as referred to in Article 36, paragraph 2, of the Statute (Order, para. 53). The Court nonetheless observed that “it seems both Parties regard paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment as an international obligation of result” (*ibid.*, para. 55).

18. However, the Court also observed that

“the Parties nonetheless apparently hold different views as to the meaning and scope of that obligation of result, namely, whether that understanding is shared by all United States federal and state authorities and whether that obligation falls upon those authorities” (*ibid.*, para. 55).

19. The Court stated that the decision rendered on the request for the indication of provisional measures “in no way prejudices any question that the Court may have to deal with relating to the Request for interpretation” (*ibid.*, para. 79).

20. Accordingly, in the present procedure it is appropriate for the Court to review again whether there does exist a dispute over whether the obligation in paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment is an obligation of result. The Court will also at this juncture need to consider whether there is indeed a difference of opinion between the Parties as to whether the obligation in paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment falls upon all United States federal and state authorities.

21. As is clear from the settled jurisprudence of the Court, a dispute must exist for a request for interpretation to be admissible (*Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case (Colombia v. Peru), Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 402*;

Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1985, pp. 216-217, para. 44; see also Request for Interpretation of the Judgment of 11 June 1998 in the Case concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria), Preliminary Objections (Nigeria v. Cameroon), Judgment, I.C.J. Reports 1999 (I), p. 36, para. 12).

22. As recalled above in paragraphs 4 and 8, by letters dated 16 July 2008 and 2 September 2008, the Registrar informed the Parties that the Court had afforded the United States and Mexico the opportunity of furnishing written observations and further written explanations pursuant to Article 98, paragraphs 3 and 4, of the Rules of Court.

23. The Court has duly considered the observations and further written explanations of the Parties regarding the existence of any dispute requiring interpretation as to whether the obligation to provide judicial review and reconsideration of the convictions and sentences of the Mexican nationals referred to in the *Avena* Judgment is an obligation of result.

24. Mexico referred in particular to the actions of the United States federal Executive, claiming that certain actions reflected the United States disagreement with Mexico over the meaning or scope of the *Avena* Judgment. According to Mexico, this difference of views manifested itself in the position taken by the United States Government in the Supreme Court: that the *Avena* Judgment was not directly enforceable under domestic law and was not binding on domestic courts without action by the President of the United States; and further that the obligation under Article 94 of the United Nations Charter to comply with judgments of the Court fell solely upon the political branches of the States parties to the Charter. In Mexico's view, "the operative language [of the *Avena* Judgment] establishes an obligation of result reaching all organs of the United States, including the federal and state judiciaries, that must be discharged irrespective of domestic law impediments". Mexico maintains that the United States Government's narrow reading of the means for implementing the Judgment led to its failure to take all the steps necessary to bring about compliance by all authorities concerned with the obligation borne by the United States. In particular, Mexico noted that the United States Government had not sought to intervene in support of Mr. Medellín's petition for a stay of execution before the United States Supreme Court. This course of conduct is alleged to reflect a fundamental disagreement between the Parties concerning the obligation of the United States to bring about a specific result by any necessary means. Mexico further argues that the existence of a dispute is also shown by the fact that the competent executive, legislative and judicial organs at the federal and Texas state levels have taken positions in conflict with Mexico's as to the meaning or scope of paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment.

25. The United States has, in its written observations of 29 August 2008 and its further written explanations of 6 October 2008, insisted that each of the matters brought to the attention of the Court by Mexico concerns not a dispute regarding whether the Parties perceive the obligations of paragraph 153 (9) as an obligation of result, but Mexico's dissatisfaction with the implementation to date of that obligation by the United States. The United States claims that it has

- 10 -

consistently agreed with Mexico's interpretation of paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment. Specifically, it concurs that subparagraph 9 requires it to take all necessary steps to ensure that no Mexican national named in the Judgment is executed without having received the prescribed review and reconsideration and without a determination having been made that he has suffered no prejudice from the violation of the Convention. In particular, the United States contends that, in accordance with the discretion left to the United States by the Court as to the choice of means of compliance with the Judgment, the President elected to comply by, *inter alia*, determining that the state courts were to give effect to the Judgment, as set out in a Memorandum of 28 February 2005 to the Attorney General of the United States. The executive branch thus argued in the case *Medellín v. Texas* in the Supreme Court that the President's determination was lawful and binding on the state courts. According to the United States, no finding as to the existence of a difference of views between the Parties can be inferred from the controversy before the Supreme Court as to whether or not the Court's judgments are self-executing, because that is strictly a matter of United States domestic law. The Supreme Court found that the *Avena* Judgment created an international obligation incumbent upon the United States. Further, the United States argues that positions taken by other governmental officials in the United States cannot provide any basis for a finding of a divergence of views between the Parties in respect of the interpretation of the *Avena* Judgment; it points out that Mexico's argument in this regard is founded on positions taken by organs without the authority to express the State's official position on the international plane. The fact that Texas, or any other constituent part of the United States, may hold a different interpretation of the Court's Judgment is therefore irrelevant to the question before the Court.

26. The United States on several occasions reiterated that the relevant obligation was one of result, and that while the *Avena* Judgment allowed it a choice of means, it was certain that the obligation had to be complied with.

27. In its Order of 16 July 2008 the Court observed that "it seems both Parties regard paragraph 153 (9) as an international obligation of result" (Order, para. 55). Its observations on the matter being provisional, the Court has reviewed the contentions of the Parties in the written observations of 29 August 2008 and the further written explanations of 17 September and 6 October 2008 as to whether they both accept that the obligation in paragraph 153 (9) is one of result — that is to say, an obligation which requires a specific outcome. This means, in the particular case, the obligation upon the United States to provide review and reconsideration consistent with paragraphs 138 to 141 of the *Avena* Judgment to those Mexican nationals named in the *Avena* Judgment who remain on death row without having had the benefit of such review and reconsideration. In addition, Messrs. José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cardenas, Humberto Leal García, and Roberto Moreno Ramos were the subject of the Order on provisional measures relating to that obligation issued by the Court on 16 July 2008. The Court observes that this obligation of result is one which must be met within a reasonable period of time. Even serious efforts of the United States, should they fall short of providing review and reconsideration consistent with paragraphs 138 to 141 of the *Avena* Judgment, would not be regarded as fulfilling this obligation of result.

28. The United States has insisted that it fully accepts that paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment constitutes an obligation of result. It therefore continues to assert that there is no dispute over whether paragraph 153 (9) expresses an obligation of result, and thus no dispute within the

- 11 -

meaning of the condition in Article 60 of the Statute, Mexico contends, making reference to certain omissions of the federal government to act and of certain actions and statements of organs of government or other public authorities, that in reality the United States does not accept that it is under an obligation of result, and that therefore there is indeed a dispute under Article 60.

29. It is for the Court itself to decide whether a dispute within the meaning of Article 60 of the Statute does indeed exist (see *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*, Judgment No. 11, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 13, p. 12).

To this end, the Court has in particular examined the written observations and further written explanations of the Parties to ascertain their views in the light of the comments of the Court in paragraph 55 of the Order that they

“apparently hold different views as to the meaning and scope of that obligation of result, namely, whether that understanding is shared by all United States federal and state authorities and whether that obligation falls upon those authorities”.

30. The Court observes that whether, by reference to the elements described above, there is a dispute under Article 60 of the Statute, the resolution of which requires an interpretation of the provisions of paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment, can be perceived in two ways.

31. On the one hand, it could be said that a variety of factors suggest that there is a difference of perception that would constitute a dispute under Article 60 of the Statute.

Mexico observes that, in *Medellín v. Texas* (Supreme Court Reporter, Vol. 128, 2008, p. 1346), “the Federal Executive argued [in the United States Supreme Court] that Article 94 (1) [of the United Nations Charter] was directed only to the political branches of States Party . . . rather than to the State Party as a whole”, and adds that “[t]here is no support for that reading of Article 94 (1) in either its text, its object and purpose, or principles of general international law”. Mexico maintains that it was on the basis of this “erroneous interpretation” that “the [Supreme] Court found that the expression of the obligation to comply in Article 94 (1) . . . precluded the judicial branch — the authority best suited to implement the obligation imposed by *Avena* — from taking steps to comply”, the Supreme Court being of the view that the Charter provision referred to “a commitment on the part of U.N. Members to take future action through their political branches to comply with an ICJ decision” (*ibid.*, p. 1358). In Mexico’s contention, it thus follows that the highest judicial authority in the United States has understood the Judgment in *Avena* as not laying down an obligation of result binding on all constituent organs of the United States, including the federal and state judicial authorities. From this perspective, not only is the obligation in paragraph 153 (9) not really regarded as an obligation of result, but, argues Mexico, such an interpretation puts to one side the finding in the *Avena* Judgment that:

- 12 -

"in cases where the breach of the individual rights of Mexican nationals under Article 36, paragraph 1 (b), of the [Vienna Convention on Consular Relations] has resulted, in the sequence of judicial proceedings that has followed, in the individuals concerned being subjected to prolonged detention or convicted and sentenced to severe penalties, the legal consequences of this breach have to be examined and taken into account in the course of review and reconsideration. The Court considers that it is the judicial process that is suited to this task." (*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, pp. 65-66, para. 140.)

Further, Mexico contends that this understanding by the Supreme Court is inconsistent with the interpretation of the *Avena* Judgment as imposing an obligation of result incumbent on all constituent organs of the United States, including the judiciary.

32. From this viewpoint, the wording in Mexico's concluding submissions — wording introduced in its further written explanations of 17 September 2008 — was directed to affirming that the obligation in paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment is incumbent on all the constituent organs to be seen as comprising the United States (see paragraph 10 above).

Mexico moreover rejects the argument of the State of Texas that Mr. Medellín had, prior to his execution, received the review and reconsideration required by paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment from state and federal courts.

33. According to Mexico, the United States, by word and deed, has contradicted its avowed acceptance of review and reconsideration as an obligation of result. Reference is made to the choice of the United States Government not to appear at the Supreme Court hearings on Mr. Medellín's petition for a stay of execution. Mexico also points to the very tardy attempts to engage Congress in ensuring that all constituent elements do indeed act upon this obligation.

34. Further, Mexico contends that the Supreme Court found that the obligation within paragraph 153 (9) could not be directly enforced by the judiciary on the basis of a Presidential memorandum nor otherwise without intervention of the legislature. In Mexico's view, this necessarily means that the obligation is not really regarded as one of result — a viewpoint not shared by the United States.

35. The Court observes that these elements could suggest a dispute between the Parties within the sense of Article 60 of the Statute:

36. On the other hand, there are factors that suggest, on the contrary, that there is no dispute between the Parties. The Court notes — without necessarily agreeing with certain points made by the Supreme Court in its reasoning regarding international law — that the Supreme Court has stated that the *Avena* Judgment creates an obligation that is binding on the United States. This is so notwithstanding that it has said that the obligation has no direct effect in domestic law, and that it cannot be given effect by a Presidential Memorandum.

- 13 -

37. Referring to the Court's statement in its Order of 16 July 2008 that there seemed to be a dispute as to the scope of the obligation in paragraph 153 (9), and upon whom precisely it fell, the United States reiterated in its written observations of 29 August 2008 that the federal government both "spoke for" and had responsibility for all organs and constituent elements of governmental authority. While that statement seems to be directed at matters different from what the Court perceived as the possible dispute in paragraph 55 of its Order of 16 July 2008, it could be said that Mexico addressed this question only somewhat indirectly in its further written explanations of 17 September 2008.

38. The Court notes that Article 98 (2) of the Rules of Court stipulates that when a party makes a request for interpretation of a judgment, "the precise point or points in dispute as to the meaning or scope of the judgment shall be indicated".

Mexico has had the opportunity to indicate the precise points in dispute as to the meaning or scope of the *Avena* Judgment, first in its Application of 5 June 2008 and then in the submissions made at the conclusion of its further written explanations of 17 September 2008.

The Application made reference to a dispute about whether the obligation in paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment was one of result; the United States rapidly signalled its agreement that the obligation incumbent upon it was an obligation of result. The matters emphasized by Mexico seemed particularly directed to the question of implementation by the United States of the obligations incumbent upon it as a consequence of the *Avena* Judgment. The various passages in the further written explanations of Mexico of 17 September 2008, while referring to certain actions and statements of the constituent organs of the United States and perceived failures to act in certain regards by the federal government, nonetheless remain very non-specific as to what the claimed dispute precisely is. Further, it is difficult to discern, save by inference, Mexico's position regarding the existence of a dispute as to whether the obligation of result falls upon all state and federal authorities and as to whether they share an understanding that it does so fall.

39. The Court observes that, in its Application of 5 June 2008, Mexico simply asked that the Court affirm that the obligation incumbent upon the United States paragraph 153 (9) constitutes an obligation of result.

When Mexico formulated its submissions in the oral hearings on the request for the indication of provisional measures, it submitted:

"(a) that the United States, acting through all its competent organs and all its constituent subdivisions, including all branches of government and any official, state or federal, exercising government authority, take all measures necessary to ensure that José Ernesto Medellín, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, and Roberto Moreno Ramos are not executed pending the conclusion of the proceedings instituted by Mexico on 5 June 2008, unless and until the five Mexican nationals have received review and reconsideration consistent with paragraphs 138 through 141 of this Court's *Avena* Judgment;"

- 14 -

40. Mexico had a further opportunity to indicate the precise points it regarded as in dispute when it reformulated its concluding submissions in paragraphs 86 (a) (1) and (2) of its further written explanations of 17 September 2008 (see paragraph 32 above).

41. The Court observes it could be argued that the claim in paragraph 86 (a) (1) that the United States "acting through all its competent organs . . . must take all measures necessary to provide the reparation of review and reconsideration" does not say that there is an obligation of result falling upon the various competent organs, constituent subdivisions and public authorities, but only that the United States will act through these in itself fulfilling the obligations incumbent on it under paragraph 153 (9).

The same wording of "the United States, acting through all its competent organs and all its constituent subdivisions" appears in paragraph 86 (a) (2) of Mexico's concluding submissions. Whether in terms of meeting the requirements of Article 98 (2) of the Rules, or more generally, it could be argued that in the end Mexico has not established the existence of any dispute between itself and the United States. Moreover, the United States has made clear that it can agree with the first concluding submission (point (a)) of Mexico, requesting in its own concluding submissions, as a subsidiary submission, that the Court adjudge and declare "(b) an interpretation of the *Avena* Judgment in accordance with paragraph 86 (a) of Mexico's Response to the Written Observations of the United States".

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

* *

42. The Court notes that, having regard to all these elements, two views may be discerned as to whether or not there is a dispute within the meaning of Article 60 of the Statute.

* *

43. Be that as it may, the Court considers that there would be a further obstacle to granting the request of Mexico even if a dispute in the present case were ultimately found to exist within the meaning of Article 60 of the Statute. The Parties' different stated perspectives on the existence of a dispute reveal also different contentions as to whether paragraph 153 (9) of the *Avena* Judgment envisages that a direct effect is to be given to the obligation contained therein.

44. The *Avena* Judgment nowhere lays down or implies that the courts in the United States are required to give direct effect to paragraph 153 (9). The obligation laid down in that paragraph is indeed an obligation of result which clearly must be performed unconditionally; non-performance of it constitutes internationally wrongful conduct. However, the Judgment leaves

- 15 -

it to the United States to choose the means of implementation, not excluding the introduction within a reasonable time of appropriate legislation, if deemed necessary under domestic constitutional law. Nor moreover does the *Avena* Judgment prevent direct enforceability of the obligation in question, if such an effect is permitted by domestic law. In short, the question is not decided in the Court's original Judgment and thus cannot be submitted to it for interpretation under Article 60 of the Statute (*Request for Interpretation of the Judgment of 20 November 1950 in the Asylum Case (Colombia v. Peru), Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 402*).

45. Mexico's argument, as described in paragraph 31 above, concerns the general question of the effects of a judgment of the Court in the domestic legal order of the States parties to the case in which the judgment was delivered, not the "meaning or scope" of the *Avena* Judgment, as Article 60 of the Court's Statute requires. By virtue of its general nature, the question underlying Mexico's Request for interpretation is outside the jurisdiction specifically conferred upon the Court by Article 60. Whether or not there is a dispute, it does not bear on the interpretation of the *Avena* Judgment, in particular of paragraph 153 (9).

46. For these reasons, the Court cannot accede to Mexico's Request for interpretation.

47. Before proceeding to the additional requests of Mexico, the Court observes that considerations of domestic law which have so far hindered the implementation of the obligation incumbent upon the United States, cannot relieve it of its obligation. A choice of means was allowed to the United States in the implementation of its obligation and, failing success within a reasonable period of time through the means chosen, it must rapidly turn to alternative and effective means of attaining that result.

48. In the context of the proceedings instituted by the Application requesting interpretation, Mexico has presented three additional claims to the Court. First, Mexico asks the Court to adjudge and declare that the United States breached the Order indicating provisional measures of 16 July 2008 by executing Mr. Medellín on 5 August 2008 without having provided him with the review and reconsideration required under the *Avena* Judgment. Second, Mexico also regards that execution as having constituted a breach of the *Avena* Judgment itself. Third, Mexico requests the Court to order the United States to provide guarantees of non-repetition.

49. The United States argues that the Court lacks jurisdiction to entertain the supplemental requests made by Mexico. As regards Mexico's claim concerning the alleged breach of the Order of 16 July 2008, the United States is of the opinion, first, that the lack of a basis of jurisdiction for

- 16 -

the Court to adjudicate Mexico's Request for interpretation extends to this ancillary claim. Second, and in the alternative, the United States suggests that such a claim, in any event, goes beyond the jurisdiction of the Court under Article 60 of the Statute. Similarly, the United States submits that there is no basis of jurisdiction for the Court to entertain Mexico's claim relating to an alleged violation of the *Avena* Judgment. Finally, the United States disputes the Court's jurisdiction to order guarantees of non-repetition.

50. Concerning Mexico's claim that the United States breached the Court's Order indicating provisional measures of 16 July 2008 by executing Mr. Medellín, the Court observes that in that Order it found that "it appears that the Court may, under Article 60 of the Statute, deal with the Request for interpretation" (Order, para. 57). The Court then indicated in its Order that:

"The United States of America shall take all measures necessary to ensure that Messrs. José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, and Roberto Moreno Ramos are not executed pending judgment on the Request for interpretation submitted by the United Mexican States, unless and until these five Mexican nationals receive review and reconsideration consistent with paragraphs 138 to 141 of the Court's Judgment delivered on 31 March 2004 in the case concerning *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*." (*Ibid.*, para. 80 (II) (a).)

51. There is no reason for the Court to seek any further basis of jurisdiction than Article 60 of the Statute to deal with this alleged breach of its Order indicating provisional measures issued in the same proceedings. The Court's competence under Article 60 necessarily entails its incidental jurisdiction to make findings about alleged breaches of the Order indicating provisional measures. That is still so even when the Court decides, upon examination of the Request for interpretation, as it has done in the present case, not to exercise its jurisdiction to proceed under Article 60.

52. Mr. Medellín was executed in the State of Texas on 5 August 2008 after having unsuccessfully filed an application for a writ of *habeas corpus* and applications for stay of execution and after having been refused a stay of execution through the clemency process. Mr. Medellín was executed without being afforded the review and reconsideration provided for by paragraphs 138 to 141 of the *Avena* Judgment, contrary to what was directed by the Court in its Order indicating provisional measures of 16 July 2008.

53. The Court thus finds that the United States did not discharge its obligation under the Court's Order of 16 July 2008, in the case of Mr. José Ernesto Medellín Rojas.

54. The Court further notes that the Order of 16 July 2008 stipulated that five named persons were to be protected from execution until they received review and reconsideration or until the Court had rendered its Judgment upon Mexico's Request for interpretation. The Court recalls that

- 17 -

the obligation upon the United States not to execute Messrs. César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García, and Roberto Moreno Ramos pending review and reconsideration being afforded to them is fully intact by virtue of subparagraphs (4), (5), (6), (7) and (9) of paragraph 153 of the *Avena* Judgment itself. The Court further notes that the other persons named in the *Avena* Judgment are also to be afforded review and reconsideration in the terms there specified.

55. The Court finally recalls that, as the United States has itself acknowledged, until all of the Mexican nationals referred to in subparagraphs (4), (5), (6) and (7) of paragraph 153 of the *Avena* Judgment have had their convictions and sentences reviewed and reconsidered, by taking account of Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations and paragraphs 138 to 141 of the *Avena* Judgment, the United States has not complied with the obligation incumbent upon it.

* * *

56. As regards the additional claim by Mexico asking the Court to declare that the United States breached the *Avena* Judgment by executing José Ernesto Medellín Rojas without having provided him review and reconsideration consistent with the terms of that Judgment, the Court notes that the only basis of jurisdiction relied upon for this claim in the present proceedings is Article 60 of the Statute, and that that Article does not allow it to consider possible violations of the Judgment which it is called upon to interpret.

57. In view of the above, the Court finds that the additional claim by Mexico concerning alleged violations of the *Avena* Judgment must be dismissed.

* * *

58. Lastly, Mexico requests the Court to order the United States to provide guarantees of non-repetition (point (2) (c) of Mexico's submissions) so that none of the Mexican nationals mentioned in the *Avena* Judgment is executed without having benefited from the review and reconsideration provided for by the operative part of that Judgment.

59. The United States disputes the jurisdiction of the Court to order it to furnish guarantees of non-repetition, principally inasmuch as the Court lacks jurisdiction under Article 60 of the Statute to entertain Mexico's Request for interpretation or, in the alternative, since the Court cannot, in any event, order the provision of such guarantees within the context of interpretation proceedings.

- 18 -

60. The Court finds it sufficient to reiterate that its *Avon* Judgment remains binding and that the United States continues to be under an obligation fully to implement it.

61. For these reasons,

THE COURT,

(1) By eleven votes to one,

Finds that the matters claimed by the United Mexican States to be in issue between the Parties, requiring an interpretation under Article 60 of the Statute, are not matters which have been decided by the Court in its Judgment of 31 March 2004 in the case concerning *Avon and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, including paragraph 153 (9), and thus cannot give rise to the interpretation requested by the United Mexican States;

IN FAVOUR: *President Higgins; Vice-President Al-Khasawneh; Judges Ranjeva, Koroma, Buerghthal, Owada, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov;*

AGAINST: *Judge Sepúlveda-Amor;*

(2) Unanimously,

Finds that the United States of America has breached the obligation incumbent upon it under the Order indicating provisional measures of 16 July 2008, in the case of Mr. José Ernesto Medellín Rojas;

(3) By eleven votes to one,

Reaffirms the continuing binding character of the obligations of the United States of America under paragraph 153 (9) of the *Avon* Judgment and *takes note* of the undertakings given by the United States of America in these proceedings;

IN FAVOUR: *President Higgins; Vice-President Al-Khasawneh; Judges Ranjeva, Koroma, Buerghthal, Owada, Tomka, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna, Skotnikov;*

AGAINST: *Judge Abraham;*

(4) By eleven votes to one,

Declines, in these circumstances, the request of the United Mexican States for the Court to order the United States of America to provide guarantees of non-repetition;

IN FAVOUR: *President Higgins; Vice-President Al-Khasawneh; Judges Ranjeva, Koroma, Buerghthal, Owada, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov;*

AGAINST: *Judge Sepúlveda-Amor;*

- 19 -

(5) By eleven votes to one.

Rejects all further submissions of the United Mexican States.

IN FAVOUR: President Higgins; Vice-President Al-Khasawneh; Judges Ranjeva, Koroma, Buergenthal, Owada, Tomka, Abraham, Keith, Bennouna, Skotnikov;

AGAINST: Judge Sepúlveda-Amor.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this nineteenth day of January, two thousand and nine, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, respectively.

(Signed) Rosalyn HIGGINS,
President.

(Signed) Philippe COUVREUR,
Registrar.

Judges KOROMA and ABRAHAM append declarations to the Judgment of the Court;
Judge SEPULVEDA-AMOR appends a dissenting opinion to the Judgment of the Court.

(Initialed) R. H.

(Initialed) P. C.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวเพ็ญประภา นวลศิลป์ เกิดเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน พ.ศ. 2530 ที่จังหวัดขอนแก่น จบการศึกษาปริญญาตรี คณะสังคมศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ จากมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ในปีการศึกษา 2552 และได้ศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย