

## SEPARATE OPINION OF JUDGE PARRA-ARANGUREN

*The consent of the United States not to raise preliminary objections — Mexico did not discharge its burden of proving the Mexican nationality of the 52 persons indicated in its Memorial — Multiple nationality cases — The exhaustion of local remedies rule — Obligation to reply to all the questions as stated by Mexico in its final submissions — Final considerations.*

1. My vote in favour of subparagraphs (2), (3), (10) and (11) of paragraph 153 does not mean that I share each and every part of the reasoning followed by the Court in reaching its conclusions. Time constraints to present this separate opinion within the period fixed by the Court do not permit me to make a complete explanation of my disagreement with the remaining subparagraphs of paragraph 153. However I wish to advance some of my main reasons for voting against them.

## I

2. Operative paragraph 153 (1) of the Judgment:

*“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 to the admissibility of the Mexican claims.”*

3. In my opinion, the contention of the United Mexican States (hereinafter “Mexico”) should have been upheld, because the Parties agreed to a single round of pleadings and nothing was said about preliminary objections. The United States of America (hereinafter “the United States”) thus gave its consent not to raise preliminary objections, and consequently its objections were not to be examined as such. This reason explains my vote against paragraph 153, subparagraph (1), where the Court rejects Mexico’s contention that it should disregard the preliminary objections raised by the United States against Mexico’s claims based on violations by the United States of Article 36 of the 24 April 1963 Vienna Convention on Consular Relations (hereinafter “the Vienna Convention”).

4. However, it is to be kept in mind that in any case the Court has to be satisfied of its jurisdiction and therefore the Court may examine it at any time, before rendering judgment on the merits, either *ex officio* or at the request of any of the parties (*Appeal Relating to the Jurisdiction of*

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE PARRA-ARANGUREN

[Traduction]

*Consentement des Etats-Unis à ne pas soulever d'exceptions préliminaires — Le Mexique ne s'est pas acquitté de la charge de prouver la nationalité mexicaine des cinquante-deux personnes citées dans son mémoire — Cas de nationalité multiple — Règle de l'épuisement des voies de recours internes — Obligation de répondre à toutes les questions telles que formulées par le Mexique dans ses conclusions finales — Considérations finales.*

1. Le fait d'avoir voté en faveur des points 2, 3, 10 et 11 du paragraphe 153 ne signifie pas que je partage en totalité les motifs sur lesquels la Cour s'est fondée pour parvenir à ses conclusions. Le délai imparti par la Cour pour la présentation de cette opinion individuelle ne me permet pas d'expliquer de manière exhaustive les raisons de mon désaccord sur les autres points du paragraphe 153. Je tiens toutefois à exposer certaines des raisons majeures qui m'ont amené à voter contre lesdits points.

## I

2. Le point 1 du paragraphe 153 de l'arrêt est libellé comme suit :

«*Rejette l'exception opposée par les Etats-Unis du Mexique à la recevabilité des exceptions soulevées par les Etats-Unis d'Amérique à la compétence de la Cour et à la recevabilité des demandes des Etats-Unis du Mexique.*»

3. Selon moi, l'argument des Etats-Unis du Mexique (ci-après «le Mexique») aurait dû être accueilli, car les Parties avaient convenu de limiter la procédure écrite à un seul échange de pièces et rien n'avait été dit sur la question des exceptions préliminaires. Les Etats-Unis d'Amérique (ci-après «les Etats-Unis») avaient par conséquent consenti à ne pas soulever d'exceptions préliminaires et, dès lors, celles qu'ils ont présentées n'auraient pas dû être examinées comme telles. C'est pour cette raison que j'ai voté contre le point 1 du paragraphe 153, dans lequel la Cour rejette l'argument du Mexique selon lequel elle devait refuser d'examiner les exceptions préliminaires opposées par les Etats-Unis aux demandes du Mexique fondées sur des violations par les Etats-Unis des dispositions de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963 (ci-après «la convention de Vienne»).

4. Il convient, toutefois, de garder présent à l'esprit que, quoi qu'il en soit, la Cour doit s'assurer qu'elle a compétence et que, par conséquent, elle peut examiner cette question à tout moment, avant de rendre son arrêt au fond, soit d'office ou à la demande de l'une quelconque des

the ICAO Council (*India v. Pakistan*), Judgment, *I.C.J. Reports 1972*, p. 52, para. 13; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 622, para. 46). Furthermore, as Mexico acknowledges, the inadmissibility objections presented by the United States as preliminary objections “overlap the arguments on the merits to a large extent” (CR 2003/24, p. 23, para. 59, Gómez-Robledo).

## II

5. The first of Mexico’s final submissions requests the Court to adjudge and declare, *inter alia*, that the United States 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” by failing to comply with Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention (Judgment, para. 13; emphasis added). It also indicates that the Court need not “re-examine and redetermine the facts and reweigh the evidence” in each of the 52 cases, because there are only two factual issues to be resolved. The first relates to the Mexican nationality of the individuals concerned and the second to the violations of Article 36, paragraph 1 (*b*) (CR 2003/24, p. 27, para. 83, Babcock).

6. Mexico expressly acknowledges that, since the United States “has chosen to vehemently deny any wrongdoing”, it is for Mexico to demonstrate in all 52 cases the alleged violations of Article 36, paragraph 1 (*b*), of the Vienna Convention (CR 2003/24, pp. 29-30, para. 94, Babcock); and it claims it has met this burden by providing to the Court the birth certificates of these individuals, and declarations from 42 of them stating their Mexican nationality.

7. Mexico maintained in the oral proceedings that all of them automatically acquired *jure soli* Mexican nationality under Article 30 of its Constitution. However Mexico did not present any evidence to demonstrate the contents of such Article 30.

8. It was for Mexico to discharge this burden of proof because, as Judge John E. Read recalled, “municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States” indicating that this rule had been established by the Permanent Court of International Justice in a long series of decisions and the following in particular:

- “*Polish Upper Silesia* — Series A, No. 7, page 19.
- Serbian Loans* — Series A, Nos. 20/21, page 46.
- Brazilian Loans* — Series A, Nos. 20/21, page 124.
- Lighthouses Case (France/Greece)* — Series A/B, No. 62, page 22.

parties (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 52, par. 13; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 622, par. 46). En outre, ainsi que le Mexique le reconnaît, les exceptions d'irrecevabilité, présentées par les Etats-Unis en tant qu'exceptions préliminaires, «chevauchent largement les arguments au fond» (CR 2003/24, p. 23, par. 59, Gómez-Robledo).

## II

5. Dans sa première conclusion finale, le Mexique prie la Cour de dire et juger notamment que «les Etats-Unis d'Amérique ont violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique, *en son nom propre* et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants» pour ne s'être pas conformés au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne (arrêt, par. 13; les italiques sont de moi). Il indique également que la Cour ne doit pas «[réexaminer et] se prononcer à nouveau sur les faits et ... apprécier à nouveau les moyens de preuve» dans chacun des cinquante-deux cas, parce que seules deux questions factuelles doivent être tranchées. La première concerne la nationalité mexicaine des personnes concernées et la seconde, l'existence de violations des dispositions de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 (CR 2003/24, p. 27, par. 83, Babcock).

6. Le Mexique reconnaît expressément que, puisque les Etats-Unis «ont choisi de nier avec véhémence être les auteurs de la moindre infraction», c'est au Mexique qu'il incombe d'apporter la preuve des violations alléguées de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne pour chacune des cinquante-deux personnes citées dans son mémoire (CR 2003/24, p. 29-30, par. 94, Babcock); et il soutient qu'il s'est acquitté de cette charge en fournissant à la Cour des extraits d'acte de naissance de ces personnes ainsi que les déclarations de quarante-deux d'entre elles attestant qu'elles sont de nationalité mexicaine.

7. A l'audience, le Mexique a soutenu que toutes ces personnes avaient automatiquement acquis la nationalité mexicaine en vertu du droit du sol prévu à l'article 30 de sa Constitution. Toutefois, le Mexique n'a produit aucun élément de preuve pour étayer cette affirmation concernant la teneur de cet article 30.

8. Or, la charge d'une telle preuve incombait au Mexique car, ainsi que le juge John E. Read l'a rappelé, «les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des Etats», le juge indiquant ensuite que cette règle avait été établie par la Cour permanente de Justice internationale dans une longue série de décisions, notamment dans les suivantes :

«*Haute-Silésie polonaise*, série A n° 7, p. 19.

*Emprunts serbes*, série A n°s 20/21, p. 46.

*Emprunts brésiliens*, série A n°s 20/21, p. 124.

*Affaire des phares* (France/Grèce), série A/B n° 62, p. 22.

*Panevezys-Saldutiskis Railway Case* — Series A/B, No. 76, page 19.” (Nottebohm, *Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955*, p. 36, dissenting opinion of Judge Read.)

9. Moreover it is a generally accepted principle. *Oppenheim's International Law* explains:

“From the standpoint of international law, a national law is generally regarded as a fact with reference to which rules of international law have to be applied, rather than as a rule to be applied on the international plane as a rule of law; and insofar as the International Court of Justice is called upon to express an opinion as to the effect of a rule of national law it will do so by treating the matter as a question of fact to be established as such rather than as a question of law to be decided by the court.” (*Oppenheim's International Law*, 9th ed., edited by Sir Robert Jennings, Q.C., and Sir Arthur Watts, K.C.M.G., Q.C., Vol. 1, “Peace”, Introduction and Part 1, 1996, p. 83, para. 21.)

10. This notwithstanding, paragraph 57 of the Judgment states:

“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.”

11. It is difficult for me to agree with this conclusion because Mexico has not discharged its burden of proof. The declarations from 42 of all the persons concerned are *ex parte* documents, which cannot, by themselves, demonstrate Mexican nationality; and the birth certificates presented by Mexico for each of the 52 individuals undoubtedly demonstrate that they were born in Mexico, but do not prove their Mexican nationality because Mexico did not provide the text of Article 30 of the Mexican Constitution. In view of this omission it cannot be established, from the evidence presented by Mexico, that the 52 persons identified in its Memorial automatically acquired Mexican nationality at the time of their birth by virtue of the *jus soli*. For this reason, unless I were to rely on extralegal considerations, as the Judgment itself does, I had no alternative but to conclude that the claims presented by Mexico against the United States cannot be upheld since the Mexican nationality of the 52 persons concerned was not demonstrated and this is, in the present case, a necessary condition for the application of Article 36 of the Vienna Convention and for Mexico's exercise of its right to diplomatic protection of its nationals. Therefore, in my opinion, subparagraphs (4), (5), (6), (7), (8) and (9) of paragraph 153 were to be rejected.

*Affaire du chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, série A/B n° 76, p. 19.» (Nottebohm, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 36, opinion dissidente du juge Read.)

9. En outre, il s'agit là d'un principe généralement admis. *Oppenheim's International Law* l'explique comme suit :

«Du point de vue du droit international, une loi nationale est généralement considérée comme un fait par rapport auquel les règles de droit international doivent être appliquées plutôt que comme une règle à appliquer sur le plan international en tant que règle de droit ; et, si la Cour internationale de Justice est appelée à donner un avis quant aux effets d'une règle de droit interne, elle le fera en traitant de la question comme d'une question de fait qui doit être établie comme telle et non comme un point de droit qui doit être tranché par la Cour.» («Peace — Introduction and Part 1», *Oppenheim's International Law*, sir Robert Jennings et sir Arthur Watts (dir. publ.), vol. 1, 9<sup>e</sup> éd., 1996, p. 83, par. 21 [traduction du Greffe].)

10. Nonobstant ce qui précède, la Cour dit au paragraphe 57 de l'arrêt :

«La Cour estime qu'il appartient au Mexique de démontrer que les cinquante-deux personnes identifiées au paragraphe 16 ci-dessus étaient de nationalité mexicaine au moment de leur arrestation. Elle constate que le Mexique a produit à cet effet des extraits d'acte de naissance et des déclarations de nationalité, dont le contenu n'a pas été contesté par les Etats-Unis.»

11. Il m'est difficile de souscrire à cette conclusion, car le Mexique ne s'est pas acquitté de la charge de la preuve qui lui incombait. Les déclarations de quarante-deux des personnes concernées sont des documents unilatéraux qui ne peuvent en soi démontrer la nationalité mexicaine de ces personnes ; et, si les extraits d'acte de naissance présentés par le Mexique pour chacune des cinquante-deux personnes en cause prouvent sans aucun doute que celles-ci sont nées au Mexique, ces documents ne démontrent pas qu'elles ont la nationalité mexicaine, puisque le Mexique n'a pas produit le texte de l'article 30 de sa Constitution. Du fait de cette omission, il ne peut être établi, sur la base des éléments de preuve présentés par le Mexique, que les cinquante-deux personnes citées dans son mémoire ont automatiquement acquis la nationalité mexicaine à la naissance en vertu du droit du sol. Pour ce motif, sauf à m'appuyer sur des considérations d'ordre extra-légal, comme cela est fait dans l'arrêt, je ne peux que conclure que les griefs formulés par le Mexique à l'encontre des Etats-Unis ne sauraient être accueillis, puisque la preuve de la nationalité mexicaine des cinquante-deux personnes concernées n'a pas été établie, alors qu'il s'agit là, en l'espèce, d'une condition nécessaire pour l'application de l'article 36 de la convention de Vienne et pour l'exercice, par le Mexique, de son droit à assurer la protection diplomatique de ses ressortissants. Par conséquent, j'ai estimé qu'il fallait rejeter les points 4, 5, 6, 7, 8 et 9 du paragraphe 153.

## III

12. Among the persons identified in Mexico's Memorial, the United States provided proof that Enrique Zambrano was a United States national. Then Mexico amended its submissions on 28 November 2003 to withdraw the claim presented in its own name and in exercise of its right of diplomatic protection, explaining that it did not contest, for the purpose of this litigation, that dual nationals have no right to be advised, under Article 36, paragraph 1 (b), of their rights to consular notification and access (CR 2003/24, p. 28, para. 87, Babcock). The withdrawal was not objected to by the United States, as indicated in paragraph 7 of the Judgment, and for this reason the case of Mr. Enrique Zambrano was not examined.

13. Even though the question was not disputed between the Parties, it is to be observed that the reasons given by Mexico for withdrawal in the case of Mr. Enrique Zambrano find no support in the conclusions reached by the International Law Commission in its recently prepared Draft Articles on Diplomatic Protection. Article 6 thereof prescribes that

“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 time of the injury and at the date of the official presentation of the claim.”

14. The International Law Commission explains that the solution adopted in Article 6 follows the position adopted in arbitral decisions, in particular by the Italian-United States Conciliation Commission, the Iran-United States Claims Tribunal and the United Nations Compensation Commission established by the Security Council to provide for compensation for damages caused by Iraq's occupation of Kuwait. Moreover, the International Law Commission indicates that it is consistent with developments in international human rights law, which accords legal protection to individuals even against a State of which they are nationals. It also specifies that the negative language used in the provision “is intended to show that the circumstances envisaged by article 6 are to be regarded as exceptional”, making it clear “that the burden of proof is on the claimant State to prove that its nationality is predominant” (United Nations, Report of the International Law Commission, Fifty-fourth Session (29 April-7 June and 22 July-16 August 2002), *Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 10 (A/57/10)*, pp. 169-187).

15. Therefore, Draft Article 6 would have entitled Mexico to exercise

## III

12. Parmi les personnes citées dans le mémoire du Mexique, les Etats-Unis ont fourni la preuve que M. Enrique Zambrano était un ressortissant américain. Le Mexique a alors amendé ses conclusions le 28 novembre 2003 pour retirer la demande présentée en son nom propre et dans l'exercice de son droit à assurer la protection diplomatique de ses ressortissants, en expliquant qu'il ne contestait pas, en l'espèce, que l'obligation d'informer les ressortissants étrangers de leurs droits en matière de notification consulaire et de communication entre consulats et ressortissants étrangers découlant de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 ne s'applique pas aux personnes ayant la double nationalité (CR 2003/24, p. 28, par. 87, Babcock). Comme cela est indiqué au paragraphe 7 de l'arrêt, les Etats-Unis ne s'étaient pas opposés à ce retrait, et le cas de M. Enrique Zambrano n'a donc pas été examiné.

13. Même si les Parties n'ont pas contesté ce point, il convient de noter que les raisons avancées par le Mexique pour justifier le retrait du cas de M. Enrique Zambrano ne sont point étayées par les conclusions auxquelles est parvenue la Commission du droit international dans le projet d'articles sur la protection diplomatique qu'elle a établi récemment. L'article 6 du projet d'articles dispose :

«Un Etat de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un Etat dont cette personne est également un national, à moins que la nationalité prédominante de celui-ci soit celle du premier Etat en question tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée.»

14. La Commission du droit international explique que la solution choisie à l'article 6 s'inspire de la position adoptée dans différentes sentences arbitrales, rendues en particulier par la commission de conciliation italo-américaine, le Tribunal des réclamations Etats-Unis/Iran et la commission de compensation des Nations Unies établie par le Conseil de sécurité pour indemniser les dommages causés par l'occupation iraquienne du Koweït. En outre, la Commission du droit international indique que cette solution est conforme à l'évolution du droit international relatif aux droits de l'homme, qui accorde une protection juridique aux personnes même à l'égard d'un Etat dont elles sont les ressortissants. Elle précise également que la tournure négative utilisée dans la disposition vise à «montrer que les circonstances envisagées à l'article 6 doivent être considérées comme exceptionnelles», et souligne «que la charge de la preuve incombe à l'Etat qui présente la réclamation, [lequel] doit prouver que sa nationalité est prédominante» (Nations Unies, rapport de la Commission du droit international, cinquante-quatrième session (29 avril-7 juin et 22 juillet-16 août 2002), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, supplément n° 10*, doc. A/57/10, p. 169-187).

15. Par conséquent, au vu de l'article 6 du projet d'articles, le Mexique



diplomatic protection on behalf of Enrique Zambrano, upon presenting evidence that he was a Mexican national and that his Mexican nationality predominated his United States nationality.

#### IV

16. Paragraph 40 of the Judgment examines the application of the rule of exhaustion of local remedies when dealing with the second preliminary objection to admissibility presented by the United States.

17. It indicates:

“The Court would first observe that the individual rights of Mexican nationals under subparagraph 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.”

18. Paragraph 40 adds:

“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).”

19. Then paragraph 40 recalls the *LaGrand* Judgment, where it was recognized that Article 36, paragraph 1 (b), of the Vienna Convention creates individual rights of the foreign 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). Paragraph 40 further observes

“that violations of the rights of the individual under Article 36 may entail a violation of the rights of the sending State, and that violations of the rights of the latter may entail a violation of the rights of the individual. In these special circumstances of interdependence of the rights of the State and of individual rights, Mexico may, in submitting a claim in its own name, request the Court to rule on the violation of rights which it claims to have suffered both directly and through the violation of individual rights conferred on Mexican nationals under Article 36, paragraph 1 (b).”

aurait pu exercer sa protection diplomatique en faveur de M. Enrique Zambrano sur présentation de la preuve que ce dernier était un ressortissant mexicain et que sa nationalité mexicaine était prédominante par rapport à sa nationalité américaine.

## IV

16. Au paragraphe 40 de l'arrêt, la Cour, traitant de la deuxième exception préliminaire d'irrecevabilité présentée par les Etats-Unis, examine l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

17. Elle indique :

«La Cour fera d'abord observer que les droits individuels que les ressortissants mexicains tirent de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sont des droits dont la réalisation doit, en tout cas en premier lieu, être recherchée dans le cadre du système juridique interne des Etats-Unis. Ce n'est qu'une fois ce processus mené à son terme et les voies de recours internes épuisées que le Mexique pourrait faire siennes des demandes individuelles de ses ressortissants par le mécanisme de la protection diplomatique.»

18. Elle poursuit :

«En l'espèce le Mexique ne prétend cependant pas agir seulement par ce mécanisme. Il présente en outre des demandes qui lui sont propres en se fondant sur le préjudice qu'il déclare avoir subi lui-même, directement et à travers ses ressortissants, du fait de la violation par les Etats-Unis des obligations qui leur incombent à son égard en vertu des alinéas *a*), *b*) et *c*) du paragraphe 1 de l'article 36.»

19. Au même paragraphe 40, elle rappelle ensuite l'arrêt *LaGrand*, dans lequel elle avait reconnu que l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne créait des droits individuels pour le ressortissant étranger concerné qui pouvaient être invoqués devant la Cour par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 494, par. 77). La Cour relève en outre au paragraphe 40 que

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

20. Paragraph 40 of the Judgment concludes:

“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.”

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.*)

22. This principle is generally accepted and has recently been reproduced in Article 1, paragraph 1, of the Draft Articles on Diplomatic Protection prepared by the International Law Commission, indicating that:

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

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

20. La Cour tire la conclusion suivante dans ce paragraphe 40:

«L'obligation d'épuiser les voies de recours internes ne s'applique pas à une telle demande. Au demeurant, pour les motifs qui viennent d'être exposés, la Cour n'estime pas nécessaire de traiter des demandes mexicaines concernant lesdites violations sous l'angle distinct de la protection diplomatique. Sans qu'il y ait lieu à ce stade d'aborder les questions soulevées par la règle de la carence procédurale, telles qu'exposées par le Mexique au paragraphe 39 ci-dessus, la Cour conclut que la deuxième exception d'irrecevabilité soulevée par les Etats-Unis ne saurait donc être accueillie.»

21. De mon point de vue, cette conclusion induit en erreur. La Cour aurait dû indiquer au paragraphe 40 que la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas applicable dans le cas où il est allégué que le préjudice a été causé directement aux droits du Mexique au lieu de dire que la règle ne s'applique pas à la demande formulée par le Mexique en son nom propre. En l'espèce, les demandes soumises par le Mexique dans le cadre de l'exercice de son droit à assurer la protection diplomatique de ses ressortissants sont des demandes que le Mexique formule en son nom propre, ainsi que la Cour permanente de Justice internationale l'a reconnu dans le célèbre *dictum* de l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, selon lequel,

«[e]n prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international» (*arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2, p. 12*).

22. C'est là un principe généralement admis, qui a été repris dernièrement dans le paragraphe I de l'article premier du projet d'articles sur la protection diplomatique établi par la Commission du droit international, comme suit:

«La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un Etat qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux à raison d'un préjudice subi par ce dernier découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre Etat.»

23. Dès lors, l'élément pertinent quant au point de savoir si les recours internes devaient être épuisés est, en l'espèce, celui de savoir si le Mexique avait subi un préjudice direct résultant du comportement des autorités américaines. Comme la Commission du droit international l'explique:

«La règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'aux cas dans lesquels l'Etat demandeur a été lésé «indirectement», c'est-à-dire en la personne de son national. Elle ne joue pas lorsque l'Etat auteur de la réclamation est directement lésé par le fait illicite d'un

State has a distinct reason of its own for bringing an international claim.”

24. Consequently Article 9 of its Draft Articles on Diplomatic Protection provides that

“[l]ocal remedies shall be exhausted where an international claim, or request for a declaratory judgment related to the claim, is brought preponderantly on the basis of an injury to a national or other person referred to in article 7 [8]”.

25. However the International Law Commission also observes that

“In practice it is difficult to decide whether the claim is ‘direct’ or ‘indirect’ where it is ‘mixed’, in the sense that it contains elements of both injury to the State and injury to the nationals of the State . . . In the case of a mixed claim it is incumbent upon the tribunal to examine the different elements of the claim and to decide whether the direct or the indirect element is preponderant . . . Closely related to the preponderance test is the *sine qua non* or ‘but for’ test, which asks whether the claim comprising elements of both direct and indirect injury would have been brought were it not for the claim on behalf of the injured national. If this question is answered negatively, the claim is an indirect one and local remedies must be exhausted. There is, however, little to distinguish the preponderance test from the ‘but for’ test. If a claim is preponderantly based on injury to a national this is evidence of the fact that the claim would not have been brought but for the injury to the national. In these circumstances the Commission preferred to adopt one test only — that of preponderance.” (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)*, pp. 89-90).

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.

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

autre Etat, puisqu'il a alors lui-même une raison particulière d'introduire une réclamation internationale.»

24. En conséquence, l'article 9 du projet d'articles de la Commission sur la protection diplomatique dispose que

«les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale, ou une demande de jugement déclaratif liée à la réclamation, repose principalement sur un préjudice causé à un national ou à une autre personne visée à l'article 7 [8]».

25. Toutefois, la Commission du droit international fait également observer :

«En pratique, il est difficile de déterminer si la réclamation est «directe» ou «indirecte» lorsqu'elle «mélange» des éléments constitutifs de préjudice pour l'Etat et des éléments constitutifs de préjudice pour ses nationaux... Dans le cas d'une réclamation «mixte», il incombe au tribunal d'en examiner les différents éléments pour décider si c'est l'élément direct ou indirect qui est prépondérant... Très proche de celui de la prépondérance, le critère de la condition *sine qua non*, ou «en l'absence de», pose la question de savoir si la réclamation visant des éléments de préjudice tant direct qu'indirect aurait été introduite sans la demande pour le compte du national lésé. Si la réponse est négative, la réclamation est indirecte et les recours internes doivent être épuisés. Cela dit, il n'y a pas grand-chose qui distingue le critère de la prépondérance du critère «en l'absence de». Si une réclamation repose pour une part prépondérante sur le préjudice causé à un national, cela établit qu'elle n'aurait pas été introduite en l'absence de ce préjudice. Dans ces conditions, la Commission a préféré n'adopter qu'un seul critère — celui de la prépondérance.» (Nations Unies, rapport de la Commission du droit international, cinquante-cinquième session (5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2003), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, supplément n° 10*, doc. A/58/10, p. 89-90.)

26. Dans la présente affaire, le Mexique a, en son nom propre, introduit une instance contre les Etats-Unis. Cependant, l'application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne dépend pas du point de savoir si le Mexique présente sa réclamation en son nom propre mais s'il a subi un préjudice résultant du comportement qu'auraient eu les Etats-Unis.

27. Le Mexique soutient que les Etats-Unis ont violé la convention de Vienne, qu'il y a eu fait illicite dans les relations entre les deux Etats, que, dans chaque cas, les autorités américaines n'ont pas informé les ressortissants mexicains arrêtés des droits qu'ils tiennent de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36. En conséquence, la réclamation du Mexique constitue une réclamation «mixte», pour reprendre la terminologie de la Commission du droit international, ainsi qu'elle est reconnue au paragraphe 40 de l'arrêt, dans lequel la Cour a indiqué qu'il existe des «circons-

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.

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 Session, Supplement No. 10 (A/58/10)*, pp. 88, 92-102). Therefore, it is not possible for me to agree with the conclusion reached in paragraph 40 of the Judgment.

## V

29. On 14 February 2002, the Court stated:

"The Court would recall the well-established principle that 'it is the duty of the Court not only to reply to the questions as stated in the final submissions of the parties, but also to abstain from deciding points not included in those submissions' (*Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950*, p. 402). While the Court is thus not entitled to decide upon questions not asked of it, the *non ultra petita* rule nonetheless cannot preclude the Court from addressing certain legal points in its reasoning." (*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002*, pp. 18-19, para. 43.)

30. In my opinion this statement supports the following observations on the Judgment in the present case.

31. In its first final submission Mexico requests the Court to adjudge and declare:

tances toutes particulières d'interdépendance des droits de l'Etat et des droits individuels». Il appartenait, par conséquent, à la Cour de déterminer si la réclamation du Mexique était fondée de manière prépondérante sur le préjudice subi par ses ressortissants et si cette réclamation aurait également été introduite sans la demande pour le compte de son national lésé.

28. Je suis d'avis que le Mexique n'aurait pas introduit sa réclamation contre les Etats-Unis sans la demande pour le préjudice subi par ses ressortissants. En conséquence, la règle de l'épuisement des voies de recours internes s'applique aux demandes présentées par le Mexique «en son nom propre» dans sa première conclusion finale et, par suite, la Cour aurait dû examiner chacun des cas individuels pour déterminer si les voies de recours internes avaient été épuisées, ce qui n'inclut pas de «s'adresser à l'exécutif pour que celui-ci lui octroie réparation dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires ... les recours gracieux, ni ceux dont «le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit»». Si tel n'avait pas été le cas, les demandes présentées par le Mexique dans l'exercice de son droit à assurer la protection diplomatique de ses ressortissants auraient dû être rejetées, à moins qu'elles n'aient été couvertes par l'une quelconque des exceptions reconnues à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, au sens de l'article 10 du projet d'articles sur la protection diplomatique établi par la Commission du droit international (Nations Unies, rapport de la Commission du droit international, cinquante-cinquième session (5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2003), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, supplément n° 10*, doc. A/58/10, p. 88, 92-102). Par conséquent, je ne puis souscrire à la conclusion à laquelle la Cour est parvenue au paragraphe 40 de l'arrêt.

## V

29. Le 14 février 2002, la Cour a dit:

«La Cour rappellera le principe bien établi selon lequel elle a «le devoir de répondre aux demandes des parties telles qu'elles s'expriment dans leurs conclusions finales, mais aussi celui de s'abstenir de statuer sur des points non compris dans lesdites demandes ainsi exprimées» (*Droit d'asile, arrêt, C.I.J. Recueil 1950*, p. 402). Si la Cour ne peut donc pas trancher des questions qui ne lui ont pas été soumises, en revanche la règle *non ultra petita* ne saurait l'empêcher d'aborder certains points de droit dans sa motivation.» (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 18-19, par. 43.)

30. Cette déclaration vient, selon moi, à l'appui des observations suivantes sur l'arrêt rendu en l'espèce.

31. Dans sa première conclusion finale, le Mexique prie la Cour de dire et juger que:



“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.” (Judgment, para. 14 (1).)

32. Subparagraphs (4), (5), (6), (7) and (8) of paragraph 153, in a rather sophisticated way, adjudge and declare that “the United States breached the obligations incumbent upon it” under Article 36, paragraph 1 (b) (subparas. (4) and (5)); that “the United States breached the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (a) and (c) of the Convention” (subpara. (6)); that “the United States . . . breached the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (c) of the Convention” (subpara. (7)); and that “the United States breached the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 2, of the Convention” (subpara. (8)). However, that is not an answer to the first final submission presented by Mexico, where Mexico asks the Court to adjudge and declare that the United States violated “its international legal obligations to Mexico, in its own right and in the exercise of its right to diplomatic protection”. Therefore, in my opinion, the operative part of the Judgment should have responded to the request made by Mexico in its first final submission.

33. In its second final submission Mexico requests the Court to adjudge and declare:

“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.” (Judgment, para. 14 (2).)

34. In my opinion, the second final submission of Mexico should have been expressly decided in the operative part of the Judgment and not only considered in its reasoning.

«en arrêtant, détenant, jugeant, déclarant coupables et condamnant les cinquante-deux ressortissants mexicains se trouvant dans le couloir de la mort dont les cas sont décrits dans le mémoire du Mexique, les Etats-Unis d'Amérique ont violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique agissant en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants par le fait qu'ils n'ont pas informé, sans retard, les cinquante-deux ressortissants mexicains après leur arrestation du droit à la notification et à l'accès aux autorités consulaires qui était le leur en vertu de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, qu'ils ont privé le Mexique de son droit d'accorder sa protection consulaire et privé les cinquante-deux ressortissants mexicains de leur droit de bénéficier de la protection que le Mexique leur aurait accordée conformément aux alinéas *a*) et *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention» (arrêt, par. 14, al. 1).

32. La Cour, dans les points 4, 5, 6, 7, 8 et 9 du paragraphe 153 de l'arrêt, dit et juge, non sans une certaine sophistication, que «les Etats-Unis d'Amérique ont violé les obligations leur incombant en vertu de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36» (points 4 et 5); que «les Etats-Unis d'Amérique ont ... violé les obligations leur incombant en vertu des alinéas *a*) et *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention» (point 6); que «les Etats-Unis d'Amérique ont ... violé les obligations leur incombant en vertu de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention» (point 7); et que «les Etats-Unis d'Amérique ont violé les obligations leur incombant en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention» (point 8). Cela ne constitue toutefois pas une réponse à la première conclusion finale du Mexique, dans laquelle celui-ci prie la Cour de dire et juger que «les Etats-Unis d'Amérique ont violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique, en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection consulaire de ses ressortissants». Il s'ensuit que la Cour aurait dû, selon moi, répondre dans le dispositif de l'arrêt à la demande formulée par le Mexique dans sa première conclusion finale.

33. Dans sa deuxième conclusion finale, le Mexique prie la Cour de dire et juger que:

«l'obligation énoncée au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne exige qu'une notification des droits consulaires ait lieu et qu'une possibilité raisonnable d'accès aux autorités consulaires soit donnée avant que les autorités compétentes de l'Etat de résidence ne prennent aucune mesure susceptible de porter atteinte aux droits du ressortissant étranger» (arrêt, par. 14, al. 2).

34. De mon point de vue, la deuxième conclusion finale du Mexique aurait dû faire l'objet d'une décision expresse dans le dispositif de l'arrêt au lieu d'être seulement examinée dans l'exposé des motifs.

## VI

35. Finally it seems appropriate to me to mention that Mexico has insistently requested *restitutio in integrum* as a remedy for the alleged violations of Article 36 of the Vienna Convention by the United States, because it considers that depriving a foreign national facing criminal proceedings of the right to consular notification and assistance renders those proceedings fundamentally unfair (Judgment, para. 30). Mexico has also reminded the Court throughout the present proceedings of the facts of the *LaGrand* case. However, it did not mention that in the *LaGrand* case the question of fair trial was not originally raised by the highest State organs of Germany with their United States counterparts, as is evidenced by the following documents:

- (a) The German Minister of Justice wrote to the United States Attorney General on 27 January 1999 acknowledging that
- “nor are there any doubts about the fact that the proceedings were conducted under the Rule of Law — ultimately leading to imposition of the death penalties with final and binding effect — before the courts of the State of Arizona and before the Federal Courts” (Memorial of Germany, Vol. II, Ann. 20, pp. 539-542).
- (b) In his letter of 5 February 1999 to the former President of the United States, the German President, acting as Head of State, indicates that “[i]n no way do I doubt the legitimacy of the conviction nor the fairness of the procedure before the courts of the State of Arizona and the federal courts” (Memorial of Germany, Vol. II, Ann. 14, pp. 509-512).

(Signed) Gonzalo PARRA-ARANGUREN.

## VI

35. Enfin, il me semble approprié de mentionner le fait que le Mexique a demandé avec insistance la *restitutio in integrum* comme remède aux violations alléguées de l'article 36 de la convention de Vienne par les Etats-Unis, parce qu'il considère que priver un étranger, lorsqu'une procédure est engagée en son encontre, de la notification et de l'assistance consulaires rend cette procédure foncièrement inéquitable (arrêt, par. 30). Tout au long de la procédure, le Mexique a également rappelé à la Cour les faits de l'affaire *LaGrand*. Il n'a toutefois pas mentionné que, dans ladite affaire, la question d'un procès équitable n'avait pas été soulevée à l'origine par les plus hautes autorités de l'Etat allemand auprès de leurs homologues américains, ainsi qu'il ressort des documents suivants:

- a) Le 27 janvier 1999, le ministre allemand de la justice a écrit à l'*Attorney General* des Etats-Unis en reconnaissant que
- «pas plus [qu'il n'y avait] de doute quant à la régularité de la procédure intentée à leur encontre devant les juridictions de l'Etat de l'Arizona et devant les tribunaux fédéraux, et qui [s'était] soldée par l'imposition, aux condamnés, de la peine de mort» (mémoire de l'Allemagne, vol. II, annexe 20, p. 539-542).
- b) Dans sa lettre en date du 5 février 1999, adressée à l'ancien président des Etats-Unis, le président allemand agissant en qualité de chef d'Etat avait indiqué «[qu'il] ne dout[ait] nullement de la légitimité de leur condamnation ni de l'équité de la procédure intentée devant les juridictions de l'Etat de l'Arizona et devant les juridictions fédérales» (mémoire de l'Allemagne, vol. II, annexe 14, p. 509-512).

(Signé) Gonzalo PARRA-ARANGUREN.