

SEPARATE OPINION
OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	1-4
II. JURISPRUDENTIAL CONSTRUCTION: THE LEGACY OF THE PIONEERING ADVISORY OPINION No. 16 (1999) OF THE IACtHR	5-9
III. THE EVOLUTION WITH THE ADVISORY OPINION No. 18 (2003) OF THE IACtHR	10-14
IV. THE CASE LAW OF THE ICJ (2001-2004) SUBSEQUENT TO THE ADVISORY OPINION No. 16 (1999) OF THE IACtHR	15-26
V. INSUFFICIENCIES OF THE ICJ'S REASONING IN THE CASES OF <i>LAGRAND</i> (2001) AND OF <i>AVENA</i> (2004)	27-31
VI. INTERRELATIONSHIP BETWEEN RIGHT TO INFORMATION ON CONSULAR ASSISTANCE, AND HUMAN RIGHTS TO DUE PROCESS OF LAW AND FAIR TRIAL, ON THE TWENTIETH ANNIVERSARY OF A GROUND-BREAKING ADVISORY OPINION	32-42
VII. <i>CORPUS JURIS GENTIUM</i> : WRONGFULNESS IN THE DEATH PENALTY AS A BREACH OF HUMAN RIGHTS	43-52
VIII. CONDEMNATION OF THE DEATH PENALTY AT WORLD LEVEL: INITIATIVES AND ENDEAVOURS IN THE UNITED NATIONS	53-66
1. Human Rights Committee under the CCPR	54-59
2. Former UN Commission on Human Rights	60-62
3. UN Council on Human Rights	63-66
IX. THE DEATH PENALTY AND THE LARGE EXTENT OF THE HARM DONE TO HUMAN RIGHTS	67-70
X. LONG-STANDING HUMANIST THINKING: CRUELTY OF THE DEATH PENALTY AS A BREACH OF HUMAN RIGHTS	71-84

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-4
II. LA FORMATION DE LA JURISPRUDENCE: LE TOURNANT MARQUÉ PAR L'AVIS CONSULTATIF PIONNIER RENDU EN 1999 PAR LA COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME (AVIS N° 16)	5-9
III. L'ÉVOLUTION QUI A SUIVI L'ADOPTION PAR LA CIDH DE SON AVIS CONSULTATIF N° 18 (2003)	10-14
IV. L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR (2001-2004) À LA SUITE DE L'ADOPTION PAR LA CIDH DE SON AVIS CONSULTATIF N° 16 (1999)	15-26
V. LES INSUFFISANCES DU RAISONNEMENT SUIVI PAR LA COUR DANS LES AFFAIRES <i>LAGRAND</i> (2001) ET <i>AVENA</i> (2004)	27-31
VI. LE RAPPORT ENTRE LE DROIT À L'INFORMATION SUR L'ASSISTANCE CONSULAIRE ET LES DROITS DE L'HOMME GARANTISSANT UNE PROCÉDURE RÉGULIÈRE ET UN PROCÈS ÉQUITABLE, À L'APPROCHE DU VINGTIÈME ANNIVERSAIRE DE L'AVIS CONSULTATIF HISTORIQUE DE LA CIDH	32-42
VII. L'ÉVOLUTION DU <i>CORPUS JURIS GENTIUM</i> : L'ILLICÉITÉ DE LA PEINE DE MORT EN TANT QUE VIOLATION DES DROITS DE L'HOMME	43-52
VIII. LA CONDAMNATION DE LA PEINE DE MORT À L'ÉCHELLE MONDIALE: LES INITIATIVES ET LES EFFORTS DES NATIONS UNIES	53-66
1. Le Comité des droits de l'homme	54-59
2. L'ex-Commission des droits de l'homme	60-62
3. Le Conseil des droits de l'homme	63-66
IX. LA PEINE DE MORT ET LA NÉCESSITÉ DE CONSIDÉRER DANS TOUTE LEUR ÉTENDUE LES ATTEINTES AUX DROITS DE L'HOMME QUI EN RÉSULTENT	67-70
X. LA CRUAUTÉ DE LA PEINE DE MORT EN TANT QUE VIOLATION DES DROITS DE L'HOMME, DÉNONCÉE DE LONGUE DATE PAR LES PENSEURS HUMANISTES	71-84

XI. THE IMPORTANCE OF PROVIDING REDRESS	85-93
XII. EPILOGUE: A RECAPITULATION	94-107

*

I. PROLEGOMENA

1. I have voted in support of the adoption today, 17 July 2019, of the present Judgment of the International Court of Justice (ICJ) in the case of *Jadhav (India v. Pakistan)*. I arrive at the conclusions of the ICJ set forth in the *dispositif* of the present Judgment on the basis of a reasoning encompassing some points which, in my understanding, deserve more attention. Resolutive points Nos. (7) and (8) of the *dispositif*, for example, appear insufficient to me. And, in respect of such key points in the *cas d'espèce*, examined in detail herein, my reasoning goes well beyond that of the Court. I thus feel obliged, in the present separate opinion, to dwell upon them, — under the usual and unwise pressure of time, — so as to lay on the records the foundations of my own personal position thereon.

2. To that end, I begin by addressing a point once again brought to the attention of the ICJ in the course of the present proceedings in the case of *Jadhav* (paras. 24-25, India; and para. 26, Pakistan, — *infra*), namely, the jurisprudential construction with the legacy of the pioneering Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) on the matter at issue, followed by the Advisory Opinion No. 18 (2003) of the IACtHR. In logical sequence, I then dwell upon the case law of the ICJ itself (2001-2004), subsequent to the Advisory Opinion No. 16 (1999) of the IACtHR.

3. Following that, I identify the insufficiencies of the ICJ's reasoning in the cases of *LaGrand (Germany v. United States of America)* (2001) and of *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (2004). Next, I turn attention to the interrelationship between the right to information on consular assistance, and human rights to due process of law and fair trial. I then address the trend towards the abolition of the death penalty, as seen nowadays in the *corpus juris gentium* acknowledging the wrongfulness in the death penalty as a breach of human rights, as well as in initiatives and endeavours in the United Nations in condemnation of the death penalty at world level. This is followed by my observations on the large extent of the harm done to human rights by the death penalty.

4. The way is then paved for my consideration of long-standing humanist thinking, in its denunciation of the cruelty of the death penalty as a breach of human rights. In logical sequence, I then address the importance of providing redress. Last but not least, I proceed, in an epilogue, to a recapitulation of the points of my position sustained in my present separate

XI. L'IMPORTANCE DES REMÈDES	85-93
XII. ÉPILOGUE: RÉCAPITULATION	94-107

*

I. PROLÉGOMÈNES

1. J'ai voté en faveur du présent arrêt, que la Cour internationale de Justice («la Cour») a rendu aujourd'hui en l'affaire *Jadhav (Inde c. Pakistan)*. Dans le raisonnement que j'ai personnellement suivi pour parvenir aux conclusions énoncées dans le dispositif de l'arrêt, j'ai toutefois pris en considération certaines questions qui auraient, selon moi, mérité que la Cour y porte une plus grande attention. Par exemple, les points 7) et 8) du dispositif me paraissent insuffisants. De plus, sur les questions essentielles soulevées par la présente affaire, qui sont examinées en détail ci-après, mon raisonnement va bien au-delà de celui que la Cour a suivi. J'estime donc qu'il est de mon devoir, en dépit des contraintes de temps tout à fait déraisonnables mais hélas habituelles que nous subissons, de revenir sur ces questions et de consigner ici les réflexions qui fondent la position que j'ai adoptée sur chacune d'elles.

2. Je commencerai par examiner un point qui a de nouveau été porté à l'attention de la Cour en la présente affaire (voir plus loin, par. 24-25 (Inde) et 26 (Pakistan)), à savoir la formation de la jurisprudence sur l'application de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires («la convention de Vienne») à la suite de l'adoption en 1999 par la Cour interaméricaine des droits de l'homme («la CIDH») de son avis consultatif pionnier n° 16, suivi en 2003 de son avis n° 18. Je traiterai ensuite, comme le veut la logique, de l'évolution de la jurisprudence de la Cour (2001-2004) après l'adoption de l'avis n° 16 de la CIDH.

3. Je m'intéresserai ensuite aux insuffisances des arrêts rendus par la Cour dans les affaires *LaGrand* (2001) et *Avena* (2004). La partie suivante de mon exposé portera sur le rapport entre le droit des ressortissants de l'Etat d'envoi à l'information sur l'assistance consulaire et les droits de l'homme que sont le droit à une procédure régulière et le droit à un procès équitable, après quoi je traiterai de la tendance à l'abolition de la peine de mort, qui se manifeste de nos jours par la reconnaissance dans le *corpus juris gentium* de son illicéité en tant qu'elle viole des droits de l'homme, ainsi que par les initiatives et les efforts des Nations Unies, lesquels ont abouti à sa condamnation à l'échelle mondiale. J'exposerai ensuite mes observations sur la gravité des atteintes aux droits de l'homme qui résultent du maintien de la peine capitale.

4. Cela m'amènera à des réflexions sur la position adoptée depuis longtemps par les penseurs humanistes, qui assimilent la cruauté de peine capitale à une violation des droits de l'homme. J'enchaînerai ensuite logiquement par des observations sur l'importance des réparations. Enfin, dans l'épilogue, je récapitulerai les principaux points développés dans le

opinion. I thus purport herein to make it quite clear that my own understanding goes beyond the ICJ's reasoning, in that I focus on the needed transcending of the strictly inter-State outlook, and, moreover, on the right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law transcending the nature of an individual right, as a true human right, with all legal consequences ensuing therefrom.

II. JURISPRUDENTIAL CONSTRUCTION: THE LEGACY OF THE PIONEERING ADVISORY OPINION No. 16 (1999) OF THE IACtHR

5. To start with, it should not pass unnoticed that we are completing two decades since international jurisprudence started being constructed for the proper interpretation and application of Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations (VCCR), with the adoption of the pioneering Advisory Opinion No. 16 of the IACtHR on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (of 1 October 1999). In advancing, for the first time, the proper hermeneutics of the key provision of Article 36 (1) (b) of the VCCR, the IACtHR underlined the impact thereon of the *corpus juris* of the International Law of Human Rights (ILHR).

6. The IACtHR singled out therein that the rights under Article 36 (1) (b) of the VCCR had as a characteristic the fact that their *titulaire* is the individual, — being thus “a notable advance over international law's traditional conceptions of this subject” (Advisory Opinion No. 16, paras. 81-82); the rights accorded thereunder are “rights of individuals” (*ibid.*, para. 83), being the

“the counterpart to the host State's correlative duties. This interpretation is supported by the Article's legislative history. [T]here was no reason why that instrument should not confer rights upon individuals. (. . .)

Therefore, the consular communication to which Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations refers, does indeed concern the protection of the rights of the national of the sending State (. . .). This is the proper interpretation of the functions of ‘protecting the interests’ of that national and the possibility of his receiving ‘help and assistance’, particularly with arranging appropriate ‘representation before the tribunals.’” (*Ibid.*, paras. 84 and 87.)

7. In this ground-breaking Advisory Opinion No. 16 (1999), the IACtHR held that Article 36 of the 1963 VCCR recognizes to the foreigner under detention individual rights, — among which the right to information on consular assistance, — as true human rights to which correspond duties incumbent upon the receiving State (irrespective of its federal or unitary structure) (*ibid.*, paras. 84 and 140).

présent exposé, dont le propos est de montrer clairement que mon raisonnement embrasse un champ plus large que celui suivi par la Cour, et que le droit à l'information sur l'assistance consulaire, en tant qu'il fait partie des garanties d'une procédure régulière, est non seulement un droit individuel, mais un droit de l'homme à part entière, avec toutes les conséquences juridiques que cela emporte.

II. LA FORMATION DE LA JURISPRUDENCE: LE TOURNANT MARQUÉ
PAR L'AVIS CONSULTATIF PIONNIER RENDU EN 1999 PAR LA COUR
INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME (AVIS N° 16)

5. Il ne faut pas perdre de vue que près de vingt années se sont écoulées depuis l'adoption par la CIDH, le 1^{er} octobre 1999, de son avis consultatif pionnier sur *Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière*, qui a marqué le début de l'évolution de la jurisprudence internationale dans le sens de l'interprétation et de l'application correctes de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. En procédant pour la première fois à une juste exégèse correcte de la disposition essentielle qu'est l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36, la CIDH a souligné l'influence qu'avait eue sur sa rédaction le *corpus juris* du droit international des droits de l'homme.

6. La CIDH a dit que l'une des caractéristiques des droits énoncés à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne est que leurs titulaires sont des individus, ce qui constitue «un progrès important par rapport à la conception traditionnelle du droit international sur le sujet» (avis consultatif n° 16, par. 81-82); les droits prévus par cette disposition sont «des droits individuels» (*ibid.*, par. 83),

«qui sont le pendant des obligations incombant en la matière à l'Etat de résidence. Cette interprétation est étayée par l'historique de la rédaction de l'article... [R]ien n'empêchait que cet instrument confère des droits aux individus...

En conséquence, la communication avec les autorités consulaires dont il est question à l'article 36 de la convention a effectivement pour but de protéger les droits des ressortissants de l'Etat d'envoi... Telle est l'interprétation correcte des fonctions consulaires consistant à «protéger ... les intérêts» des ressortissants de l'Etat d'envoi et à leur prêter assistance, en particulier afin «d'assurer leur représentation appropriée» devant les tribunaux.» (*Ibid.*, par. 84 et 87.)

7. Selon cet avis novateur, l'article 36 de la convention de Vienne reconnaît aux détenus étrangers des droits individuels, dont celui à l'information sur l'assistance consulaire, qui sont véritablement des droits de l'homme et auxquels correspondent des obligations de l'Etat de résidence, qu'il s'agisse d'un Etat fédéral ou unitaire (*ibid.*, par. 84 et 140).

8. The IACtHR further pointed out that the evolutive interpretation and application of the *corpus juris* of the ILHR have had “a positive impact on international law in affirming and developing the aptitude of this latter to regulate the relations between States and human beings under their respective jurisdictions” (Advisory Opinion No. 16, paras. 114-115). The IACtHR expressed the view that the individual right to information under Article 36 (1) (b) of the VCCR renders effective the right to the due process of law (*ibid.*, para. 124).

9. The IACtHR in this way linked the right at issue to the evolving guarantees of due process of law, and added that its non-observance in cases of imposition and execution of the death penalty amounts to an arbitrary deprivation of the right to life itself (in the terms of Article 4 of the American Convention on Human Rights and Article 6 of the UN Covenant on Civil and Political Rights — CCPR), with all the juridical consequences inherent to a violation of the kind, that is, those pertaining to the international responsibility of the State and to the duty of reparation (*ibid.*, para. 137). This historical Advisory Opinion No. 16 (1999) of the IACtHR, truly pioneering, has served as inspiration for the emerging international case law, *in statu nascendi*, on the matter, and promptly had a sensible impact on the practice of the States of the region on the matter.

III. THE EVOLUTION WITH THE ADVISORY OPINION NO. 18 (2003) OF THE IACtHR

10. This Advisory Opinion No. 16 (1999) was succeeded by the likewise relevant Advisory Opinion No. 18 of the IACtHR on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (2003), wherein the IACtHR held that States ought to respect and ensure respect for human rights in the light of the general and basic principle of equality and non-discrimination, and that any discriminatory treatment with regard to the protection and exercise of human rights generates the international responsibility of the States. In the view of the IACtHR, the fundamental principle of equality and non-discrimination has entered into the domain of *jus cogens*.

11. The IACtHR added that States cannot discriminate or tolerate discriminatory situations to the detriment of migrants, and ought to guarantee the due process of law to any person, irrespective of her migratory status. This latter cannot be a justification for depriving a person of the enjoyment and exercise of her human rights, including labour rights. Undocumented migrant workers have the same labour rights as other workers of the State of employment, and this latter ought to ensure respect for those rights in practice. States cannot subordinate or condition the observance of the principle of equality before the law and non-discrimination to the aims of their migratory or other policies.

8. La CIDH a également observé que l'interprétation et l'application évolutives du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme avaient « eu une influence positive sur l'évolution du droit international, en développant l'idée que celui-ci a vocation à régler les rapports entre les Etats et les êtres humains relevant de leur juridiction » (avis consultatif n° 16, par. 114-115). Selon elle, le droit individuel à l'information prévu à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne donne effet au droit à une procédure régulière (*ibid.*, par. 124).

9. La CIDH a ainsi établi un lien entre ce droit à l'information et l'évolution des garanties d'une procédure régulière, ajoutant que la privation de ce droit qui résulte d'une sentence de mort et de son application équivalait à la privation arbitraire du droit à la vie (au sens de l'article 4 de la convention américaine relative aux droits de l'homme et de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques), avec toutes les conséquences juridiques inhérentes aux violations de cet ordre, qui engagent la responsabilité de l'Etat et lui imposent une obligation de réparation (*ibid.*, par. 137). Cet avis consultatif historique a indéniablement ouvert la voie à la formation d'une jurisprudence internationale *in statu nascendi* sur la question, et il est apparu rapidement qu'il avait une influence notable sur la pratique des Etats de la région.

III. L'ÉVOLUTION QUI A SUIVI L'ADOPTION PAR LA CIDH DE SON AVIS CONSULTATIF N° 18 (2003)

10. L'avis consultatif n° 16 de la CIDH a été suivi d'un autre, non moins pertinent, son avis n° 18, donné en 2003 sur la condition juridique et [les] droits des migrants sans papiers, dans lequel la Cour interaméricaine a dit que les Etats devaient respecter les droits de l'homme et les protéger à la lumière du principe général et fondamental d'égalité et de non-discrimination, et que tout traitement discriminatoire affectant la protection et l'exercice de ces droits engageait la responsabilité internationale de l'Etat. De l'avis de la CIDH, le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination relève désormais du *jus cogens*.

11. La CIDH a ajouté que les Etats ne pouvaient pas pratiquer ou tolérer la discrimination à l'égard des migrants, et devaient garantir une procédure régulière à toute personne, quelle que soit sa situation au regard de la législation en matière d'immigration. Cette situation ne saurait justifier quelque entrave à la jouissance et à l'exercice des droits de l'homme, y compris ceux relatifs au travail. Les migrants exerçant un emploi ont ainsi, en matière de travail, les mêmes droits que les ressortissants de l'Etat d'accueil, auquel il incombe de veiller à leur exercice effectif. Les Etats ne sauraient assigner à leur politique migratoire ou à leurs autres politiques des buts dont la réalisation impliquerait que le respect du principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination soit conditionnel.

12. The Advisory Opinion No. 18 (2003) of the IACtHR promptly had, for all its implications, a considerable impact in the American continent, and its influence was to irradiate elsewhere as well, given the importance of the matter. It propounded the same dynamic or evolutive interpretation of the ILHR heralded by the IACtHR, four years earlier, in its historical Advisory Opinion No. 16 (1999)¹.

13. Furthermore, Advisory Opinion No. 18 (2003) was constructed on the basis of the evolving concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes* of protection. The repercussions of the Advisory Opinions Nos. 16 and 18 of the IACtHR drew attention to the necessity and relevance of securing the protection of those in great need of it, in situations of vulnerability and defencelessness, — as illustrated by the pitiless world nowadays, marked by a profound crisis of values, appearing to be marked by a social blindness.

14. In both Advisory Opinions Nos. 16 and 18, of utmost importance, the IACtHR clarified that, in its interpretation of the norms of the American Convention on Human Rights, it should extend protection in new situations (such as those concerning the observance of the right to information on consular assistance, and the rights of undocumented migrants, respectively) on the basis of preexisting rights. Advisory Opinion No. 18 (2003) was constructed on the basis of the evolving concepts of *jus cogens* and obligations *erga omnes* of protection.

IV. THE CASE LAW OF THE ICJ (2001-2004) SUBSEQUENT TO THE ADVISORY OPINION NO. 16 (1999) OF THE IACtHR

15. As already pointed out, the IACtHR, by means of its historical Advisory Opinion No. 16 (1999), became the first international tribunal to warn that non-compliance with Article 36 (1) (b) of the VCCR would be to the detriment not only of a State party but also of the human beings concerned, as well as to affirm the existence of an individual right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law (paras. 1-141).

16. As I explained in detail in my separate opinion (paras. 75, 81, 87, 158-162, and 169) appended to the ICJ's Judgment (of 30 November

¹ Cf. A. A. Cançado Trindade “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case Law and Practice”, 6 *Chinese Journal of International Law* (2007), No. 1, pp. 1-16; A. A. Cançado Trindade, “Le déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l’homme”, 19 *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Brussels (2008), No. 74, pp. 289-328.

12. L'avis consultatif n° 18 (2003) de la CIDH, avec ses multiples implications, n'a pas tardé à exercer sur le continent américain une influence considérable, influence qui était vouée à s'étendre à d'autres régions du monde, étant donné l'importance du sujet traité. Cet avis procédait du mode dynamique d'interprétation de la convention de Vienne inauguré quatre ans auparavant par la CIDH dans son avis consultatif n° 16¹.

13. En outre, l'avis n° 18 reposait sur une conception évolutive du *jus cogens* et des obligations *erga omnes* de protéger. Les avis consultatifs n° 16 et n° 18 de la CIDH ont mis en lumière l'importance et la nécessité d'une protection ciblée sur ceux qui en ont le plus besoin parce qu'ils sont vulnérables et sans défense, dans un monde impitoyable qui, apparemment aveugle aux problèmes sociaux, traverse une crise profonde faute d'avoir su préserver ses valeurs.

14. Dans ses avis consultatifs n°s 16 et 18, qui revêtent la plus haute importance, la CIDH a clairement indiqué que, selon son interprétation des normes de la convention américaine relative aux droits de l'homme, la protection devrait s'étendre, sur la base des droits existants, aux situations nouvelles (telles que celles où le respect du droit à l'information sur l'assistance consulaire est mis en question, ou celles où il faut déterminer les droits des migrants sans papiers). La CIDH a fondé son avis consultatif n° 18 (2003) sur une conception évolutive du *jus cogens* et des obligations de protection *erga omnes*.

IV. L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR (2001-2004) À LA SUITE DE L'ADOPTION PAR LA CIDH DE SON AVIS CONSULTATIF N° 16 (1999)

15. Comme je l'ai déjà indiqué, lorsqu'elle a adopté en 1999 son avis consultatif historique, la CIDH a été la première juridiction internationale à relever que l'inobservation de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne portait préjudice non seulement à un Etat partie, mais encore aux êtres humains concernés ; elle est la première aussi à avoir affirmé l'existence d'un droit individuel à l'information sur l'assistance consulaire s'inscrivant dans le cadre des garanties d'une procédure régulière (par. 1-141).

16. Ainsi que je l'ai déjà expliqué en détail aux paragraphes 75, 81, 87, 158-162 et 169 de l'exposé de mon opinion individuelle joint à l'arrêt sur le

¹ Cf. A. A. Cançado Trindade, «The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice», *Chinese Journal of International Law* (2007), n° 1, vol. 6, p. 1-16; A. A. Cançado Trindade, «Le déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruxelles (2008), n° 74, vol. 19, p. 289-328.

2010) in the case of *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)* (merits), the Advisory Opinion No. 16 (1999) of the IACtHR paved the way for the subsequent case law of the ICJ on the matter (in the cases, e.g., of *LaGrand* (2001) and *Avena* (2004)). In the aforementioned separate opinion of 2010 in the case of *Ahmadou Sadio Diallo*, furthermore, I examined the advanced and irreversible *humanization* of consular law (*I.C.J. Reports 2010 (II)*, pp. 790-792, paras. 163-172), and I recalled, in this respect, relevant passages of the *travaux préparatoires* of the VCCR (*ibid.*, pp. 784-788, paras. 176-181) from the *Official Records of the UN Conference on Consular Relations (Vienna, 4 March-22 April 1963)*.

17. The strict inter-State outlook was transcended already on that occasion, as, in respect of Article 36 (1) (b) of the Draft VCCR, several delegates drew attention to the incidence thereon of the rights of individuals, even three years before the adoption of the two UN Covenants on Human Rights of 1966. I do not find it necessary to reiterate here all statements made, in support of fundamental rights of the individual, in the course of the *travaux préparatoires* of Article 36 (1) (b) of the VCCR, which I examined at length in my aforementioned separate opinion (*ibid.*, p. 739, paras. 33-34, pp. 755-759, paras. 82-92 and pp. 782-794, paras. 158-188) in the case of *Ahmadou Sadio Diallo* (merits, Judgment of 30 November 2010).

18. May I further recall that, throughout the contentious proceedings in the ICJ in the case of *LaGrand (Germany v. United States of America)*, the earlier advisory proceedings conducive to the Advisory Opinion No. 16 (1999) of the IACtHR as well as its Advisory Opinion itself, were constantly brought to the attention of the ICJ, in both the written and oral phases. Thus, in the written phase of the proceedings in the *LaGrand* case, Germany, in its Memorial (of 16 September 1999), expressly referred to the request by Mexico for an Advisory Opinion pending before the IACtHR².

19. Likewise, in its Counter-Memorial (of 27 March 2000) in the *LaGrand* case, the United States expressly referred to the Advisory Opinion No. 16 of the IACtHR³. This latter was extensively referred to, also in the oral arguments before the ICJ⁴. In its Judgment of 27 June 2001 in the *LaGrand* case, the ICJ found that the United States breached its obligations to Germany and to the LaGrand brothers under Article 36 (1) and (2) of the 1963 VCCR⁵. Yet, the ICJ, in so deciding, did not refer to the pioneering contribution of the IACtHR's Advisory Opinion No. 16

² Memorial of the Federal Republic of Germany (*LaGrand* case), Vol. I, 16 September 1999, p. 69, para. 4.13.

³ Counter-Memorial of the United States (*LaGrand* case), 27 March 2000, pp. 85-86, para. 102, note 110.

⁴ Cf., in particular, pleadings of the Co-Agent and Counsel for Germany (B. Simma), CR 2000/26, of 13 November 2000, pp. 60-62; and CR 2000/27, of 13 November 2000, pp. 9-11, 32 and 36.

⁵ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2001*, pp. 515-516 (resolatory points 3 and 4).

fond rendu par la Cour le 30 novembre 2010 en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, l'avis consultatif n° 16 (1999) de la CIDH a ouvert la voie qu'allait suivre l'évolution de la jurisprudence de la Cour en la matière (évolution marquée par les décisions qu'elle a rendues en l'affaire *LaGrand* (2001) et l'affaire *Avena* (2004)). Dans l'exposé précité, j'examinais les progrès rapides et irréversibles de *l'humanisation* du droit consulaire (*C.I.J. Recueil 2010 (II)*, p. 784-788, par. 163-172), et rappelais à cet égard (*ibid.*, p. 790-792, par. 176-181) les passages pertinents des documents officiels relatant les travaux préparatoires de la convention lors de la conférence des Nations Unies sur les relations consulaires (Vienne, 4 mars-22 avril 1963).

17. La perspective strictement interétatique a été dépassée dès cette conférence, lorsque plusieurs délégations, trois ans avant l'adoption, en 1966, des deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, ont appelé l'attention sur le rapport entre le projet d'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 et les droits individuels. Je m'abstiendrai de citer à nouveau ici toutes les déclarations faites lors de la négociation de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la future convention pour souligner l'importance des droits fondamentaux de l'individu, déclarations que j'ai déjà analysées en détail dans l'exposé susmentionné (*ibid.*, p. 739, par. 33-34, p. 755-759, par. 82-92, et p. 782-794, par. 158-188).

18. Je me permets de rappeler également que, en l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, la procédure qui a abouti à l'adoption, par la CIDH, de son avis consultatif n° 16 (1999) a été constamment évoquée dans les écritures et plaidoiries des parties, ainsi que l'avis lui-même. Dans son mémoire (daté du 16 septembre 1999), l'Allemagne se référerait ainsi expressément à l'examen alors en cours de la demande d'avis consultatif présentée par le Mexique à la CIDH².

19. Toujours en l'affaire *LaGrand*, les Etats-Unis, dans leur contre-mémoire (daté du 27 mars 2000), ont expressément mentionné l'opinion n° 16 de la CIDH³. Il a aussi été abondamment question de cet avis consultatif pendant la procédure orale⁴. Dans son arrêt du 27 juin 2001, la Cour a dit que les Etats-Unis avaient manqué aux obligations auxquelles ils étaient tenus envers l'Allemagne et envers les frères *LaGrand* en application des paragraphes 1 et 2 de l'article 36 de la convention de Vienne⁵. Elle a cependant énoncé cette conclusion sans mentionner la

² Affaire *LaGrand*, mémoire de l'Allemagne, 16 septembre 1999, vol. I, par. 4.13.

³ Affaire *LaGrand*, contre-mémoire des Etats-Unis, 27 mars 2000, par. 102, note de bas de page 110.

⁴ Voir en particulier les plaidoiries de M. Simma, co-agent et conseil de l'Allemagne, lors des audiences du 13 novembre 2000 (CR 2000/26, p. 59-61; CR 2000/27, p. 4-6, 29 et 33).

⁵ *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 515-516 (points 3) et 4) du dispositif.

(1999), continuously brought to its attention by the contending parties. This attitude of the ICJ of apparent indifference promptly generated strong criticism in expert writing⁶.

20. Subsequently, in the case of *Avena and Other Mexican Nationals* (2004), once again the complainant State before the ICJ, this time Mexico, referred in its Memorial (of 20 June 2003) extensively to the Advisory Opinion No. 16 (of 1999) of the IACtHR, quoting excerpts of it reiteratedly⁷. The ICJ, once again, established a breach by the respondent State, the United States, of the obligations, this time to Mexico, under Article 36 (1) (b) and (c) of the 1963 VCCR, again failing to refer to the relevant precedent of the IACtHR's Advisory Opinion No. 16 (1999).

21. In the meantime, expert writing continued to reproach the ICJ's failing to refer to the initial contribution of the IACtHR's Advisory Opinion No. 16 (1999)⁸, and to emphasize that it should have done so. This criticism stressed the points I made in my own concurring opinion appended to Advisory Opinion No. 16 (1999)⁹, among which the ponderation I made, 36 years after the adoption of the 1963 VCCR, then at the end of the twentieth century, that "one can no longer pretend to dissociate the (. . .) right to information on consular assistance from the *corpus juris* of human rights" (para. 1).

⁶ On the "diffident" attitude of the ICJ, which "failed to mention" the judicial precedent of the Advisory Opinion No. 16 (1999) of the IACtHR holding that Article 36 of the 1963 VCCR was among the minimum guarantees essential for a fair trial of foreign nationals, cf. J. Fitzpatrick, "Consular Rights and the Death Penalty after *LaGrand*", American Society of International Law, *Proceedings of the 96th Annual Meeting* (2002), p. 309; and cf. J. Fitzpatrick, "The Unreality of International Law in the United States and the *LaGrand* Case", 27 *Yale Journal of International Law* (2002), pp. 429-430 and 432. Cf. also, on the "lamentable" and "narrower" outlook of the ICJ: M. Mennecke and C. J. Tams, "[Decisions of International Tribunals: The International Court of Justice] *LaGrand* Case (*Germany v. United States of America*)", 51 *International and Comparative Law Quarterly* (2002), pp. 454-455. And cf. also, Ph. Weckel, M. S. E. Helali and M. Sastre, "Chronique de jurisprudence internationale", 105 *Revue générale de droit international public* (2000), pp. 770, 791 and 794; Ph. Weckel, "Chronique de jurisprudence internationale", 105 *Revue générale de droit international public* (2001), pp. 764-765 and 770.

⁷ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Memorial of Mexico, 20 June 2003, pp. 80-81, 136-137, 140-141 and 144, and cf. p. 65. — It further referred expressly to other decisions of the IACtHR, also in contentious cases (cf. *ibid.*, pp. 119-121, 151, 153 and 155-157, and cf. p. 55), pertinent to the matter at issue before the ICJ, in sum, to the relevant *jurisprudence constante* of the IACtHR on the subject.

⁸ Cf. criticism to this effect in M. Mennecke, "Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights — The *LaGrand* Case before the International Court of Justice", 44 *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationales Recht* (2001), pp. 431-432, 451-455, 459-460 and 467-468.

⁹ Cf. *ibid.*, pp. 451, 453 and 467.

part qu'avait tenue dans son raisonnement l'avis consultatif pionnier de la CIDH (n° 16 (1999)), et ce, alors même qu'il avait été constamment porté à son attention par les parties. L'indifférence apparente de la Cour n'a pas manqué d'être vivement critiquée dans les ouvrages et publications juridiques⁶.

20. Plus tard, en l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains* (2004), le Mexique, Etat demandeur, s'est abondamment référé, dans son mémoire (daté du 20 juin 2003), à l'avis consultatif n° 16 de la CIDH, et en a cité maints extraits⁷. La Cour a dit que les Etats-Unis, Etat défendeur, avaient violé les obligations leur incombant en application des alinéas *b*) et *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, s'abstenant cependant une fois encore de mentionner la pertinence du précédent constitué par l'avis consultatif n° 16 de la CIDH.

21. Des voix ont continué de s'élever parmi les juristes pour reprocher à la Cour de ne pas s'être référée à l'avis consultatif fondateur donné en 1999 par la CIDH⁸. Ces critiques insistaient sur les points que j'avais moi-même traités dans l'exposé de mon opinion concordante joint à l'avis consultatif n° 16 (1999)⁹, où j'observais notamment que, trente-six ans après l'adoption de la convention de Vienne, alors que le XX^e siècle touchait à sa fin, «on ne [pouvait] plus prétendre dissocier le ... droit à l'information sur l'assistance consulaire du *corpus juris* des droits de l'homme» (par. 1).

⁶ Au sujet de «l'attitude réservée» manifestée par la Cour en ne mentionnant pas le précédent constitué par l'avis consultatif n° 16 (1999) de la CIDH, où celle-ci avait dit que les droits énoncés à l'article 36 de la convention de Vienne faisaient partie des garanties minimales indispensables pour assurer à un étranger un procès équitable, voir J. Fitzpatrick, «Consular Rights and the Death Penalty after *LaGrand*», *American Society of International Law, Proceedings of the 96th Annual Meeting* (2002), p. 309; voir également J. Fitzpatrick, «The Unreality of International Law in the United States and the *LaGrand* Case», *Yale Journal of International Law* (2002), vol. 27, p. 429-430 et 432; au sujet de l'optique «lamentablement étroite» adoptée par la CIJ, voir M. Mennecke et C. J. Tams, «[Decisions of International Tribunals: The International Court of Justice] *LaGrand* Case (*Germany v. United States of America*)», *International and Comparative Law Quarterly* (2002), vol. 51, p. 454-455; voir également Ph. Weckel, M. S. E. Helali et M. Sastre, «Chronique de jurisprudence internationale», *Revue générale de droit international public* (2000), vol. 105, p. 770, 791 et 794; Ph. Weckel, «Chronique de jurisprudence internationale», *Revue générale de droit international public* (2001), vol. 105, p. 764-765 et 770.

⁷ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, mémoire du Mexique (20 juin 2003), p. 80-81, 136-137, 140-141 et 144; voir aussi p. 65. Le Mexique a également fait expressément référence à d'autres décisions pertinentes rendues par la CIDH dans des affaires contentieuses (*ibid.*, p. 119-121, 151, 153 et 155-157, ainsi que p. 55), c'est-à-dire aux éléments pertinents de la jurisprudence constante de la Cour inter-américaine en la matière.

⁸ Pour les critiques en ce sens, voir M. Mennecke, «Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights — The *LaGrand* Case before the International Court of Justice», *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationale Recht* (2001), vol. 44, p. 431-432, 451-455, 459-460 et 467-468.

⁹ *Ibid.*, p. 451, 453 et 467.

22. By then, a gradually larger understanding was being formed that the right to consular assistance accorded to the detained foreign national a human rights safeguard, there being interrelationship between consular law and human rights¹⁰. By the time the ICJ's Judgment in *LaGrand* case (2001) was delivered, there was a strong criticism of the overlooking of "the best, and most comprehensive, judicial opinion regarding the enforcement of the Vienna Convention in death penalty cases", namely, the IACtHR's Advisory Opinion No. 16 (1999), which "concluded that the execution of a foreign national violates international law, if that person was not afforded the right to consular notification and assistance"¹¹. It then quoted a paragraph of my own concurring opinion appended to Advisory Opinion No. 16 (1999), wherein I observed that

"The action of protection, in the ambit of the international law of human rights, does not seek to govern the relations between equals, but rather to protect those ostensibly weaker and more vulnerable. Such action of protection assumes growing importance in a world torn by distinctions between nationals and foreigners (including *de jure* discriminations, notably vis-à-vis migrants), in a 'globalized' world in which the frontiers open themselves to capitals, inversions and services but not necessarily to human beings. Foreigners under detention, in a social and juridical milieu and in an idiom different from their own and that they do not know sufficiently, experience often a condition of particular vulnerability, which the right to information on consular assistance, inserted into the conceptual universe of human rights, seeks to remedy." (Para. 23.)

23. Over the last decade, the strong criticism of the ICJ's reasoning in the cases of *LaGrand* (2001) and of *Avena* (2004) for not having expressly acknowledged its debt to the pioneering contribution of the IACtHR's

¹⁰ V. S. Mani, "The Right to Consular Assistance as a Basic Human Right of Aliens — A Review of the ICJ Order Dated 3 March 1999", 39 *Indian Journal of International Law* (1999), pp. 438-439; and cf. also E. Decaux, "La protection consulaire et les droits de l'homme", Société française pour le droit international, *La Protection consulaire* (Journée d'Etudes de Lyon), Paris, Ed. Pedone, 2006, pp. 57 and 71-72. Subsequently, it was stated that the right of consular assistance under Article 36 of the VCCR is generally recognized nowadays as "a customary right in the law of human rights", and the ICJ has been "too restrained, in particular on the issue of remedies for a consular access violation"; J. B. Quigley, "Vienna Convention on Consular Relations: In Retrospect and into the Future", 38 *Southern Illinois University Law Journal* (2013), p. 25, and cf. pp. 12-13 and 16-17.

¹¹ S. L. Babcock, "The Vienna Convention on Consular Relations (VCCR): Litigation Strategies", www.capdefnet.org/fdprc/contents/relevant_reading/101001-01, of 2001, pp. 2 and 9, and cf. p. 7.

22. Une interprétation de plus en plus large s'est progressivement imposée, selon laquelle il existe un rapport entre le droit des relations consulaires et le droit international des droits de l'homme, si bien que le droit des détenus étrangers à l'assistance consulaire est assimilable à un droit de l'homme¹⁰. Lorsque la Cour a rendu son arrêt en l'affaire *LaGrand* (2001), elle a été critiquée pour avoir négligé «le meilleur et le plus complet des avis juridiques exprimés au sujet de l'application de la convention de Vienne en cas de condamnation à la peine de mort», à savoir l'avis consultatif n° 16 (1999) de la CIDH, qui «concluait que l'exécution d'un étranger à qui le droit à la notification et à l'assistance consulaires avait été refusé constituait une violation du droit international»¹¹. Cette critique citait ensuite un paragraphe de l'exposé de mon opinion concordante joint à l'avis consultatif n° 16 de la CIDH, où j'avais formulé les observations suivantes :

«Dans l'optique du droit international des droits de l'homme, la protection n'est pas destinée à ceux qui entretiennent des rapports d'égal à égal, mais à ceux qui sont manifestement plus faibles et plus vulnérables que les autres. Ainsi entendue, la protection prend de plus en plus d'importance dans un monde déchiré par la discrimination entre les citoyens d'un pays et les étrangers (y compris la discrimination légale, qui vise notamment les migrants), un monde où les frontières s'ouvrent aux capitaux et aux échanges de biens et services, mais pas nécessairement aux êtres humains. Les étrangers détenus dans un pays où les rapports sociaux et le système juridique ne sont pas les mêmes que chez eux, et où on parle une langue qu'ils connaissent mal, sont souvent dans une situation de grande vulnérabilité, à laquelle l'insertion du droit à l'information sur l'assistance consulaire dans l'univers conceptuel des droits de l'homme a pour objet de remédier.» (Par. 23.)

23. Au cours de ces dix dernières années, de vives critiques ont continué d'être adressées à la Cour pour n'avoir pas reconnu expressément ce qu'elle devait à l'avis consultatif pionnier de la CIDH dans le raisonne-

¹⁰ V. S. Mani, «The Right to Consular Assistance as a Basic Human Right of Aliens — A Review of the ICJ Order Dated 3 March 1999», *Indian Journal of International Law* (1999), vol. 39, p. 438-439; voir également E. Decaux, «La protection consulaire et les droits de l'homme», Société française pour le droit international, *La Protection consulaire* (Journée d'études de Lyon), Paris, Ed. Pedone, 2006, p. 57 et 71-72. Divers auteurs ont par la suite affirmé que le droit à l'assistance consulaire prévu à l'article 36 de la convention de Vienne était devenu «un droit coutumier faisant partie du droit international des droits de l'homme», et que la CIJ s'était montrée «trop réservée, en particulier sur la question des remèdes à accorder en cas de violation du droit à la communication avec les autorités consulaires»; J. B. Quigley, «Vienna Convention on Consular Relations: In Retrospect and into the Future», *Southern Illinois University Law Journal* (2013), p. 25, voir également les pages 12-13 et 16-17.

¹¹ S. L. Babcock, «The Vienna Convention on Consular Relations (VCCR): Litigation Strategies», consultable à l'adresse suivante: www.capdefnet.org/fdprc/contents/relevant_reading/101001-01, 2001, p. 2 et 9 (voir également p. 7).

ground-breaking Advisory Opinion No. 16 (1999) persisted¹². The perception was that those two ICJ decisions were “strongly influenced” by the IACtHR’s Advisory Opinion No. 16, which considered the “right to consular notification” as part of the “minimum guarantees of due process required for a fair trial”, without which there would be “a violation of the alien’s human rights” incurring the State’s duty to provide reparations¹³. A quotation was again made of another paragraph of my own concurring opinion appended to the IACtHR’s Advisory Opinion No. 16, wherein I sustained that

“At this end of century, we have the privilege to witness the process of *humanization* of international law, which today encompasses also this aspect of consular relations. In the confluence of these latter with human rights, the subjective individual right¹⁴ to information on consular assistance, of which are *titulaires* all human beings who are in the need to exercise it, has crystallized: such individual right, inserted into the conceptual universe of human rights, is nowadays supported by conventional international law as well as by customary international law.” (Para. 35.)

24. In the proceedings of the present case of *Jadhav (India v. Pakistan)* before the ICJ, references have been made to the aforementioned pioneering contribution of the IACtHR by India, but not so by Pakistan. Thus, the Memorial of India contains a section (paras. 151-163) carefully devoted to the jurisprudence of the IACtHR. India focuses on the interpretation and application of Article 36 of the VCCR by the IACtHR, finding them instructive for the interpretation and application by the ICJ of the same provision of the VCCR in the present case of *Jadhav* (para. 151).

25. India highlights several key points in the IACtHR’s Advisory Opinion No. 16 (1999), including the notion that a treaty can serve to protect human rights, even if its principal or central purpose is not concerned with human rights (para. 154)¹⁵. Still in its Memorial, India stresses the IACtHR’s finding that the evolving *corpus juris* of the ILHR enshrining due process standards ought to guide the interpretation of

¹² Cf. C. M. Cerna, “Impact on the Right to Consular Notification”, *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (eds. M. T. Kamminga and M. Scheinin), Oxford University Press, 2009, pp. 171, 173, 175, 180, 182-183 and 186; C. M. Cerna, “The Right to Consular Notification as a Human Right”, 31 *Suffolk Transnational Law Review* (2008), pp. 420, 422-423, 425, 430-435, 437-439, 449 and 451-455.

¹³ Cf. C. M. Cerna, “Impact on the Right to Consular Notification”, *op. cit. supra* note (12), pp. 173 and 175.

¹⁴ Already by the middle of the century one warned as to the impossibility of the evolution of law without the subjective individual right, the expression of a true “human right”; J. Dabin, *El Derecho Subjetivo*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 64.

¹⁵ Referring to paragraph 76 of the IACtHR’s Advisory Opinion No. 16 (1999).

ment qu'elle avait suivi dans les affaires *LaGrand* et *Avena*¹². Pour les auteurs de ces critiques, les décisions de la Cour avaient été «fortement influencées» par l'avis consultatif n° 16 de la CIDH, dans lequel il est dit que «le droit à la notification consulaire» fait partie des garanties minimales d'une procédure régulière indispensables pour qu'un procès soit équitable», et que, lorsque ce droit n'est pas respecté, «il y a violation des droits de l'homme du ressortissant étranger», à raison de laquelle l'Etat de résidence est tenu d'accorder réparation¹³. L'auteur des passages que je viens de citer a repris un autre paragraphe de l'exposé de mon opinion concordante joint à l'avis consultatif n° 16 de la CIDH, où je soutenais ce qui suit :

«En cette fin de siècle, nous avons le privilège d'assister à l'*humanisation* du droit international, lequel englobe aujourd'hui cet élément du droit des relations consulaires. La convergence de ce droit et du droit international des droits de l'homme a eu pour effet la cristallisation du droit individuel à l'information sur l'assistance consulaire¹⁴, dont sont titulaires tous les êtres humains qui ont besoin de l'exercer ; l'inclusion de ce droit dans le champ conceptuel des droits de l'homme est maintenant admise en droit international classique comme en droit international coutumier.» (Par. 35.)

24. En la présente instance, l'Inde a invoqué l'avis consultatif pionnier de la CIDH, mais pas le Pakistan. Le demandeur a consacré une section de son mémoire (par. 151-163) à une analyse minutieuse de la jurisprudence de la CIDH. Elle s'est en particulier intéressée à ce qu'a dit la Cour interaméricaine sur l'interprétation et l'application de l'article 36 de la convention de Vienne, considérant que la CIJ devait s'en inspirer lorsqu'elle examinerait elle-même ces deux questions (par. 151).

25. L'Inde a souligné plusieurs points essentiels de l'avis consultatif de la CIDH, dont l'idée qu'un traité peut servir à protéger les droits de l'homme même si son but principal ou central ne se rapporte pas à ceux-ci (par. 154)¹⁵. Toujours dans son mémoire, l'Inde a insisté sur l'importance de la conclusion de la CIDH selon laquelle le *corpus juris* évolutif du droit international des droits de l'homme, qui comprend les normes auxquelles

¹² Voir C. M. Cerna, «Impact on the Right to Consular Notification», *The Impact of Human Rights Law on General International Law* (M. T. Kamminga et M. Scheinin (dir. publ.)), Oxford University Press, 2009, p. 171, 173, 175, 180, 182-183 et 186; C. M. Cerna, «The Right to Consular Notification as a Human Right», *Suffolk Transnational Law Review* (2008), vol. 31, p. 420, 422-423, 425, 430-435, 437-439, 449 et 451-455.

¹³ Voir C. M. Cerna, «Impact on the Right to Consular Notification», *op. cit. supra* note de bas de page n° 12, p. 173 et 175.

¹⁴ Dès les années 1950, un auteur précisait que le droit ne pourrait évoluer sans que soit pris en compte le droit individuel subjectif, expression d'un véritable «droit de l'homme», J. Dabin, *El Derecho Subjectivo*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 64.

¹⁵ Voir le paragraphe 76 de l'avis consultatif n° 16 de la CIDH (1999).

Article 36 of the 1963 VCCR (paras. 157-159)¹⁶. Furthermore, India again singles out the significance and contribution of the IACtHR's Advisory Opinion No. 16 (1999) also in its oral arguments presented in the public hearing of 18 February 2019 before the ICJ¹⁷.

26. Pakistan, for its part, in the oral proceedings (public hearing of 19 February 2019 before the ICJ), taking issue with India's arguments and invocation of the IACtHR's Advisory Opinion, contends that it would not be appropriate to raise them before the ICJ — making reference to decisions of the Inter-American Commission (not Court) of Human Rights — and finding India's quotation of such decisions incomplete¹⁸. This divergence between the two Contending Parties in the *cas d'espèce*, in my perception, calls for a careful consideration of the matter by the ICJ — not given by it — to which I now proceed in the present separate opinion.

V. INSUFFICIENCIES OF THE ICJ'S REASONING IN THE CASES OF *LAGRAND* (2001) AND OF *AVENA* (2004)

27. In its Judgment in the case of *LaGrand* (2001), the ICJ acknowledged that Article 36 (1) (b) and (c) of the VCCR creates “individual rights”, which may be invoked by the national State of the detained person (*I.C.J. Reports 2001*, p. 494, para. 77). Subsequently, in its Judgment in the case of *Avena* (2004), the ICJ reiterated its finding that Article 36 (1) (b) and (c) sets forth “individual rights” (*I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 36, para. 40), coexisting with rights of the sending State. However, the ICJ avoided to consider that the individual's right under Article 36 of the VCCR has the character of a human right.

28. Earlier on, in its aforementioned pioneering Advisory Opinion No. 16 (1999), the IACtHR held that a provision of a treaty “can concern the protection of human rights” (like Article 36 of the VCCR), irrespective of what the main purpose of the treaty at issue might be (paras. 76 and 85). It added that the individual rights guaranteed by Article 36 of the VCCR help to guarantee that the individual concerned enjoys the guarantees of a fair trial and the due process of law (paras. 121-123). And it further added that:

“the individual's right to information, conferred in Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations, makes it possible for the right to the due process of law upheld in Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, to have practical effects in tangible cases; the minimum guarantees established in

¹⁶ Referring to paragraphs 113-122 of the IACtHR's Advisory Opinion No. 16 (1999).

¹⁷ CR 2019/1, of 18 February 2019, pp. 39-42, paras. 145-153.

¹⁸ CR 2019/2, of 19 February 2019, pp. 47-49, paras. 101-104; Pakistan also criticizes India's arguments relating to “minimum due process” (*ibid.*, para. 104).

doit obéir une procédure régulière, devrait guider l'interprétation de l'article 36 de la convention de Vienne (par. 157-159)¹⁶. Lors de la procédure orale, l'Inde a également insisté sur l'importance de l'avis consultatif de la CIDH et sur l'influence qu'il a exercée¹⁷.

26. Dans ses plaidoiries (audience du 19 février 2019), le Pakistan a quant à lui contesté les arguments de l'Inde et son invocation de l'avis consultatif de la CIDH, soutenant qu'ils n'avaient pas leur place devant la Cour, et affirmé que l'Inde s'était appuyée sur des citations tronquées des décisions de la Commission interaméricaine des droits de l'homme (à ne pas confondre avec la CIDH)¹⁸. Cette divergence de vues entre les Parties aurait dû, à mon avis, inciter la Cour à examiner soigneusement la question ; or, comme je vais maintenant le montrer, elle ne l'a pas fait.

V. LES INSUFFISANCES DU RAISONNEMENT SUIVI PAR LA COUR DANS LES AFFAIRES *LAGRAND* ET *AVENA*

27. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *LaGrand* (2001), la Cour a admis que les alinéas *b*) et *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne avaient créé des «droits individuels» qui pouvaient être invoqués par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 494, par. 77). Plus tard, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Avena* (2004), elle a réaffirmé cette conclusion (*C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 36, par. 40), ajoutant que ces droits individuels coexistaient avec les droits de l'Etat d'envoi. Néanmoins, la Cour n'a pas voulu considérer que les droits individuels énoncés à l'article 36 de la convention avaient le caractère de droits de l'homme.

28. Selon l'avis consultatif pionnier de la CIDH, une disposition d'un traité «peut concerner la protection de droits de l'homme» (ce qui est le cas de l'article 36 de la convention), quel que soit le but principal de l'instrument en question (par. 76 et 85). La CIDH a ajouté que les droits individuels garantis par l'article 36 de la convention de Vienne contribuaient à assurer à la personne concernée la jouissance des garanties d'une procédure régulière et d'un procès équitable (par. 121-123). Elle a également précisé ce qui suit :

«grâce au droit à l'information que l'individu tient de l'article 36, paragraphe 1, alinéa *b*), de la convention de Vienne sur les relations consulaires, le droit à une procédure régulière garanti par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques peut avoir des effets pratiques dans des affaires concrètes ; les garanties mini-

¹⁶ Voir les paragraphes 113-122 de l'avis consultatif n° 16 de la CIDH (1999).

¹⁷ Voir CR 2019/1, p. 39-42, par. 145-153.

¹⁸ Voir CR 2019/2, p. 47-49, par. 101-104 ; le Pakistan a également critiqué les arguments avancés par l'Inde au sujet des «conditions minimales d'une procédure régulière» (*ibid.*, par. 104).

Article 14 of the International Covenant can be amplified in the light of other international instruments like the Vienna Convention on Consular Relations, which broadens the scope of the protection afforded to those accused.

.....

Because the right to information is an element of Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations, the detained foreign national must have the opportunity to avail himself of this right in his own defence. Non-observance or impairment of the detainee's right to information is prejudicial to the judicial guarantees." (Paras. 124 and 129.)

29. May I reiteratedly recall, in the present separate opinion, now that we approach the twentieth anniversary of the historical Advisory Opinion No. 16 (1999) of the IACtHR, that this latter considered therein that the individual rights guaranteed by Article 36 of the VCCR are directly related to the human rights to due process of law and a fair trial. The IACtHR stressed that the observance of the right of a detained individual to be informed of his rights guaranteed by Article 36 (1) (b) becomes "all the more imperative" in face of a sentence to death (paras. 135-137).

30. The ICJ, for its part, in the case of *LaGrand* (2001), after establishing a breach of the individual rights under Article 36 (1) of the VCCR, found it unnecessary to further consider Germany's argument that the right of the individual to be informed without delay guaranteed by Article 36 (1) of the VCCR "has today assumed the character of a human right" (para. 78). And, subsequently, in the case of *Avena* (2004), the ICJ dismissed Mexico's argument 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" (para. 124). The ICJ did not examine the issue whether the VCCR (Article 36) established human rights; it noted that "[w]hether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need decide" (para. 124).

31. There was, in my perception, no reason for the ICJ to have adopted such an insufficient approach to the matter dealt with in its Judgments in the two aforementioned cases of *LaGrand* and *Avena*, which were both followed by non-compliance on the part of the respondent State. The factual context of the present case of *Jadhav* (2019) provides yet another occasion to examine the individual rights under Article 36 of the VCCR as directly related to the human rights to due process of law and a fair trial. In my understanding, it is necessary to do so, but, once again, the ICJ followed its own insufficient approach.

males énoncées à l'article 14 du Pacte peuvent être amplifiées à la lumière d'autres instruments internationaux comme la convention de Vienne sur les relations consulaires, qui élargit la portée de la protection garantie aux accusés.

.....

Le droit à l'information étant un élément de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, le détenu étranger doit avoir la faculté de se prévaloir de ce droit pour sa défense. Ne pas respecter le droit du détenu à l'information, ou le restreindre, porte atteinte aux garanties judiciaires.» (Par. 124 et 129.)

29. A l'approche du vingtième anniversaire de l'avis consultatif historique rendu par la CIDH, je me permets de rappeler une fois encore que celle-ci y a dit que les droits individuels garantis par l'article 36 de la convention de Vienne étaient directement liés aux droits de l'homme que sont le droit à une procédure régulière et le droit à un procès équitable. La CIDH a souligné que le respect du droit d'un détenu à être informé qu'il possède les droits garantis par l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 devenait «particulièrement important» si ce détenu était condamné à mort (par. 135-137).

30. En l'affaire *LaGrand* (2001), la Cour, après avoir établi qu'il y avait eu violation des droits individuels énoncés au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, a considéré qu'elle n'avait pas besoin d'examiner plus avant l'argument de l'Allemagne selon lequel le droit individuel d'être informé sans retard garanti par le paragraphe 1 de l'article 36 de la convention avait «acquis le caractère d'un droit de l'homme» (par. 78). Et plus tard, en l'affaire *Avena* (2004), elle a rejeté l'argument du Mexique selon lequel «le droit de notification et de communication consulaires prévu par la convention de Vienne [était] un droit de l'homme fondamental faisant partie des droits de la défense (*due process*) en procédure pénale» (par. 124). La Cour n'a pas examiné la question de savoir si l'article 36 de la convention établissait des droits de l'homme; elle a dit qu'il ne lui était pas «nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si le droit en cause [était] ou non un droit de l'homme» (par. 124).

31. Il n'y avait selon moi aucune raison pour que la Cour s'en tienne à un examen aussi insuffisant de l'une des questions sur lesquelles portaient ses arrêts *LaGrand* et *Avena*, ni l'un ni l'autre n'ayant d'ailleurs été observé par l'Etat défendeur. Le contexte factuel de la présente affaire lui offrait une nouvelle occasion d'examiner les droits individuels prévus à l'article 36 de la convention de Vienne dans leur rapport direct avec les droits de l'homme que sont le droit à une procédure régulière et le droit à un procès équitable. Je considère que cet examen était nécessaire, mais, une fois encore, la Cour a préféré s'en tenir à son traitement insuffisant de la question.

VI. INTERRELATIONSHIP BETWEEN RIGHT TO INFORMATION ON CONSULAR ASSISTANCE, AND HUMAN RIGHTS TO DUE PROCESS OF LAW AND FAIR TRIAL, ON THE TWENTIETH ANNIVERSARY OF A GROUND-BREAKING ADVISORY OPINION

32. As, by the turn of the century, two decades ago, the ground-breaking IACtHR's Advisory Opinion No. 16 (1999) on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, inspiring the emerging case law, *in statu nascendi*, on the matter, correctly determined the interrelationship between the individual rights under Article 36 of the VCCR and the human rights to due process of law and fair trial under the CCPR (Article 14) and general international law, it appears necessary to me to consider this issue in the framework of the *hermeneutics* of the breach of the rights under Article 36 of the VCCR established by the ICJ in the present case of *Jadhav*.

33. After all, consular assistance is essential to the effectiveness of the human rights to due process of law and fair trial. In its Advisory Opinion No. 16 (1999), the IACtHR, in its hermeneutics, did not hesitate to interrelate Article 36 (1) (b) of the VCCR and Article 14 of the CCPR (paras. 117 and 124). In the present case of *Jadhav*, the ICJ now has had the proper occasion to perfect its own restrained case law on the matter, provided to it by the factual context of the *cas d'espèce*.

34. The contemporary international legal order counts on, and is benefited by, the coexistence of international tribunals. This could not have been foreseen some decades ago, and has been contributing to advances achieved in the new *jus gentium*. International tribunals have identified the need of, and have become used to, taking into account the relevant case law of each other; in this way, they have been contributing to a harmoniously progressive development of international law.

35. Although their jurisdictions are distinct, they have a common mission of realization of justice. In the accomplishment of this common mission, they foster the prevalence of a universal law of nations, and a growing compliance with the *rule of law (état de droit)*, a key item inserted and continuously present in the agenda of the UN General Assembly since 2006 until presently.

36. The right to consular notification under Article 36 of the VCCR is, in my understanding, closely interrelated with the fundamental rights of due process of law and fair trial. Not only did the IACtHR establish this in its Advisory Opinion No. 16, of 1 October 1999 (paras. 124 and 129), but also, subsequently to it, several countries, in their practice, equated the right of notification to consular assistance with the *corpus juris* of human rights, given its close relationship with the rights of due process of law and to a fair trial¹⁹.

¹⁹ Cf. A. A. Cançado Trindade, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on Inter-

VI. LE RAPPORT ENTRE LE DROIT À L'INFORMATION SUR L'ASSISTANCE
CONSULAIRE ET LES DROITS DE L'HOMME GARANTISSANT UNE PROCÉDURE
RÉGULIÈRE ET UN PROCÈS ÉQUITABLE, À L'APPROCHE DU VINGTIÈME
ANNIVERSAIRE DE L'AVIS CONSULTATIF HISTORIQUE DE LA CIDH

32. Alors que près de vingt ans se sont écoulés depuis l'adoption, par la CIDH, de son avis consultatif historique sur le *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* qui, ayant justement établi la corrélation entre les droits individuels énoncés à l'article 36 de la convention de Vienne et les droits de l'homme garantissant une procédure régulière et un procès équitable figurant à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et intégrés au droit international général, a inspiré la jurisprudence naissante en la matière, il me semble nécessaire d'examiner la question en partant d'une analyse des violations des droits prévus à l'article 36 de la convention auxquelles la Cour a conclu en la présente affaire.

33. L'assistance consulaire est un moyen essentiel d'assurer l'exercice effectif des droits de l'homme garantissant une procédure régulière et un procès équitable. Dans le raisonnement qu'elle a suivi pour émettre son avis consultatif n° 16, la CIDH n'a pas hésité à établir une corrélation entre l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (par. 117 et 124). Le contexte factuel de la présente affaire fournissait à la Cour une bonne occasion d'affiner sa jurisprudence en la matière.

34. L'ordre juridique international contemporain s'appuie fort utilement sur les travaux d'une pluralité de juridictions internationales. C'est là le fruit d'une évolution que nul ne prévoyait il y a quelques dizaines d'années, laquelle a contribué aux progrès accomplis dans la formation du nouveau *jus gentium*. Chacune de ces juridictions internationales a compris qu'il lui fallait tenir compte de la jurisprudence pertinente des autres pour contribuer au développement harmonieux et progressif du droit international.

35. Bien qu'autonomes, ces juridictions ont pour mission commune de faire régner la justice. Dans l'accomplissement de cette mission partagée, elles favorisent l'avènement d'un droit universel des nations et les avancées de l'état de droit qui, depuis 2006, fait l'objet de l'un des principaux points de l'ordre du jour de l'Assemblée générale des Nations Unies.

36. Le droit à la notification consulaire prévu à l'article 36 de la convention de Vienne est à mon sens étroitement lié aux droits fondamentaux que sont les droits à une procédure régulière et un procès équitable. Outre que la CIDH a établi cette corrélation dans son avis consultatif n° 16 (par. 124 et 129), il ressort de la pratique des Etats qu'un certain nombre d'entre eux, après le prononcé de cet avis, ont considéré que, en raison de ce lien, le droit à la notification et à l'assistance consulaires faisait partie du *corpus juris* des droits de l'homme¹⁹.

¹⁹ Voir A. A. Cançado Trindade, «The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on

37. There is reason to proceed in this constructive hermeneutics (without the need to establish an additional violation of the CCPR in the *cas d'espèce*), as we are here in the realm not only of the VCCR (Article 36) but also of human rights in general or customary international law. In my understanding, the right to information on consular assistance under the VCCR (Article 36) is an individual right, and is undoubtedly interrelated with human rights.

38. It is beyond doubt that a foreign national facing criminal proceedings abroad will only be able to obtain full procedural equality if granted access to consular assistance. Therefore, a breach of a foreign national's right to consular notification set forth in Article 36 of the VCCR necessarily entails a breach of the human rights to due process of law and a fair trial in general or customary international law. It is clear that we are here in the domain of human rights, and this is to be duly acknowledged.

39. In the absence of consular assistance, there are no guarantees of due process of law and fair trial, and the execution of a death penalty ensuing therefrom is a breach of general and basic principles of international law — such as that of equality and non-discrimination — and of human rights themselves, entailing the international responsibility of the State concerned²⁰. Two decades ago, the IACtHR's Advisory Opinion No. 16 gave the initial contribution and paved the way for the process — advanced today — of humanization of consular law²¹.

40. In Advisory Opinion No. 16 (1999), the IACtHR, besides referring to its own ongoing case law, had no difficulty to refer also to the pertinent case law of the ICJ: it recalled (para. 113), e.g., the ICJ's Advisory Opinion on *Namibia* (1971), wherein the ICJ acknowledged its own duty to

“take into consideration the changes which have occurred in the supervening half-century, and its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law. (. . .) Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the

national Case Law and Practice”, *op. cit. supra* No. (1), pp. 7-8, and cf. pp. 1-16; S. Veneziano, “The Right to Consular Notification: The Cultural Bridge to a Foreign National's Due Process Rights”, 49 *Georgetown Journal of International Law* (2017), p. 533.

²⁰ Cf. A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, p. 508, and cf. pp. 499 and 504; L. Ortiz Ahlf, *Derecho Internacional Público*, 4th ed., Mexico/Oxford, OUP, 2015, pp. 553-557.

²¹ Cf. A. A. Cançado Trindade, “The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case Law and Practice”, *op. cit. supra* note 1, pp. 1-16.

37. Il y a de bonnes raisons d'aller plus avant dans cette interprétation constructive (même si la Cour, en la présente instance, a jugé qu'elle n'avait pas compétence pour conclure à une violation supplémentaire portant sur les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques), dès lors que les droits dont il s'agit, outre qu'ils sont protégés par l'article 36 de la convention de Vienne, relèvent des droits de l'homme en général ou du droit international coutumier. Pour moi, le droit à l'information sur l'assistance consulaire énoncé à l'article 36 de la convention est un droit individuel qui se rattache indubitablement aux droits de l'homme.

38. Il ne fait aucun doute qu'un étranger traduit devant un tribunal pénal ne peut jouir pleinement de son droit à l'égalité procédurale que s'il lui est permis de bénéficier de l'assistance consulaire. Par conséquent, le non-respect du droit à la notification consulaire prévu à l'article 36 de la convention de Vienne emporte nécessairement une violation des droits de l'homme garantissant une procédure régulière et un procès équitable, que ces garanties relèvent du droit international général ou du droit international coutumier. Il est clair que nous sommes là dans le domaine des droits de l'homme, fait qui doit être dûment reconnu.

39. Lorsqu'un détenu étranger ne bénéficie pas de l'assistance consulaire, il est privé de la garantie d'une procédure régulière et d'un procès équitable, sa condamnation à mort et son exécution en pareilles conditions violant des principes généraux et fondamentaux de droit international, dont le principe d'égalité et de non-discrimination, ainsi que les droits de l'homme, lesdites violations engageant la responsabilité de l'Etat qui les a commises²⁰. Voici près de vingt ans, la CIDH, en adoptant son avis consultatif n° 16, a amorcé et facilité une évolution vers l'humanisation du droit consulaire, qui a maintenant fait de grands progrès²¹.

40. Dans son avis consultatif, la CIDH, outre qu'elle a renvoyé à sa propre jurisprudence, n'a pas hésité à se référer à celle de la Cour, rappelant par exemple (par. 113) l'avis consultatif que celle-ci avait donné sur la *Namibie* (1971), dans lequel elle avait notamment dit ce qui suit :

«[L]a Cour doit prendre en considération les transformations survenues dans le demi-siècle qui a suivi et son interprétation ne peut manquer de tenir compte de l'évolution que le droit a ultérieurement connue... De plus, tout instrument international doit être interprété

International Case-Law and Practice», *op. cit. supra* note de bas de page n° 1, p. 7-8, et voir également p. 1-16; S. Veneziano, «The Right to Consular Notification: The Cultural Bridge to a Foreign National's Due Process Rights», *Georgetown Journal of International Law* (2017), vol. 49, p. 533.

²⁰ Voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2^e éd. rév., Leyde/La Haye, /Nijhoff/Académie de droit international de La Haye, 2013, p. 508 (voir également p. 499 et 504); L. Ortiz Ahlf, *Derecho Internacional Público*, 4^e éd., Mexico/Oxford, OUP, 2015, p. 553-557.

²¹ Voir A. A. Cançado Trindade, «The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice», *op. cit. supra* note de bas de page n° 1, p. 1-16.

framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation. (. . .) [T]he *corpus iuris gentium* has been considerably enriched, and this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore.” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, pp. 31-32, para. 53.)

41. The IACtHR’s Advisory Opinion No. 16 further recalled (para. 75), *inter alia*, that, in the ICJ’s proceedings in the case of *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)* (Judgment of 24 May 1980), the applicant State linked Article 36 of the VCCR to “the rights of nationals of the sending State”; and the IACtHR added (para. 75) that, for its part, the ICJ cited (para. 91) the Universal Declaration of Human Rights in its Judgment of 24 May 1980²².

42. The two international tribunals, and others, have been sensitive to the progressive development of international law, in the framework of the historical process of humanization of the law of nations²³. With all the more reason, in the present case of *Jadhav* (2019), the ICJ has before itself the ineluctable interrelationship — which it should have acknowledged — between the right to information on consular assistance, and the human rights to due process of law and fair trial, with all legal consequences ensuing therefrom.

VII. *CORPUS JURIS GENTIUM*: WRONGFULNESS IN THE DEATH PENALTY AS A BREACH OF HUMAN RIGHTS

43. A person condemned to death abroad without having had consular assistance has had his individual right under Article 36 (1) (*b*) of the

²² The ICJ stated therein that: “Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights” (*I.C.J. Reports 1980*, p. 42, para. 91).

²³ On the contribution of contemporary international tribunals to this historical process of humanization of the *droit des gens*, cf. A. A. Cañado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2nd rev. ed., *op. cit. supra* note 20, pp. 531-591; A. A. Cañado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, 3rd rev. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2019, pp. 1-507; A. A. Cañado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185; A. A. Cañado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, Mexico, Edit. Porrúa/IMDPC, 2014, pp. 1-324; A. A. Cañado Trindade, “Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice: développements, état actuel et perspectives”, 391 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (2017), pp. 19-101; and, on the presence of natural law influence, cf. also A. Peters, *Beyond Human Rights — The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge University Press, 2018 (reprint), pp. 23-25, 38, 48, 65 and 395-396.

et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu... [L]e *corpus juris gentium* s'est beaucoup enrichi et, pour pouvoir s'acquitter fidèlement de ses fonctions, la Cour ne peut l'ignorer.» (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 31-32, par. 53.*)

41. La CIDH a également rappelé que, dans l'arrêt qu'elle a rendu le 24 mai 1980 en l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, la Cour avait relevé que l'Etat demandeur avait rattaché l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires aux «droits des ressortissants de l'Etat d'envoi»; elle a ajouté (par. 75) que la Cour avait, dans cette même décision (par. 91) fait mention de la Déclaration universelle des droits de l'homme²².

42. Ces deux juridictions internationales se sont, parmi d'autres, montrées sensibles au développement progressif du droit international dans le cadre du processus historique d'humanisation du droit des gens²³. Ayant été, en la présente affaire, placée devant la réalité incontournable de la corrélation entre le droit à l'information sur l'assistance consulaire et les droits de l'homme qui garantissent une procédure régulière et un procès équitable, la Cour aurait dû reconnaître cette corrélation, avec toutes les conséquences juridiques qu'elle emporte.

VII. L'ÉVOLUTION DU *CORPUS JURIS GENTIUM*: L'ILLICÉITÉ DE LA PEINE DE MORT EN TANT QUE VIOLATION DES DROITS DE L'HOMME

43. Un étranger condamné à mort sans avoir pu bénéficier de l'assistance consulaire est victime d'une violation du droit individuel, rattaché à

²² La Cour a dit ceci : « Le fait de priver abusivement de leur liberté des êtres humains et de les soumettre dans des conditions pénibles à une contrainte physique est manifestement incompatible avec les principes de la Charte des Nations Unies et avec les droits fondamentaux énoncés dans la déclaration universelle des droits de l'homme. » (*C.I.J. Recueil 1980, p. 42, par. 91.*)

²³ Au sujet de la contribution apportée par les juridictions internationales contemporaines au processus historique d'humanisation du droit des gens, voir A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind — Towards a New Jus Gentium*, 2^e éd. rév., *op. cit. supra* note de bas de page n° 20, p. 531-591; A. A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, 3^e éd. rév., Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2019, p. 1-507; A. A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, p. 7-185; A. A. Cançado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, Mexico, Ed. Porrúa/IMDPC, 2014, p. 1-324; A. A. Cançado Trindade, « Les tribunaux internationaux et leur mission commune de réalisation de la justice : développements, état actuel et perspectives », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (2017), vol. 391, p. 19-101; sur l'influence du droit naturel, voir également A. Peters, *Beyond Human Rights — The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge University Press, 2018 (réimpr.), p. 23-25, 38, 48, 65 et 395-396.

VCCR, interrelated with his human rights, breached. His condemnation, in such circumstances, is by itself a breach of the ILHR, entailing the international responsibility of the State concerned. The death penalty is thereby outlawed, thus going beyond simple “review and reconsideration” of an unlawful conviction. A *corpus juris gentium* has been formed, in line with the trend towards the abolition of the death penalty in contemporary international law.

44. This is an important point which deserves closer attention. In my understanding, a decision of condemnation to death accompanying a violation of Article 36 (1) (b) of the VCCR — as in the present case of *Jadhav* — cannot serve as basis for “review and reconsideration” simply: it is an unlawful decision which does not generate any effects. An unlawful condemnation to death is clearly discarded, and cannot be restated or reformulated at all. In such circumstances, the death penalty itself is entirely discarded, not at all only opened simply to “review and reconsideration”.

45. And there is another relevant aspect to consider, namely, the cruelty of the death penalty has been widely acknowledged: it goes beyond execution itself, the time spent by the convicted person contemplating his own death while waiting his own execution. Persons convicted to death are treated as persons without a future; they keep waiting for their execution in special cells, “death rows”. Besides the right to life, other rights are affected and breached, also of other persons.

46. The cruelty of the death penalty, generally condemned by law, extends to relatives and friends of the convicted persons. The suffering generated does not lessen the loss to the close relatives of the executed person, nor does it put an end to their prolonged pain and anguish. They are simply not taken into account²⁴. The execution of the death penalty is a violation of human rights. One cannot simply overlook the widespread reaction to the cruelty of the death penalty.

47. Such acknowledgement by human conscience finds nowadays expression in general international law, as well as in several international treaties along the last decades. Among these, there are conventions which strictly limit the death penalty, aiming to put an end to it, namely: the 1966 UN Covenant on Civil and Political Rights, Article 6 (2) and (4);

²⁴ Council of Europe, *The Death Penalty — Abolition in Europe*, Strasbourg, Council of Europe Publ., 1999, p. 18; Amnesty International, *When the State Kills: The Death Penalty vs. Human Rights*, London, Amnesty International Publ., 1989, pp. 61 and 68-70, and cf. p. 54.

ses droits de l'homme, qu'il tient de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. Sa condamnation à mort dans de telles circonstances constitue en elle-même une violation du droit international des droits de l'homme qui engage la responsabilité de l'Etat qui l'a commise. L'illicéité de la peine de mort est donc bien établie et, lorsque cette peine est prononcée, il ne saurait suffire de pourvoir au «réexamen» d'une condamnation contraire au droit. Le *corpus juris gentium* a évolué sous l'effet de la tendance à l'abolition de la peine de mort que reflète le droit international d'aujourd'hui.

44. Il s'agit là d'un point important qui méritait d'être examiné plus avant. Selon moi, une condamnation à mort prononcée alors que l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne a été violé, comme c'était le cas en l'espèce, n'est pas une décision qu'un «réexamen» et une «revision» suffisent à corriger, c'est une décision illicite, et par là dénuée de tout effet juridique. Une condamnation illicite à la peine de mort doit manifestement être annulée purement et simplement; elle ne saurait en aucun cas être réitérée ou reformulée, ce dont il découle que la peine de mort elle-même doit être écartée sans réserve, et non être simplement sujette à «réexamen» et «revision».

45. Un autre aspect de la question méritait aussi d'être examiné, à savoir qu'il est maintenant largement admis que la peine de mort est une peine cruelle; sa cruauté réside non seulement dans l'exécution elle-même, mais aussi dans l'angoisse qu'éprouve le condamné à la perspective de sa mort prochaine. Les condamnés à mort sont traités comme des personnes n'ayant plus d'avenir, et sont pour cette raison, en attendant leur exécution, placés dans des cellules spéciales faisant partie du «quartier des condamnés à mort». Ces condamnés ne sont pas seulement privés de leur droit à la vie, mais sont également victimes, ainsi que leurs proches, de violations d'autres droits.

46. La cruauté de la peine de mort, généralement condamnée par le droit, s'étend aux membres de la famille et aux amis des condamnés. Savoir que les souffrances inhérentes à la peine de mort ont cessé ne facilite pas le travail du deuil chez les proches du supplicié, qui sont voués pour longtemps à la douleur et à l'angoisse. Or, ces souffrances ne sont pas prises en considération²⁴. Une exécution est une violation des droits de l'homme. Il ne faut pas négliger les nombreuses réactions suscitées par la cruauté de la peine capitale.

47. Au cours des dernières décennies, ces protestations de la conscience humaine ont trouvé leur expression dans le droit international général et dans plusieurs instruments internationaux, dont des conventions qui limitent strictement le recours à la peine capitale, dans l'attente de son abolition. Celles-ci comprennent le Pacte international relatif aux droits

²⁴ Voir Conseil de l'Europe, *The Death Penalty — Abolition in Europe*, Strasbourg, publication du Conseil de l'Europe, 1999, p. 18; Amnesty International, *When the State Kills: The Death Penalty vs. Human Rights*, Londres, publication d'Amnesty International, 1989, p. 61 et 68-70 (voir aussi p. 54).

the 1969 American Convention on Human Rights, Article 4 (2) to (5); the 2004 Arab Charter on Human Rights, Articles 10 to 12.

48. Furthermore, there are significantly international instruments which expressly prohibit, or seek abolition of, the death penalty, namely: the Protocol No. 6 (1983) to the European Convention of Human Rights, Article 1²⁵; the Protocol No. 13 (2002) to the European Convention of Human Rights, Article 1²⁶; the 1989 Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty, Article 1²⁷; the Second Optional Protocol (1989) to the UN Covenant on Civil and Political Rights, Article 1²⁸.

49. Such prohibition has, furthermore, found expression in international case law. For example, with its landmark judgment (merits and reparations, of 21 June 2002) in the case of *Hilaire, Constantine and Benjamin v. Trinidad and Tobago*, the IACtHR became the international tribunal which for the first time established the incompatibility with a human rights treaty (the American Convention on Human Rights) of the “mandatory” death penalty (for the delict of murder).

50. The IACtHR held therein that the right to life was violated by the automatic application of the death penalty, without individualization and without the guarantees of the due process of law, and it ordered, as one of the measures of reparation, the suspension of the execution of such penalty. Among those measures of reparation was also the duty of the respondent State to modify its penal legislation so as to harmonize it with the norms of international human rights protection, and to abstain itself, in any case, from executing the condemned person(s).

51. In my concurring opinion appended thereto, I pondered, *inter alia*, that in effect, the legal order which applies the death penalty resorts itself to the extreme violence which it intends to fight; by means of the application of the millennial *lex talionis*, the public power itself resorts to violence, disposing of the life of a person, in the same way that this latter deprived another person of his or her life, — and all this “despite the historical evolution, likewise millennial, of justice to overcome revenge (public and private)” (para. 4).

52. Still in that concurring opinion, I further recalled, in this respect, that, e.g., the Human Rights Committee (under the UN Covenant on

²⁵ Article 1: “The death penalty shall be abolished. No one shall be condemned to such penalty or executed”.

²⁶ Article 1: “The death penalty shall be abolished. No one shall be condemned to such penalty or executed”.

²⁷ Article 1: “The States Parties to this Protocol shall not apply the death penalty in their territory to any person subject to their jurisdiction”.

²⁸ Article 1: “1. No one within the jurisdiction of a State Party to the present Protocol shall be executed. 2. Each State Party shall take all necessary measures to abolish the death penalty within its jurisdiction.”

civils et politiques de 1966 (alinéas 2 et 4 de l'article 6), la convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 (alinéas 2 à 5 de l'article 4) et la Charte arabe des droits de l'homme de 2004 (articles 10 à 12).

48. Autre fait notable, plusieurs instruments internationaux interdisent expressément la peine de mort ou visent à son abolition, à savoir : le protocole n° 6 (1983) à la convention européenne des droits de l'homme (article premier)²⁵, le protocole n° 13 (2002) à cette même convention (article premier)²⁶, le protocole de 1989 à la convention américaine relative aux droits de l'homme traitant de l'abolition de la peine de mort (article premier)²⁷, et le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1989) (article premier)²⁸.

49. Cette interdiction a également trouvé son expression dans la jurisprudence internationale. Par exemple, dans l'arrêt novateur qu'elle a rendu le 21 juin 2012 (fond et réparations) en l'affaire *Hilaire, Constantine and Benjamin v. Trinidad and Tobago*, la CIDH a été la première juridiction internationale à établir que les lois prévoyant que le meurtre doit être obligatoirement puni de la peine de mort étaient incompatibles avec un instrument de protection des droits de l'homme (la convention américaine relative aux droits de l'homme).

50. Dans cet arrêt, la CIDH a dit que l'application automatique de la peine de mort sans différenciation entre les cas et sans garantie d'une procédure régulière était une violation du droit à la vie et elle a notamment, à titre de remède, prescrit la suspension de l'exécution de cette peine. À titre de remède également, elle a dit que l'Etat défendeur avait l'obligation de modifier sa législation pénale pour l'harmoniser avec les normes internationales en matière de protection des droits de l'homme et, en tout état de cause, de s'abstenir d'exécuter toute personne déjà condamnée.

51. Dans l'exposé de l'opinion concordante que j'ai joint à cet arrêt, j'ai avancé que, de fait, un système juridique prévoyant la peine de mort recourt lui-même à l'extrême violence qu'il est censé réprimer ; lorsqu'ils appliquent la loi millénaire du talion, les pouvoirs publics usent eux-mêmes de la violence en mettant fin à la vie d'un meurtrier tout comme celui-ci a mis fin à celle de sa victime, et ce, « au mépris de l'évolution elle aussi millénaire de la justice, qui tend à bannir la vengeance (qu'elle soit le fait des pouvoirs publics ou de personnes privées) » (par. 4).

52. Dans l'exposé de la même opinion, je rappelais également que le Comité des droits de l'homme (créé en application du Pacte international

²⁵ Article premier : « La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté. »

²⁶ Article premier : « La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté. »

²⁷ Article premier : « Les Etats parties au présent protocole n'appliquent pas la peine de mort sur leur territoire à toute personne relevant de leur juridiction. »

²⁸ Article premier : « 1. Aucune personne relevant de la juridiction d'un Etat partie au présent protocole ne sera exécutée. 2. Chaque Etat partie prendra toutes les mesures voulues pour abolir la peine de mort dans le ressort de sa juridiction. »

Civil and Political Rights — CCPR) has consistently sustained that the imposition of the death penalty, at the end of a trial without the guarantees of the due process of law, and without the possibility of an appeal for revision of the respective judgment, constitutes per se a violation of the right to life (in breach of Article 6 of the CCPR)²⁹. Such violation, I added, takes place irrespectively of the execution or not of the death penalty, “*even if those condemned to death are still alive*”; there is need “to avoid an additional harm” (para. 18)³⁰.

VIII. CONDEMNATION OF THE DEATH PENALTY AT WORLD LEVEL: INITIATIVES AND ENDEAVOURS IN THE UNITED NATIONS

53. In effect, there is an important aspect which cannot be overlooked in the *cas d'espèce*, namely, the condemnation of the death penalty at a world level, as shown by initiatives and endeavours in the United Nations over the years. The present case of *Jadhav* is focused on the established breach of Article 36 of the VCCR, but one cannot make abstraction of the factual context of the subject-matter. At United Nations level, attention can be drawn to conventional supervisory organs (such as the Human Rights Committee under the CCPR), as well as other United Nations organs (such as the former UN Commission on Human Rights, and presently the UN Council on Human Rights).

1. Human Rights Committee under the CCPR

54. In effect, under the CCPR, the Human Rights Committee has sustained its condemnation of the death penalty in numerous deci-

²⁹ Cf., e.g., its earlier decisions in the cases *L. Simmonds v. Jamaica* (23 October 1992, para. 8.5), *C. Wright v. Jamaica* (27 July 1992, para. 8.7), *A. Little v. Jamaica* (1 November 1991, para. 8.6), and *R. Henry v. Jamaica* (1 November 1991, para. 8.5). Other decisions, to the same effect, were rendered by the Human Rights Committee, in the course of the last decade of the twentieth century, namely: cases *Brown v. Jamaica*, of 23 March 1999, para. 6.15; *Marshall v. Jamaica*, 3 November 1998, para. 6.6; *Morrison v. Jamaica*, 3 November 1998, para. 8.7; *Levy v. Jamaica*, 3 November 1998, para. 7.3; *Daley v. Jamaica*, 31 July 1998, para. 7.7; *Domukovsky et al. v. Georgia*, 6 April 1998, para. 18.10; *Shaw v. Jamaica*, 6 June 1996, para. 7.7; *Taylor v. Jamaica*, 2 April 1998, para. 7.5; *McLeod v. Jamaica*, 31 March 1998, para. 6.5; *Peart and Peart v. Jamaica*, 19 July 1995, para. 11.8; *Currie v. Jamaica*, 29 March 1994, para. 13.6; *Smith v. Jamaica*, 31 March 1993, para. 10.6; and *G. Campbell v. Jamaica*, 30 March 1992, para. 6.9.

³⁰ My concurring opinion appended to the aforementioned judgment (of 2002) in the case of *Hilaire, Constantine and Benjamin v. Trinidad and Tobago* is reproduced in Judge A. A. Cañçado Trindade, *The Construction of a Humanized International Law — A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, Vol. I (IACtHR), Leiden/The Hague, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 740-760; and A. A. Cañçado Trindade, *Esencia y Transcendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2008)*, Vol. I, 2nd rev. ed., Mexico D.F., Ed. Cam. Dips., 2015, pp. 447-467.

relatif aux droits civils et politiques) avait toujours considéré que condamner à mort un accusé qui n'avait pas bénéficié des garanties d'une procédure régulière et n'avait pas la possibilité d'interjeter appel constituait en soi une violation du droit à la vie (énoncé à l'article 6 du Pacte)²⁹. Une telle violation, ai-je ajouté, est commise que la peine soit exécutée ou non, autrement dit « *même si le condamné est encore en vie* » ; j'ai aussi souligné la nécessité « d'éviter que ne soient causés des dommages supplémentaires » (par. 18)³⁰.

VIII. LA CONDAMNATION DE LA PEINE DE MORT À L'ÉCHELLE MONDIALE : LES INITIATIVES ET LES EFFORTS DES NATIONS UNIES

53. Je ne saurais m'exprimer sur la présente affaire en passant sous silence les initiatives et les efforts des Nations Unies qui, depuis des années, tendent à la condamnation de la peine de mort à l'échelle mondiale. L'affaire *Jadhav* est certes centrée sur une violation de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, maintenant établie par la Cour, mais on ne saurait faire abstraction de son contexte factuel. Au sujet de l'action des Nations Unies, j'appelle l'attention sur le rôle d'organes conventionnels de contrôle (tels que le Comité des droits de l'homme) et d'autres organes de l'Organisation (comme la Commission des droits de l'homme, qui a maintenant fait place au Conseil des droits de l'homme).

1. Le Comité des droits de l'homme

54. Créé en application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme a condamné la peine de

²⁹ Voir notamment les décisions rendues par le Comité dans les affaires suivantes: *L. Simmonds c. Jamaïque* (23 octobre 1992, par. 8.5), *C. Wright c. Jamaïque* (27 juillet 1992, par. 8.7), *A. Little c. Jamaïque* (1^{er} novembre 1991, par. 8.6), et *R. Henry c. Jamaïque* (1^{er} novembre 1991, par. 8.5). Le Comité a rendu d'autres décisions allant dans le même sens durant la dernière décennie du XX^e siècle dans les affaires suivantes: *Brown c. Jamaïque* (23 mars 1999, par. 6.15); *Marshall c. Jamaïque* (3 novembre 1998, par. 6.6); *Morrison c. Jamaïque* (3 novembre 1998, par. 8.7); *Levy c. Jamaïque* (3 novembre 1998, par. 7.3); *Daley c. Jamaïque* (31 juillet 1998, par. 7.7); *Domukovsky et consorts c. Géorgie* (6 avril 1998, par. 18.10); *Shaw c. Jamaïque* (6 juin 1996, par. 7.7); *Taylor c. Jamaïque* (2 avril 1998, par. 7.5); *McLeod c. Jamaïque* (31 mars 1998, par. 6.5); *Peart et Peart c. Jamaïque* (19 juillet 1995, par. 11.8); *Currie c. Jamaïque* (29 mars 1994, par. 13.6); *Smith c. Jamaïque* (31 mars 1993, par. 10.6); et *G. Campbell c. Jamaïque* (30 mars 1992, par. 6.9).

³⁰ Voir l'exposé de mon opinion concordante joint à l'arrêt rendu en 2002 par la CIDH en l'affaire susmentionnée (*Hilaire, Constantine and Benjamin v. Trinidad and Tobago*) reproduit dans *Judge A. A. Cançado Trindade, The Construction of a Humanized International Law — A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, vol. I (CIDH), Leyde/La Haye, Brill/Nijhoff, 2014, p. 740-760; il est reproduit également dans *A. A. Cançado Trindade, Esencia y Transcendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2008)*, vol. I, 2^e éd. rév., Mexico D.F., Ed. Cam. Dips., 2015, p. 447-467.

sions. Besides those rendered in the last decade of the twentieth century³¹, in the last two decades it has likewise sustained that the imposition of a death sentence upon conclusion of a trial wherein the provisions of the CCPR have not been respected constitutes a violation of Article 6 (right to life) of the CCPR. It so upheld, during the first decade of the twenty-first century, in its decisions in 22 cases³².

55. Among those decisions, in the case of *Kodirov v. Uzbekistan* (2009), the death sentence was commuted to life imprisonment, so that there was no violation of Article 6; and, likewise, in the case of *Dunaev v. Tajikistan* (2009), the death sentence was commuted by the Supreme Court of Tajikistan, so that there was no violation of Article 6 of the CCPR. More recently, along the present decade, the Human Rights Committee has, in new decisions in eight cases, recalled that the imposition of a death sentence upon conclusion of a trial wherein the provisions of the CCPR have not been respected constitutes a violation of Article 6 (right to life) of the CCPR³³.

56. During three decades of work, the Human Rights Committee has upheld that the imposition of a death sentence upon conclusion of a trial by a military court without the guarantees of a fair trial amounts to a violation of Articles 6 and 14 of the CCPR (as stated, e.g., in its decisions in the cases of *S. Kurbanova v. Tajikistan*, of 6 November 2003, paras. 7.6-7.7 and 8; and of *K. Turaeva v. Uzbekistan*, of 20 October 2009, para. 9.4). The Committee has furthermore found that the seeking by the condemned person of clemency or pardon “does not secure adequate protection to the right to life” under Article 6 of the CCPR: such as “discretionary measures by the executive”, in comparison with “appropriate judicial review of all aspects of a criminal case” (decision in the case of *E. Thompson v. St. Vincent and Grenadines*, of 18 October 2000, para. 8.2).

³¹ Cf. note 29, *supra*.

³² Namely: cases *Kodirov v. Uzbekistan*, of 20 October 2009, para. 9.4; *Tolipkhuzhaev v. Uzbekistan*, of 22 July 2009, para. 8.5; *Dunaev v. Tajikistan*, of 30 March 2009, para. 7.4; *Uteeva v. Uzbekistan*, of 26 October 2007, para. 7.4; *Tulyaganova v. Uzbekistan*, of 30 July 2007, para. 8.3; *Strakhov and Fayzullaev v. Uzbekistan*, of 20 July 2007, para. 8.4; *Chikunova v. Uzbekistan*, of 16 March 2007, para. 7.5; *Gunan v. Kyrgystan*, of 29 January 2007, para. 6.5; *Sultanova v. Uzbekistan*, of 30 March 2006, para. 7.6; *Shukurova v. Tajikistan*, of 17 March 2006, para. 8.6; *Sigareva v. Uzbekistan*, of 1 November 2005, para. 6.4; *Chan v. Guyana*, of 31 October 2005, para. 6.4; *Aliboeva v. Tajikistan*, of 18 October 2005, para. 6.6; *Deolall v. Guyana*, of 1 November 2004, para. 5.3; *Khodimova v. Tajikistan*, of 29 July 2004, para. 6.6; *Mulai v. Guyana*, of 20 July 2004, para. 6.3; *Saidova v. Tajikistan*, of 8 July 2004, para. 6.9; *Smartt v. Guyana*, of 6 July 2004, para. 6.4; *Arutyunyan v. Uzbekistan*, of 29 March 2004, para. 6.4; *Kurbanova v. Tajikistan*, of 12 November 2003, para. 7.7; *Aliiev v. Ukraine*, of 7 August 2003, para. 7.4; *Hendricks v. Guyana*, of 28 October 2002, paras. 6.4 and 7; *E. Thompson v. St. Vincent and Grenadines*, of 18 October 2000, para. 8.2.

³³ Namely: cases *P. Selyun v. Belarus*, of 6 November 2015, para. 7.7; *Burdyko v. Belarus*, of 15 July 2015, para. 8.6; *Grishkovtsov v. Belarus*, of 1 April 2015, para. 8.6; *Yuzepchuk v. Belarus*, of 24 October 2014, para. 8.6; *S. Zhuk v. Belarus*, of 30 October 2013, para. 8.7; *Kovaleva and Kozyar v. Belarus*, of 29 October 2012, para. 11.8; *Kamoyo v. Zambia*, of 23 March 2012, para. 6.4; *Mwamba v. Zambia*, of 10 March 2010, para. 6.7.

mort dans nombre de ses décisions. Aux décisions rendues par lui durant la dernière décennie du XX^e siècle³¹, s'en sont ajoutées d'autres, durant les vingt dernières années, dans lesquelles il a continué d'affirmer que le fait de prononcer une sentence de mort à l'issue d'un procès où les dispositions du Pacte n'avaient pas été observées constituait une violation de son article 6 (droit à la vie). Pendant la première décennie du XXI^e siècle, il a statué en ce sens dans vingt-deux affaires³².

55. Dans l'une d'elles (*Kodirov c. Ouzbékistan* (2009)), la peine de mort a été commuée en une peine de réclusion criminelle à perpétuité, de sorte qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 du Pacte; dans l'affaire *Dunaev c. Tadjikistan* (2009), la peine de mort a été commuée par la Cour suprême du Tadjikistan, et il n'y a pas eu non plus violation de l'article 6. Dans des décisions plus récentes rendues en huit affaires, le Comité a rappelé que le fait de prononcer une sentence de mort à l'issue d'un procès dans lequel les garanties judiciaires prévues par le Pacte n'avaient pas été accordées constituait une violation de l'article 6 de celui-ci (droit à la vie)³³.

56. Pendant ses trente ans d'existence, le Comité des droits de l'homme a indiqué dans plusieurs de ses décisions qu'une condamnation à mort prononcée par un tribunal militaire à l'issue d'un procès dans lequel l'accusé n'avait pas bénéficié des garanties d'une procédure régulière constituait une violation des articles 6 et 14 du Pacte; il l'a fait dans les décisions rendues dans les affaires *S. Kurbanova c. Tadjikistan* (6 novembre 2003, par. 7.6-7.7 et 8) et *K. Turaeva c. Ouzbékistan* (20 octobre 2009, par. 9.4). Le Comité a précisé que la possibilité accordée aux condamnés d'exercer un recours en grâce « n'assur[ait] pas la protection adéquate du droit à la vie » énoncé à l'article 6 du Pacte, considérant que « les mesures laissées à la discrétion de l'exécutif » ne sauraient être comparées « à un réexamen judiciaire approprié portant sur tous les aspects d'une affaire pénale » (*E. Thompson c. Saint-Vincent-et-les Grenadines*, décision du 18 octobre 2000, par. 8.2).

³¹ Voir plus haut, note de bas de page 29.

³² *Kodirov c. Ouzbékistan* (20 octobre 2009, par. 9.4); *Tolipkhuzhaev c. Ouzbékistan* (22 juillet 2009, par. 8.5); *Dunaev c. Tadjikistan* (30 mars 2009, par. 7.4); *Uteeva c. Ouzbékistan* (26 octobre 2007, par. 7.4); *Tulyaganova c. Ouzbékistan* (30 juillet 2007, par. 8.3); *Strakhov et Fayzullaev c. Ouzbékistan* (20 juillet 2007, par. 8.4); *Chikunova c. Ouzbékistan* (16 mars 2007, par. 7.5); *Gunan c. Kirghizistan* (29 janvier 2007, par. 6.5); *Sultanova c. Ouzbékistan* (30 mars 2006, par. 7.6); *Shukurova c. Tadjikistan* (17 mars 2006, par. 8.6); *Sigareva c. Ouzbékistan* (1^{er} novembre 2005, par. 6.4); *Chan c. Guyana* (31 octobre 2005, par. 6.4); *Aliboeva c. Tadjikistan* (18 octobre 2005, par. 6.6); *Deolall c. Guyana* (1^{er} novembre 2004, par. 5.3); *Khodimova c. Tadjikistan* (29 juillet 2004, par. 6.6); *Mulai c. Guyana* (20 juillet 2004, par. 6.3); *Saidova c. Tadjikistan* (8 juillet 2004, par. 6.9); *Smartt c. Guyana* (6 juillet 2004, par. 6.4); *Arutyunyan c. Ouzbékistan* (29 mars 2004, par. 6.4); *Kurbanova c. Tadjikistan* (12 novembre 2003, par. 7.7); *Aliev c. Ukraine* (7 août 2003, par. 7.4); *Hendricks c. Guyana* (28 octobre 2002, par. 6.4 et 7); *E. Thompson c. Saint-Vincent-et-les Grenadines* (18 octobre 2000, par. 8.2).

³³ *P. Selyun c. Bélarus* (6 novembre 2015, par. 7.7); *Burdyko c. Bélarus* (15 juillet 2015, par. 8.6); *Grishkovtsov c. Bélarus* (1^{er} avril 2015, par. 8.6); *Yuzepchuk c. Bélarus* (24 octobre 2014, par. 8.6); *S. Zhuk c. Bélarus* (30 octobre 2013, par. 8.7); *Kovaleva et Kozyar c. Bélarus* (29 octobre 2012, par. 11.8); *Kamoyo c. Zambie* (23 mars 2012, par. 6.4); *Mwamba c. Zambie* (10 mars 2010, par. 6.7).

57. In its relatively recent decision in the case of *P. Selyun v. Belarus*, of 6 November 2015, the Human Rights Committee, in reiterating its position that a death penalty imposed at the end of a trial without the guarantees of due process under Article 14 of the CCPR is a breach of it as well as of the right to life under Article 6 of the CCPR (para. 7.7). The Committee deemed it fit to refer to its own General Comment No. 6 (of 1982) on the right to life, comprising also procedural guarantees.

58. May I here recall some significant ponderations of the Committee's very early General Comment No. 6 (of 30 April 1982), namely:

“The protection against arbitrary deprivation of life which is explicitly required by the third sentence of Article 6 (1) [of the CCPR] is of paramount importance. (. . .) The deprivation of life by the authorities of the State is a matter of the utmost gravity. (. . .)

The expression ‘inherent right to life’ cannot properly be understood in a restrictive manner, and the protection of this right requires that States adopt positive measures. (. . .)

The procedural guarantees (. . .) prescribed [in Article 6 of the CCPR] must be observed, including the right to a fair hearing by an independent tribunal, the presumption of innocence, the minimum guarantees for the defence, and the right to review by a higher tribunal.” (Paras. 3, 5 and 7.)

59. The international treaties prohibiting, or seeking abolition of, the death penalty, which I have already listed (in paragraph 48, *supra*), have furthermore had repercussion in international institutions (at global — UN — and regional levels), in the world-wide condemnation of the death penalty. Within the United Nations, for example, the Second Optional Protocol to the CCPR has kept on attracting attention for the realization of its mission of prohibition of the death penalty³⁴. Parallel to the conventional supervisory organs, such as the Human Rights Committee, the United Nations human rights organs have kept on encouraging Member States to ratify or accede to that Protocol, among other instruments, bearing in mind the cruel and irreversible nature of the death penalty.

2. Former UN Commission on Human Rights

60. As already pointed out, attention is here, in this respect, to focus also on the initiatives and endeavours of United Nations human rights organs along the years. The former UN Commission on Human Rights, for instance, from 1997 to 2005, adopted successive resolutions calling for the abolition of the death penalty, and invoking to that effect the Second

³⁴ It contains no provisions for denunciation or withdrawal.

57. Dans la décision relativement récente qu'il a rendue en l'affaire *P. Selyun c. Bélarus* (6 novembre 2015), le Comité des droits de l'homme a réaffirmé qu'une condamnation à la peine capitale prononcée à l'issue d'un procès où l'accusé n'avait pas bénéficié des garanties d'une procédure régulière prévues à l'article 14 du Pacte constituait une violation de cet article et du droit à la vie protégé par l'article 6 (par. 7.7). A cet égard, le Comité a jugé bon de se référer à son observation générale n° 6 (1982) relative au droit à la vie, qui porte également sur les garanties procédurales.

58. Je cite ci-après ce que le Comité a dit sur des points importants dans cette observation générale datée du 30 avril 1982 :

«La protection contre la privation arbitraire de la vie, qui est expressément requise dans la troisième phrase du paragraphe 1 de l'article 6 [du Pacte international relatif aux droits civils et politiques], est d'une importance capitale... La privation de la vie par les autorités de l'Etat est une question extrêmement grave...

L'expression «le droit à la vie ... inhérent à la personne humaine» ne peut pas être entendue de façon restrictive, et la protection de ce droit exige que les Etats adoptent des mesures positives...

Les garanties d'ordre procédural prescrites [à l'article 6 du] Pacte doivent être observées, y compris le droit à un jugement équitable rendu par un tribunal indépendant, la présomption d'innocence, les garanties minima de la défense et le droit de recourir à une instance supérieure.» (Par. 3, 5 et 7.)

59. Les traités internationaux interdisant la peine de mort ou tendant à son abolition que j'ai énumérés au paragraphe 48 ont aussi influencé l'action des organisations internationales (Nations Unies) et régionales en faveur de la condamnation universelle de la peine de mort. Par exemple, depuis l'adoption du deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les Nations Unies n'ont cessé d'appeler l'attention sur la nécessité d'atteindre l'objectif de cet instrument consistant à parvenir à l'abolition de la peine de mort³⁴. Agissant parallèlement aux organes conventionnels de contrôle tels que le Comité des droits de l'homme, les autres organes des Nations Unies chargés de la défense des droits de l'homme ont constamment encouragé les Etats Membres des Nations Unies à ratifier le protocole et d'autres instruments, ou à y adhérer, en appelant leur attention sur la cruauté et l'irréversibilité de la peine de mort.

2. *L'ex-Commission des droits de l'homme*

60. Comme je l'ai déjà indiqué, il importe, au sujet de la peine de mort, de prêter attention aux initiatives et aux efforts des organes des Nations Unies chargés de la défense des droits de l'homme. L'ex-Commission des droits de l'homme, par exemple, a adopté de 1997 à 2005 une série de résolutions dans lesquelles elle appelait à l'abolition de la

³⁴ Le protocole ne comprend aucune clause de dénonciation ou de retrait.

Optional Protocol to the CCPR, namely: resolution 1997/12, of 3 April 1997 (preamble and para. 1); resolution 1998/54, of 3 April 1998 (preamble and para. 2); resolution 1999/61, of 28 April 1999 (preamble and para. 2); resolution 2000/65, of 26 April 2000 (preamble and para. 2); resolution 2001/68, of 25 April 2001 (preamble and para. 3); resolution 2002/77, of 25 April 2002 (preamble and para. 3); resolution 2003/67, of 24 April 2003 (preamble and para. 3); resolution 2004/67, of 21 April 2004 (preamble and para. 3); and resolution 2005/59, of 20 April 2005 (preamble and para. 6).

61. In the sequence of those resolutions, the former UN Commission on Human Rights expressed, in their preambles, its belief that the abolition of the death penalty contributes to the “enhancement of human dignity” and to the “progressive development of human rights”. From 2001 onwards, it made, in its own resolutions, references to a pertinent resolution (of 2000) of its former Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights (resolution 2001/68, para. 2; resolution 2002/77, para. 2; resolution 2003/67, para. 2; resolution 2004/67, para. 2; and resolution 2005/59, preamble).

62. From 2003 onwards, the former UN Commission on Human Rights enhanced its expression of concern, in calling upon all States that still maintained the death penalty to abolish it “completely and, in the meantime, to establish a moratorium on executions” (resolution 2003/67, para. 5 (a); resolution 2004/67, para. 5 (a); and resolution 2005/59, para. 5 (a)). And from 1999 to 2005, the former Commission significantly and correctly interrelated the obligations attached to certain rights protected under the CCPR — such as the right to life in Article 6, and procedural guarantees in Article 14 — with those in respect of the rights under Article 36 of the VCCR (resolution 1999/61, para. 3 (d); resolution 2000/65, para. 3 (d); resolution 2001/68, para. 4 (d); resolution 2002/77, para. 4 (e); resolution 2003/67, para. 4 (f); resolution 2004/67, para. 4 (h); and resolution 2005/59, para. 6 (h)).

3. UN Council on Human Rights

63. Subsequently to the former UN Commission on Human Rights, in the current new era (2006 onwards) of the UN Council on Human Rights, this latter recalled all resolutions of the former UN Commission on Human Rights (*supra*) in its more recent endeavours to the same effect. After doing so, e.g., in the preamble of its resolution 36/17, of 29 September 2017, the UN Council on Human Rights recognized also the role of regional and subregional instruments and initiatives towards the abolition of the death penalty, and drew attention, *inter alia*, to the importance of access to consular assistance for foreign nationals provided for in the VCCR.

64. In its operative part, the same resolution 36/17 of 2017, stressing the need of fully abolishing the death penalty, called upon all States that

peine de mort en invoquant le deuxième protocole facultatif au Pacte; il s'agit des résolutions suivantes: 1997/12 du 3 avril 1997 (préambule et paragraphe 1 du dispositif); 1998/54 du 3 avril 1998 (préambule et paragraphe 2); 1999/61 du 28 avril 1999 (préambule et paragraphe 2); 2000/65 du 26 avril 2000 (préambule et paragraphe 2); 2001/68 du 25 avril 2001 (préambule et paragraphe 3); 2002/77 du 25 avril 2002 (préambule et paragraphe 3); 2003/67 du 24 avril 2003 (préambule et paragraphe 3); 2004/67 du 21 avril 2004 (préambule et paragraphe 3); et 2005/59 du 20 avril 2005 (préambule et paragraphe 6).

61. Dans chacune de ces résolutions, la Commission se disait convaincue «que l'abolition de la peine de mort contribu[ait] au renforcement de la dignité humaine» et «à l'élargissement progressif des droits fondamentaux» (préambules). A partir de 2001, elle a fait référence à une résolution pertinente (de 2000) adoptée par ce qui était alors sa sous-commission au sujet de la promotion et de la protection des droits de l'homme (résolutions suivantes de la Commission: 2001/68, dispositif, par. 2; 2002/77, par. 2; 2003/67, par. 2; 2004/67, par. 2; et 2005/59, préambule).

62. A partir de 2003, la Commission des droits de l'homme a exprimé plus énergiquement ses préoccupations concernant la peine de mort, engageant tous les Etats qui ne l'avaient pas encore fait à «abolir définitivement la peine de mort et, en attendant, [à] instituer un moratoire sur les exécutions» (résolution 2003/67, par. 5, al. a); résolution 2004/67, par. 5, al. a); et résolution 2005/59, par. 5, al. a)). Il est intéressant de noter que, de 1999 à 2005, la Commission a, dans ses résolutions, établi à juste titre un lien entre les obligations correspondant à certains droits protégés par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont le droit à la vie (art. 6) et les garanties procédurales (art. 14), et celles correspondant aux droits prévus à l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires (résolution 1999/61, par. 3, al. d); résolution 2000/65, par. 3, al. d); résolution 2001/68, par. 4, al. d); résolution 2002/77, par. 4, al. e); résolution 2003/67, par. 4, al. f); résolution 2004/67, par. 4, al. h); et résolution 2005/59, par. 6, al. h)).

3. *Le Conseil des droits de l'homme*

63. Le Conseil des droits de l'homme, qui a succédé en 2006 à la Commission des droits de l'homme, a rappelé dans ses résolutions sur la question de la peine de mort toutes celles adoptées sur le sujet par sa devancière. Ce rappel figure notamment dans sa résolution 36/17 du 29 septembre 2017, dans laquelle il a aussi souligné le rôle des instruments et initiatives régionaux et sous-régionaux visant à l'abolition de la peine capitale, et appelé l'attention, entre autres, sur l'importance de l'accès des ressortissants étrangers à l'assistance consulaire prévu par la Convention de Vienne.

64. Dans le dispositif de la même résolution, le Conseil des droits de l'homme a souligné la nécessité d'abolir complètement la peine de mort,

have not yet done so to accede to, or ratify, the Second Optional Protocol to the CCPR (para. 2); it also called upon States to comply with their obligations under Article 36 of the VCCR (para. 7). The UN Council on Human Rights thus considered those international instruments in their interrelated way.

65. Its resolution has been followed by the very recent Report of the UN Secretary-General on the “Question of the Death Penalty”, submitted to the UN Council on Human Rights³⁵, at the request of this latter, to update previous reports on the matter. The Report, *inter alia*, records that, until then, 85 States have ratified the Second Optional Protocol to the CCPR³⁶; it concludes with recommendations “towards the universal abolition of the death penalty”³⁷.

66. This factual context, in my perception, cannot simply be overlooked in the handling by the ICJ of the present case of *Jadhav*. One cannot at all dissociate the violation of the individual human right under Article 36 (1) (b) of the VCCR rightly established by the ICJ in the present Judgment³⁸ from its effects on the human rights under Articles 6 and 14 (right to life and procedural guarantees) of the CCPR. It is, in my view, a duty to consider these effects, so as to render possible the proper and necessary consideration of *redress* (Part XI, *infra*).

IX. THE DEATH PENALTY AND THE LARGE EXTENT OF THE HARM DONE TO HUMAN RIGHTS

67. In the present case of *Jadhav*, however, the ICJ has pursued a very restrictive reasoning in light of its finding of jurisdiction (para. 38) under Article I of the Optional Protocol to the VCCR. The Court is used to being attentive in particular to the “will” of States. In my understanding, the fact that its jurisdiction is grounded thereon, does not mean that it can only consider the breaches of rights under Article 36 of the VCCR, in isolation. Not at all; in my understanding, should the Court have considered the interrelationship of the violation it established of Article 36 (1) (b) of the VCCR with human rights affected under the CCPR as well. They are all interrelated.

³⁵ Cf. UN doc. A/HRC/39/19, of 14 September 2018, pp. 1-17.

³⁶ *Ibid.*, pp. 5-6, para. 10.

³⁷ *Ibid.*, p. 16, para. 48.

³⁸ In the present Judgment, the ICJ establishes the breach by the respondent State of the individual’s right under Article 36 (1) (b) of the VCCR (para. 102), as well the breach of its obligations to the consular officers of the applicant State under Article 36 (1) (a) and (c) of the VCCR (para. 119).

et engagé tous les Etats qui ne l'ont pas encore fait à adhérer au deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou à le ratifier (par. 2); il a de plus demandé aux Etats de s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de l'article 36 de la convention de Vienne (par. 7). Ces prescriptions montrent que le Conseil considère que les deux instruments internationaux sont liés.

65. Après l'adoption de cette résolution, le Secrétaire général des Nations Unies a soumis tout récemment au Conseil des droits de l'homme, à sa demande, un rapport sur la «question de la peine de mort»³⁵, qui est une mise à jour des rapports précédents sur le même sujet. Ce rapport, où il est notamment rappelé que 85 Etats ont ratifié le deuxième protocole facultatif au Pacte³⁶, comprend dans sa conclusion des recommandations en vue de «l'abolition universelle de la peine de mort»³⁷.

66. Selon moi, la Cour ne pouvait pas se permettre, en la présente instance, de négliger ce contexte factuel. La violation des droits individuels prévus à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne qu'elle a constatée³⁸ ne saurait en effet être dissociée de ses répercussions sur l'exercice des droits de l'homme protégés par les articles 6 et 14 du Pacte (droit à la vie et garanties procédurales). Je considère que la Cour avait le devoir de prendre ces répercussions en considération pour être à même d'examiner avec la rigueur voulue la question des remèdes à prescrire (voir plus loin, section XI).

IX. LA PEINE DE MORT ET LA NÉCESSITÉ DE CONSIDÉRER DANS TOUTE LEUR ÉTENDUE LES ATTEINTES AUX DROITS DE L'HOMME QUI EN RÉSULTENT

67. En la présente affaire, la Cour, après avoir établi sa compétence sur le fondement de l'article premier du protocole de signature facultative (paragraphe 38 de l'arrêt), a circonscrit son raisonnement dans d'étroites limites, alors que, habituellement, elle prête particulièrement attention à la «volonté» des parties au différend dont elle est saisie. Selon moi, le fait qu'elle ait fondé sa compétence sur le protocole de signature facultative ne la contraignait nullement à examiner isolément les violations des droits prévus à l'article 36 de la convention de Vienne. Bien au contraire, elle aurait dû s'intéresser au lien entre la violation des droits énoncés à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 qu'elle avait établie et les atteintes concomitantes à des droits de l'homme protégés par le Pacte relatif aux droits civils et politiques. Il ne s'agit pas de deux catégories distinctes de droits.

³⁵ Voir Nations Unies, doc. A/HRC/39/19 (14 septembre 2018), p. 1-18.

³⁶ *Ibid.*, p. 6, par. 10.

³⁷ *Ibid.*, p. 16, par. 48.

³⁸ Dans le présent arrêt, la Cour (par. 102) constate que le défendeur a violé le droit individuel prévu à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, et (par. 119) conclut qu'il a manqué aux obligations qui lui incombent envers les fonctionnaires consulaires du demandeur en application des alinéas *a*) et *c*) du même paragraphe.

68. In its present Judgment in the case of *Jadhav*, the ICJ makes brief and rather restrictive references to related human rights under the CCPR (paras. 36, 125-126 and 135), observing that it is beyond its jurisdiction to consider them in the *cas d'espèce*, as its jurisdiction “is limited to the interpretation and application” of the VCCR. I do not at all share such a strict outlook. One cannot simply make abstraction of the effects of the breach of Article 36 (1) (b) of the VCCR on interrelated human rights of the victim under the CCPR, which are also part of customary human rights law. Such a restrictive view overlooks the interrelationship between law and justice.

69. Law and justice come indeed together, and one cannot simply close one's eyes to affected rights, which have in effect been addressed in the course of the present proceedings. After all, in the present case of *Jadhav*, both Contending Parties (India and Pakistan) are States parties to the CCPR³⁹, and some of the rights thereunder (e.g., Articles 14 and 6) have been affected. As their corresponding provisions are also part of general international law, the ICJ could and should have considered and examined them. This being so, one cannot make abstraction of the rights under the CCPR affected by the established violation in the *cas d'espèce* of Article 36 (1) (b) of the VCCR.

70. In this understanding, moreover, it should not pass unnoticed that, in their written and oral arguments presented to the ICJ in the present case of *Jadhav*, both Contending Parties have made references also to affected human rights under the CCPR. India has done so to a much greater extent, in its Memorial⁴⁰, its Reply⁴¹ and its oral arguments⁴²; and Pakistan has also referred to them in its Counter-Memorial⁴³, and its oral arguments⁴⁴. A consideration of those rights is essential for an assessment of the effects of the breach of the right under Article 36 (1) (b), as well as of the importance of providing redress (cf. Part XI, *infra*).

³⁹ India became party to the CCPR in 1979, and Pakistan in 2010, but neither of them are parties to the Second Optional Protocol to the CCPR.

⁴⁰ Memorial of India, pp. 4-5, paras. 18-25; p. 10, para. 39; p. 19, para. 78; p. 38, paras. 130-131; pp. 40-42, paras. 140-143; pp. 47-48, paras. 157-158; pp. 55-57, paras. 164-168; p. 59, para. 173; pp. 60-61, paras. 175-179; p. 79, para. 192; p. 83, para. 204; p. 86, paras. 211-212; p. 88, para. 214.

⁴¹ Reply of India, p. 16, para. 47 (c).

⁴² CR 2019/1, of 18 February 2019, p. 26, para. 83; pp. 35-38, paras. 127-139; pp. 41-46, paras. 150-163; p. 57, para. 195; p. 59, para. 204; and CR 2019/3, of 20 February 2019, p. 11, para. 21; pp. 34-35, para. 2 (a); and p. 35, para. 5 (iii).

⁴³ Counter-Memorial of Pakistan, pp. 27-28, para. 91; and pp. 111-112, para. 387.

⁴⁴ CR 2019/2, of 19 February 2019, p. 47, para. 100.

68. Dans son arrêt (par. 36, 125-126 et 135), la Cour n'a fait que brièvement mention des droits protégés par le Pacte, et a justifié sa réserve à cet égard en observant que sa compétence «se limit[ait] à l'interprétation ou à l'application de la convention de Vienne». Je ne partage absolument pas cette étroite façon de voir. On ne saurait en effet faire abstraction de l'incidence de la violation de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention sur les droits de l'homme connexes protégés par le Pacte, qui sont aussi reconnus en droit international coutumier. Une optique aussi restrictive ne tient pas compte de ce que le droit est censé servir la justice.

69. Droit et justice sont en effet indissociables, et on ne saurait passer sous silence des atteintes portées à des droits dont il a effectivement été question dans la présente procédure. Il ne faut pas oublier que les Parties au présent différend sont des Etats parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁹, et que certains des droits protégés par cet instrument (notamment à ses articles 6 et 14) ont été affectés. Etant donné que ces droits sont également reconnus en droit international général, la Cour aurait pu et aurait dû les prendre en considération et les examiner. Encore une fois, on ne saurait faire abstraction des atteintes aux droits protégés par le Pacte qui ont résulté de la violation, constatée par la Cour, de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne.

70. De surcroît, il ne faut pas non plus oublier que les Parties à la présente affaire ont également, dans leurs écritures et leurs plaidoiries, fait référence aux droits protégés par le Pacte auxquels il a été porté atteinte. L'Inde a abondamment traité de ces droits dans son mémoire⁴⁰, sa réplique⁴¹ et ses observations orales⁴²; le Pakistan a lui aussi fait référence à ces droits, tant dans son contre-mémoire⁴³ que dans ses plaidoiries⁴⁴. Il était donc essentiel que ces droits soient pris en considération pour apprécier les effets de la violation du droit énoncé à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention, et mesurer l'importance de la décision à prendre sur les remèdes (voir plus loin, section XI).

³⁹ L'Inde est devenue partie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques en 1979, et le Pakistan en 2010, mais ils ne sont pas parties au deuxième protocole facultatif à cet instrument.

⁴⁰ Mémoire de l'Inde, par. 18-25, 39, 78, 130-131, 140-143, 157-158, 164-168, 173, 175-179, 192, 204, 211-212 et 214.

⁴¹ Réplique de l'Inde, par. 47, al. *c*).

⁴² CR 2019/1, p. 26, par. 83; p. 35-38, par. 127-139; p. 41-46, par. 150-163; p. 57, par. 195; p. 59, par. 204; CR 2019/3, p. 11, par. 21, p. 34-35, par. 2, al. *a*) et p. 35, par. 5, al. *iii*).

⁴³ Contre-mémoire du Pakistan, par. 91 et 387.

⁴⁴ CR 2019/2, p. 47, par. 100.

X. LONG-STANDING HUMANIST THINKING:
CRUELTY OF THE DEATH PENALTY AS A BREACH
OF HUMAN RIGHTS

71. Underlying the *corpus juris gentium* condemning the wrongfulness in the death penalty as a breach of human rights (*supra*), there are the foundations of humanist thinking, which in my view cannot be overlooked: for a long time such precious thinking has been warning against the cruelty of the death penalty, and calling for its abolition all over the world. After all, an arbitrary deprivation of life can occur by means of “legal” actions and omissions of organs of the State on the basis of a law which by itself is the source of arbitrariness.

72. For a long time humanist thinking has emerged against State arbitrariness in this context⁴⁵. Thus, it may be recalled that, e.g., already in the eighteenth century, in his classic book *Dei Diritti e delle Pene* (1764), Cesare Beccaria warned:

“Which right can these [men] confer upon themselves to break into pieces their fellowmen? (. . .) Who has wished to leave to other men the discretion to make one die? (. . .) The death penalty is not useful for the example it gives to men of atrocity. (. . .) [A]ll the more dreadful as legal death is inflicted with a studious and planned formality. It seems absurd that the laws, that is, the expression of the public will, which detest and punish murder, commit it themselves, and, to separate the citizens from the intention to kill, order a public murder.”⁴⁶

⁴⁵ In a more distant past, e.g., the Renaissance humanist philosopher Thomas More (author of *Utopia*, 1516) was himself unjustly condemned to death; he was beheaded on 6 July 1535, facing it naturally, in the belief that one may lose one’s head without being spiritually harmed (for an account, cf., e.g., H. Corral Talciani, *El Proceso contra Tomás Moro*, Madrid, Ed. Rialp, 2015, pp. 107-111). His execution followed the ancient historical example of the influential philosopher Socrates, who was likewise unjustly condemned to death; Socrates preferred to die with injustice (drinking the poison) in 399 BC, than to commit injustice. Sensitive to this sad occurrence of his mentor and friend, Plato wrote, some years later, his *Apology of Socrates* (circa 390-385 BC), wherein the philosopher himself rebutted the arguments of his accusers and boldly assumed the unjust sentence. In this classical defence of Socrates, Plato referred to the victim’s last address to the court that wrongly condemned him to death, in which Socrates pondered, *inter alia*, that

“[n]o one (. . .) should try to escape death by any means he can devise. (. . .)

[T]he difficult thing is not to avoid death, more difficult is avoiding viciousness, because viciousness is a faster runner than death” (lines 39a-39b).

⁴⁶ C. Beccaria, *De los Delitos y de las Penas* (1764), Madrid, Alianza Ed., 2000 (reed.), Chap. 28, pp. 81 and 86-87. In his comment, of 1766, on the aforementioned work of C. Beccaria, Voltaire underlined the deep pain — “much more terrible than that of death” — of the uncertainty and waiting, and pondered that “the refined punishments which human knowledge has invented in order to make death horrible, seem to have been

X. LA CRUAUTÉ DE LA PEINE DE MORT EN TANT QUE VIOLATION
DES DROITS DE L'HOMME, DÉNONCÉE DE LONGUE DATE
PAR LES PENSEURS HUMANISTES

71. La formation du *corpus juris gentium* sur l'illicéité de la peine de mort en tant qu'elle viole des droits de l'homme (voir plus haut) est le fruit d'un courant de pensée humaniste dont j'estime qu'il importe de reconnaître la sagesse; depuis longtemps, des penseurs dénoncent la cruauté de la peine de mort et militent pour son abolition universelle. Il ne faut pas perdre de vue que la privation arbitraire de la vie peut résulter d'actes ou omissions des organes de l'Etat prétendument «licites» parce que conformes à des lois qui ne sont en fait que des instruments de l'arbitraire.

72. L'arbitraire de l'Etat dans l'application de la peine de mort est depuis longtemps dénoncé par les penseurs⁴⁵. Au XVIII^e siècle déjà, Cesare Beccaria, dans son célèbre ouvrage intitulé *Dei Diritti e delle Pene* (1764), écrivait ce qui suit :

«Quel peut être ce droit que les hommes s'attribuent d'égorger leurs semblables?... Mais quel est celui qui aura voulu céder à autrui le droit de lui ôter la vie?... La peine de mort invite encore la société par les exemples de cruauté qu'elle donne aux hommes... [Les lois] ne devraient pas, au moins, multiplier cette barbarie d'une manière d'autant plus cruelle qu'elles donnent la mort avec des recherches d'appareil et de formalités. Quelle absurdité! Faites pour n'être que l'expression de la volonté publique et pour détester et punir l'homicide, les lois en commettent elles-mêmes. Elles voudraient éloigner du meurtre et elles commandent un assassinat public.»⁴⁶

⁴⁵ Thomas Moore, humaniste de la Renaissance (auteur d'*Utopia* (1516)) a lui-même été injustement condamné à mort; il a été décapité le 6 juillet 1535; comme il était dans son caractère, il a affronté la mort dans la conviction que son esprit survivrait (voir par exemple H. Corral Talciani, pour une relation de l'exécution de Moore, voir notamment *El Proceso contra Tomás Moro*, Madrid, Ed. Rialp, 2015, p. 107-111). Son exécution rappelle le précédent historique de la mort de Socrate, injustement condamné comme lui; en 399 av. J.-C., Socrate préféra mourir victime d'une injustice (en buvant la ciguë) plutôt que commettre lui-même une injustice. Sensible au triste sort de son mentor et ami, Platon écrivit quelques années plus tard son *Apologie de Socrate* (circa 390-385 av. J.-C.), où il reconstituait le raisonnement suivi par le défunt philosophe pour réfuter les arguments de ses accusateurs et accepter stoïquement la sentence inique prononcée contre lui. Dans sa défense de Socrate, Platon évoquait le dernier appel adressé par le philosophe à la cour qui le condamnait injustement, où il disait notamment :

«nul ... ne devrait tenter d'échapper à la mort par tous les moyens qu'il peut concevoir...
[c]e qui est difficile n'est pas tant d'échapper à la mort que d'échapper à la méchanceté, car la méchanceté court plus vite que la mort».

⁴⁶ C. Beccaria, *De los Delitos y de las Penas* (1764), Madrid, Alianza Ed., 2000 (rééd.), chap. 28, p. 81 et 86-87. Commentant cet ouvrage en 1766, Voltaire soulignait qu'une peine longue et ignominieuse était «plus terrible que la mort», et observait que «[I]es supplices recherchés, dans lesquels on voit que l'esprit humain s'est épuisé à rendre la mort affreuse, semblent plutôt inventés par la tyrannie que par la justice» (*ibid.*, p. 129 et 149.). Dans un

73. In sequence, in the first half of the nineteenth century, Victor Hugo, through his book *Le dernier jour d'un condamné* [*The Last Day of a Condemned Man*] (1829), referred himself to, and heavily condemned, judicial executions as “public crimes”, which badly affected all members of the “social community”⁴⁷. In upholding his view, Hugo was motivated by his own life experience when he was younger. Three years after the original appearance of his book in 1829, he included a preface in its reedition of 1832 (reproduced from then onwards), making therein quite clear that his book was meant to be a manifesto for the abolition of the death penalty⁴⁸. In his own words, he added:

“When one of those public crimes, called *legal executions*, was committed, his conscience told him that he was not conjointly liable; and he no longer felt that drop of blood on his forehead which spurted from La Grève upon the head of every member of the social community.

But this was not enough. To wash one’s hands is good, but to stop the flow of the blood is better.

He knows no higher, no holier, no nobler aim than this,—to strive for the abolishment of capital punishment . . . , and enlarge as much as possible the gash made by Beccaria, sixty years ago, on the old gallows which has stood for so many centuries over Christendom . . . capital punishment is one of the instruments which [a revolution] is most loath to give up.⁴⁹

74. In his own view, the death penalty was a “barbarous punishment”, challenging the “inviolability of human life”; it amounts to “most irreparable of irreparable punishments”, as, in executing a person, Hugo added, “you behead his whole family. And here, again, you kill innocent beings”⁵⁰. Present and future societies, in his perception, call for the end of the death penalty given its cruelty. This critical humanist position was pursued by other influential thinkers.

75. Thus, later on, in the second half of the nineteenth century, another universal writer, Fyodor Dostoevsky, in his *Memoirs from the House of*

invented by tyranny rather than by justice”; *cit. in ibid.*, pp. 129 and 149. In another essay, *The Price of Justice* (1777), Voltaire again referred to the “deep pain” which prison is, and added that one should not punish murder with another murder, as “death repairs nothing”; Voltaire, *O Preço da Justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2001, pp. 17-19 and 101; to him, the *raison d’Etat* was nothing but an “expression invented to serve as an excuse to the tyrants”; *ibid.*, p. 80.

⁴⁷ Cf. Victor Hugo, *The Last Day of a Condemned Man* (1829), Dover Publications; Victor Hugo, *Romans*, Vol. I, Paris, Eds. Seuil, 1963 (reed.), pp. 218, 220 and 234.

⁴⁸ Cf. *ibid.*, p. 205.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 206.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 205-208 and 211-213. Also cf. Victor Hugo, *The Last Day of a Condemned Man* (1829), Dover Publications, Preface, pp. xvi and xxx. Hugo’s abolitionist position and plea, to put an end to the death penalty, are recalled even nowadays: cf., e.g., R. Badinter, *Contre la peine de mort*, Paris, Fayard, 2006, pp. 272 and 294 (“le vœu de Victor Hugo”). Hugo’s book has been reedited ever since; cf., recently, e.g., V. Hugo, *Le dernier jour d'un condamné* [*The Last Day of a Condemned Man*], Paris, Gallimard, 2017 (reed.), pp. 15-175.

73. Plus tard, Victor Hugo, dans *Le dernier jour d'un condamné* (1829), dénonçait sévèrement les exécutions judiciaires, qu'il qualifiait de « crimes publics » dans lesquels était impliqué « le corps social » tout entier⁴⁷. Son opinion sur la question lui était en partie inspirée par son expérience de jeunesse. La deuxième édition de cet ouvrage (1832) et les éditions suivantes comprennent une préface dans laquelle il indique clairement qu'il a conçu son livre comme un manifeste pour l'abolition de la peine de mort⁴⁸. En voici un passage :

« Quand l'un de ces crimes publics, qu'on nomme *exécutions judiciaires*, a été commis, sa conscience lui a dit qu'il n'en était plus solidaire; et il n'a plus senti à son front cette goutte de sang qui rejaillit de la Grève sur la tête de tous les membres de la communauté sociale.

Toutefois, cela ne suffit pas. Se laver les mains est bien, empêcher le sang de couler serait mieux.

Aussi ne connaîtrait-il pas de but plus élevé, plus saint, plus auguste que celui-là : concourir à l'abolition de la peine de mort ..., élargir de son mieux l'entaille que Beccaria a faite, il y a soixante-six ans, au vieux gibet dressé depuis tant de siècles sur la chrétienté... [L]a peine de mort est l'une des serpes dont [les révolutions] se des-saisissent le plus malaisément. »⁴⁹

74. Pour lui, la peine de mort était une « pénalité barbare » infligée au mépris de « l'inviolabilité de la vie humaine », « la plus irréparable des peines irréparables » car, ajoutait-il, « en ... tuant [le condamné], vous décapitez toute sa famille. Et ici encore, vous frappez des innocents »⁵⁰. Pour Hugo, la cruauté de la peine de mort imposait aux sociétés le devoir de l'abolir à jamais. Cet humaniste critique a inspiré d'autres penseurs influents.

75. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, un autre très grand écrivain, Fyodor Dostoïevski, dans ses *Souvenirs de la maison des morts*

autre essai (*Du prix de la justice et de l'humanité*), Voltaire évoquait à nouveau la profonde souffrance du criminel emprisonné, et observait qu'on ne saurait punir le meurtre par le meurtre, car « la mort ne répare rien » (Voltaire, *O Preço da Justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 17-19 et 101). Pour Voltaire, la « raison d'Etat « n'était » qu'un mot inventé pour servir d'excuses aux tyrans » (*ibid.*).

⁴⁷ Victor Hugo, *Le dernier jour d'un condamné* (1829), Publications Dover; Victor Hugo, *Romans*, vol. I, Paris, Ed. du Seuil, 1963 (rééd.), p. 218, 220 et 234.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 205.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 206.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 205-208 et 211-213. Aujourd'hui encore, des auteurs évoquent l'abolitionnisme de Victor Hugo et son appel pour l'abandon de la peine de mort : voir notamment R. Badinter, *Contre la peine de mort*, Paris, Fayard, 2006, p. 272 et 294 (« le vœu de Victor Hugo »). Le livre d'Hugo n'a pas cessé d'être réédité; à Paris, il l'a été tout récemment (2017) aux éditions Gallimard.

the Dead (1862), expressed himself eloquently against the “unlimited power” of certain individuals over others, generator of the brutality and perversion which contaminated society as a whole; to him, this is the case of the corporal punishments, applied amidst the indifference of the society “already contaminated” and in a state of decomposition⁵¹.

76. Dostoevsky dwelt further upon the matter, in one of his subsequent books, *The Idiot* (1869). He pondered therein, that the death penalty, — was an “outrage on the soul”, — that the worst pain is not in the “bodily suffering”, but rather in waiting for the execution, the moment when “the soul will leave the body” and one will cease to be a human being; and he added:

“To kill for murder is punishment incomparably worse than the crime itself. Murder by legal sentence is immeasurably more terrible than murder by brigands. (. . .) There is the sentence, and the whole awful torture lies in the fact that there is certainly no escape, and there is no torture in the world more terrible.”⁵²

77. At that time, the jurist Rudolph von Ihering, in his classic monograph *The Struggle for Law* (1872), in referring to capital punishment, observed that “the judicial murder, as our German language perfectly calls it, is the true mortal sin of the law”⁵³. In his perception, a legal regime which orders to kill, resorting to the same methods of total elimination that it condemns in the acts of the murderers, is deprived of credibility. One should not lose sight of the fact that, underlying legal norms, there is a whole system of values⁵⁴.

78. In the mid-twentieth century, Albert Camus warned, in his penetrating *Reflections on the Guillotine* (1957), that “the *Talión* is of the order of nature and instinct”, and not of law, which, “by definition, cannot obey the same rules than nature. If murder is in the nature of man, the law is not made to imitate or reproduce this nature”, but to correct it. Even if one admits the arithmetic compensation of one death (that of the victim) by another (that of the criminal), the execution of capital punishment is not simply the death, as it adds to this latter a regulation, an organization, a “public premeditation”, which are “a source of moral sufferings more terrible than death”, there being, thus, no equivalence⁵⁵.

⁵¹ In his same book *Memoirs from the House of the Dead* (1862), he warned that the degree of civilization achieved by any society could be evaluated by entering into its prisons; F. Dostoevsky, *Memoirs from the House of the Dead*, Oxford University Press, 1983 (reprint).

⁵² F. Dostoevsky, *The Idiot* (1869), Ware/Hertfordshire, Wordsworth Ed., 2010 (reprint), pp. 19-20.

⁵³ R. von Ihering, *La Lucha por el Derecho* (1872), Madrid, Ed. Civitas, 1989 (reprint), p. 110.

⁵⁴ The punishments also reflect the scale of values prevailing in a given social milieu; cf. R. von Ihering, *El Fin en el Derecho* (1877), Buenos Aires, Omeba Ed., 1960, p. 236.

⁵⁵ A. Camus, “Réflexions sur la guillotine”, in A. Camus and A. Koestler, *Réflexions sur la peine capitale*, Paris, Calmann-Lévy, 1979 (reprint 1997), pp. 140-141.

(1862), a dénoncé éloquemment le « pouvoir illimité » que certains individus exerçaient sur les autres avec une brutalité perverse qui contaminait la société tout entière ; selon lui, l'indifférence de la société aux châtements corporels montrait qu'elle était « déjà contaminée » par l'exercice d'un tel pouvoir, et vouée à la décomposition⁵¹.

76. Dostoïevski est revenu sur la question dans *L'idiot* (1869). Il a écrit dans cet ouvrage que la peine de mort était « un outrage fait à l'âme », et que la pire des souffrances qu'elle infligeait n'était pas « la douleur corporelle », mais l'angoisse de l'attente de l'exécution, du moment où l'âme quittera le corps et où le condamné cessera d'être un être humain ; il a ajouté ce qui suit :

« Tuer un meurtrier est un châtement incomparablement pire que le crime lui-même. Le meurtre perpétré en vertu d'une sentence légalement prononcée est incommensurablement plus terrible que le meurtre commis par un brigand... La sentence est suivie d'une torture d'une cruauté sans pareille, dont toute l'horreur tient à la certitude de l'inévitable. »⁵²

77. A la même époque, le juriste Rudolf von Ihering, dans sa monographie intitulée *La lutte pour le droit* (1872), qui est devenue un classique, a écrit au sujet de la peine de mort que le « meurtre légal », comme elle est fort justement appelée en allemand, est l'« effet mortel du droit »⁵³. Pour lui, le fait qu'un régime juridique permette d'ordonner la mort, c'est-à-dire l'annihilation totale qu'il condamne dans l'acte du meurtrier, dépasse l'entendement. Il rappelle que les normes juridiques reposent sur tout un système de valeurs⁵⁴.

78. Au milieu du XX^e siècle, Albert Camus, dans un essai pénétrant intitulé *Réflexions sur la guillotine* (1957), a écrit que « le talion est de l'ordre de la nature et de l'instinct », il n'est pas de l'ordre de la loi. La loi, « par définition, ne peut obéir aux mêmes règles que la nature. Si le meurtre est dans la nature, la loi n'est pas faite pour imiter ou reproduire cette nature », elle est faite pour la corriger. Même si l'on admet le principe arithmétique consistant à compenser le meurtre de la victime par la mort du meurtrier, l'exécution capitale n'est pas simplement la mort, puisqu'elle lui ajoute un règlement, une organisation, une « préméditation publique », qui sont « une source de souffrances morales plus terribles que la mort. Il n'y a donc pas équivalence. »⁵⁵

⁵¹ Dans le même ouvrage, Dostoïevski a écrit que le degré de civilisation d'une société pouvait être mesuré en visitant ses prisons (F. Dostoïevski, *Souvenirs de la maison des morts*, Paris, Gallimard, 1997 (réimpr.), p. 35-416.

⁵² F. Dostoïevski, *L'idiot* (1869).

⁵³ R. von Ihering, *La Lucha por el Derecho* (1872), Madrid, Ed. Civitas, 1989 (réimpr.), p. 110.

⁵⁴ Les châtements reflètent aussi l'échelle de valeurs d'une société ; voir R. von Ihering, *El Fin en el Derecho* (1877), Buenos Aires, Omeba Ed., 1960, p. 236.

⁵⁵ A. Camus, « Réflexions sur la guillotine », dans A. Camus et A. Koestler, *Réflexions sur la peine capitale*, Paris, Calmann-Lévy, 1979 (réimpr. 1997), p. 140-141.

79. Knowing with much anticipation that he is going to be executed (everything takes place “outside of him”), the condemned person, impotent in face of the public coalition that wants his death, is “maintained in absolute necessity, that of the inert matter, but with a conscience that is his main enemy”. The condemned person is, in this way, Camus added, destroyed by the waiting for the execution of the capital punishment well before dying: “two deaths are inflicted upon him”, the first one being “worse than the other. (. . .) Compared to this deep suffering, the penalty of *Talión* appears still as a law of civilization”⁵⁶. Yet, Camus concluded, given the evil in the world, the right of living is necessary for “moral life”, the deprivation of which should be outlawed⁵⁷.

80. Still in the mid-twentieth century, the jurist Gustav Radbruch, in his last years of teaching in Heidelberg, formulated an eloquent defence of jusnaturalism, with incursions into both international law and penal law⁵⁸. It ought to be asked, Radbruch pondered,

“what does the penalty mean for those in charge of imposing it and executing it, for the whole society, since this latter could also end up debilitated in its values by means of the imposition of inhuman penalties. (. . .) The death penalty, just like all corporal punishments, (. . .) is reproachable from the human point of view, as it downgrades man to the category of a purely corporal being.

.

⁵⁶ Cf. *op. cit. supra* note 55, pp. 143 and 146.

⁵⁷ In his own words, marked in my view by wisdom, he rightly pondered:

“There are no just people — merely hearts more or less lacking in justice. Living at least allows us to discover this and to add to the sum of our actions a little of the good that will make up in part for the evil we have added to the world. Such a right to live, which allows a chance to make amends, is the natural right of every man, even the worst man . . . Without that right, moral life is utterly impossible . . . There will be no lasting peace either in the heart of individuals or in social customs until death is outlawed.” (*Ibid.*, pp. 159-160, 164, 166 and 170.)

⁵⁸ Cf. also, on the matter, e.g., Association Internationale Vitoria-Suárez, *Vitoria et Suárez — Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, pp. 3-170; L. Le Fur, “La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne”, 18 *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye* (1927), pp. 297-399; A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 540-550 and 1048-1109. On the services rendered by jusnaturalism, G. Radbruch wrote that it “opened the eyes to humanity about its own chains, teaching it thus to shake them. It fought servitude, in the name of the inalienable human right to freedom (. . .); it undermined the absolutism of governments (. . .). It safeguarded the personality against the arbitrariness of police abuses and it proclaimed the idea of the rule of law (*Estado de Derecho*); it fundamentally corrected penal law, in fighting justice based upon arbitrariness and establishing certain types of delict; it eliminated, as incompatible with human dignity, the corporal punishments of mutilation, it put an end to torment in penal procedure and persecuted those who persecuted witches.” (G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3rd ed., Mexico/ Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 112-113.)

79. Sachant longtemps à l'avance qu'il sera exécuté (tout se passe «en dehors de lui»), le condamné, impuissant devant la coalition publique qui veut sa mort, «est maintenu dans l'état d'absolue nécessité de la matière inerte, mais avec une conscience qui est sa principale ennemie». Il est ainsi, ajoute Camus, détruit par l'attente de la peine capitale bien avant de mourir: «[o]n lui inflige deux morts», dont la première est «pire que l'autre. Comparée à ce supplice, la peine du talion apparaît encore comme une loi de civilisation.»⁵⁶ Camus conclut que, compte tenu de l'omniprésence du mal dans le monde, le respect du droit de vivre, sans lequel il n'est pas de «vie morale», requiert que la peine de mort soit «mise hors la loi»⁵⁷.

80. A la même époque, le juriste Gustav Radbruch, alors qu'il enseignait encore à Heidelberg, a écrit un éloquent plaidoyer pour la défense du jusnaturalisme en droit international et en droit pénal⁵⁸. Selon lui, il faut se demander

«ce que signifie la peine pour ceux qui la prononcent et l'exécutent, et pour la société tout entière, parce que celle-ci pourrait en arriver à miner ses propres valeurs si elle inflige des châtiments inhumains... La peine capitale, comme tous les châtiments corporels ... est répréhensible du point de vue humain parce qu'elle ramène l'être humain à des comportements purement physiques.

.....

⁵⁶ Voir *op. cit. supra* note 55, p. 143 et 146.

⁵⁷ Voici une citation de Camus dont j'admire la profonde sagesse :

«Il n'y a pas de justes, mais seulement des cœurs plus ou moins pauvres en justice. Vivre, du moins, nous permet de le savoir et d'ajouter à la somme de nos actions un peu du bien qui compensera, en partie, le mal que nous avons jeté dans le monde. Ce droit de vivre qui coïncide avec la chance de réparation est le droit naturel de tout homme, même le pire... Sans ce droit, la vie morale est strictement impossible... Ni dans le cœur des individus ni dans les mœurs des sociétés, il n'y aura de paix durable tant que la mort ne sera pas mise hors la loi.» (*Ibid.*, p. 159-160, 164, 166 et 170.)

⁵⁸ Voir également sur le même sujet : Association Internationale Vitoria-Suárez, *Vitoria et Suárez — Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, p. 3-170; L. Le Fur, «La théorie du droit naturel depuis le XVII^e siècle et la doctrine moderne», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (1927), vol. 18, p. 297-399; A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, p. 540-550 et 1048-1109. Pour Radbruch, le jusnaturalisme a entre autres mérites celui de faire prendre conscience à l'humanité des chaînes qui l'entravent et de lui montrer comment s'en délivrer. Les tenants du jusnaturalisme ont combattu la servitude en invoquant le droit inaliénable de la personne humaine à la liberté... ; ils ont entamé l'absolutisme des gouvernements... Le jusnaturalisme a protégé l'individu des abus d'une police arbitraire et défendu l'idée que doit régner l'état de droit (*Estado de Derecho*) ; il a réorienté fondamentalement le droit pénal en dénonçant la justice fondée sur l'arbitraire et en établissant certains types de délits ; il a éliminé la mutilation, châtiment corporel incompatible avec la dignité humaine, il a exclu de la procédure pénale l'emploi de moyens coercitifs et s'en est pris à ceux qui persécutaient les personnes accusées de sorcellerie (G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3^e éd., Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 112-113).

The changes which become landmarks in the history of law are determined, more than by any other factor of juridical thinking, by the transformations that the image of man experiences, such as the legislator conceives it. (. . .) Every legal order has to start necessarily from a general image, of an average type of man. (. . .) The respect for subjective rights is almost as important for the legal order as the compliance with the legal duties.”⁵⁹

81. Shortly afterwards, in the 1960s, L. Recaséns Siches confessed his anguish in face of retribution as justification of the penalty (*lex talionis*), warning that one is to be watchful as to the failings of human justice and the irreparable character of judicial error⁶⁰. In his major work, Recaséns Siches went further, discarding the “objective idea” of retribution⁶¹, in support of the necessary individualization of the penalty as an inherent faculty of the exercise of the judicial function.

82. Also in the 1960s, Marc Ancel identified the tendency, already then discernible, of the gradual general abandonment of the so-called “mandatory character” of the death penalty⁶² (clearly in Western Europe and Latin America), and which persisted then only in a very small number of countries. Ancel observed that the anguish generated by the retributive punishment of the death penalty derived from the ancient *lex talionis*, was being contained, due to its gradual disappearance, under the new influence of the “philosophy of human rights” and “humanist aspirations”⁶³.

83. As it can be seen, lucid jurists, philosophers and writers, in condemning the wrongfulness of the death penalty, have converged in making it clear that law and justice come together, they cannot be separated one from the other. It is necessary to keep this point always in mind, including in our World Court, which is the International Court of *Justice*. Yet, there have been occasions when, at domestic law level, certain tribunals (such as military courts) only focus on methods to render their decisions effective, making abstraction of values.

⁵⁹ Cf. *op. cit. supra* note 58, p. 156. To the author, the death penalty was, in historical perspective, the “final point” of a series of punishments, above all corporal (including the penalty of mutilation), — and is nowadays a remnant of those punishments, — which “is separated from the other types of penalty by an insurmountable abyss”; G. Radbruch, *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, pp. 111-112.

⁶⁰ L. Recaséns Siches, “La Pena de Muerte, Grave Problema con Múltiples Facetas”, *A Pena de Morte* (International Colloquy of Coimbra of 1967), Vol. II, Coimbra, University of Coimbra, 1967, pp. 12, 14-17 and 19-20.

⁶¹ L. Recaséns Siches, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, Vol. II (1st ed.), Mexico, Edit. Porrúa, 1963, p. 796.

⁶² M. Ancel, *Capital Punishment* (1962), N.Y., United Nations Department of Economic and Social Affairs, 1968 (reed.), p. 13.

⁶³ M. Ancel, “Capital Punishment in the Second Half of the Twentieth Century”, *2 Review of the International Commission of Jurists* (1969), pp. 33 and 39-41, and cf. pp. 37-38.

Les changements qui font date dans l'histoire du droit résultent, plus que de tout autre facteur de l'évolution de la pensée juridique, de la transformation de l'idée que les législateurs se font des ressorts de l'existence humaine... Tout ordre juridique se forme nécessairement à partir d'une image plus ou moins précise du comportement d'un homme «moyen»... Le respect des droits subjectifs tient dans l'ordre juridique une place presque aussi importante que l'exécution des obligations prévues par la loi.»⁵⁹

81. Un peu plus tard, dans les années 1960, L. Recaséns Siches avouait éprouver un profond malaise devant les peines inspirées par l'esprit de vengeance (autrement dit par la loi du talion), et observait qu'il fallait être attentif aux failles de la justice humaine et au risque d'erreurs judiciaires irréparables⁶⁰. Dans son principal ouvrage, L. Recaséns Siches allait jusqu'à rejeter «la notion objective» de vengeance⁶¹ au profit de l'indispensable individualisation des peines, qui faisait selon lui partie intégrante de l'exercice de la fonction judiciaire.

82. Dans les années 1960 également, Marc Ancel relevait la tendance, déjà sensible à l'époque, à l'abandon progressivement généralisé des règles rendant «obligatoire» la punition de certains délits par la peine de mort⁶² (cette tendance se manifestait très clairement en Europe de l'Ouest et en Amérique latine, où de telles règles n'existaient plus que dans quelques pays). Ancel observait que le malaise suscité par l'esprit de vengeance dont procède la peine de mort se faisait plus discret sous l'influence de la «philosophie des droits de l'homme» et des «aspirations humanistes»⁶³.

83. Comme on peut le voir, la condamnation de la peine capitale par des juristes, des philosophes et d'autres écrivains éclairés, qui ont montré qu'elle n'était fondée sur aucun droit, fait clairement ressortir l'indissociabilité du droit et de la justice. Ce lien ne doit jamais être oublié, et cela vaut pour le tribunal mondial qu'est la présente Cour de *Justice*. Il arrive néanmoins que certains tribunaux internes (tels que les tribunaux militaires) privilégient les méthodes qui garantissent l'effet de leurs décisions en faisant abstraction des valeurs morales.

⁵⁹ Voir *op. cit. supra* note 58, p. 156. Pour cet auteur, la peine capitale, considérée dans une perspective historique, est le «point final» d'une série de châtiments avant tout corporels (y compris la mutilation), et elle est aujourd'hui une survivance de ces châtiments, «séparée des autres types de peines par un gouffre infranchissable» (voir G. Radbruch, *Introdução à Ciência do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 111-112).

⁶⁰ L. Recaséns Siches, «La Pena de Muerte, Grave Problema con Múltiples Facetas», *A Pena de Morte* (International Colloquy of Coimbra of 1967), vol. II, Coimbra, University of Coimbra, 1967, p. 12, 14-17 et 19-20.

⁶¹ L. Recaséns Siches, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*, vol. II (1^{re} éd.), Mexico, Ed. Porrúa, 1963, p. 796.

⁶² M. Ancel, *Capital Punishment* (1962), New York, United Nations/Department of Economic and Social Affairs, 1968 (rééd.), p. 13.

⁶³ M. Ancel, «Capital Punishment in the Second Half of the Twentieth Century», *Review of the International Commission of Jurists* (1969), vol. 2, p. 33 et 39-41, et voir p. 37-38.

84. The fact that such methods, when utilized by the public power, seem confirmed by positive law, in my view in no way justifies them. In my perception, legal positivism has always been a subservient servant of established power (irrespective of the orientation of this latter), paving the way for decisions that do not realize justice. This is a distortion that no true jurist can ignore. Law cannot prescind from justice. Law and justice come ineluctably together.

XI. THE IMPORTANCE OF PROVIDING REDRESS

85. In order to keep law and justice together, one cannot accept being restrained by legal positivism: one is to transcend its regrettable limitations. In the present separate opinion, I find it necessary to address likewise, at this stage, the issue of redress for the unlawful act established by the ICJ in the present case of *Jadhav*, ensuing from the breach of Article 36 (1) (b) of the VCCR. The necessary redress is meant to wipe out all consequences of the unlawful act, i.e., in the *cas d'espèce*, the condemnation of Mr. K. S. Jadhav to death by a military court.

86. Redress, in my own understanding, goes well beyond the simple “review and reconsideration”, as ordered by the ICJ, of the death sentence of the military court following a breach of consular law. The State’s duty of redress encompasses putting an end to the unlawful act as well as preventing any continuing effects ensuing therefrom. It is, in sum, a duty of *restoration* of the situation existing before the occurrence of the unlawful act.

87. In my perception, “review and reconsideration”, repeated by the ICJ in the present case of *Jadhav*, in the line of its previous decisions in the cases of *LaGrand* (2001) and of *Avena* (2004), are manifestly insufficient and inadequate, leaving the whole matter in the hands of the respondent States at issue. As I have pointed out from the start of the present separate opinion, resolutive points Nos. (7) and (8) of the *dispositif* of the present ICJ Judgment are insufficient.

88. As the Court, once again in its case law, has ordered “review and reconsideration”, it should moreover have taken care of overcoming their limitation in the present case of *Jadhav*, so as to make clear that a reiteration of the death penalty is discarded. In my understanding, Pakistan’s effective “review and reconsideration” of the death sentence at issue against Mr. K. S. Jadhav cannot constitute again a death sentence. There are three compelling reasons for this.

89. *First*, as already clarified, there is evidence that there is an evolving customary international law of prohibition of the death penalty, as sustained by an *opinio juris communis* (cf. *supra*). There are nowadays, as already observed, international treaties on the abolition of the death penalty (para. 48, *supra*). There remain some States, however, that in practice seem to overlook this relevant development, in keeping on applying the death penalty; yet, they cannot at all pretend to exclude themselves from

84. Selon moi, le fait que l'emploi par les pouvoirs publics de telles méthodes ait la caution du droit positif ne saurait en aucun cas le justifier. Je considère que le positivisme juridique a toujours été le serviteur docile du pouvoir en place (quelle que soit son orientation), ouvrant ainsi la voie à des décisions qui ne servent pas la justice. Il y a là une distorsion dont tout vrai juriste se doit d'être conscient. Je le répète, le droit ne saurait aller sans la justice, dont il est nécessairement inséparable.

XI. L'IMPORTANCE DES REMÈDES

85. Pour éviter toute divergence entre le droit et la justice, il faut se libérer des astreintes du positivisme juridique, transcender les limites qu'il impose abusivement. A ce stade de mon exposé, il m'apparaît nécessaire d'aborder également la question de la réparation du fait illicite constaté en l'espèce par la Cour, à savoir la violation de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. Cette réparation est censée effacer entièrement ce qui a résulté du fait illicite, en l'occurrence la condamnation de M. Jadhav à la peine capitale par un tribunal militaire.

86. La réparation telle que je la conçois devait aller bien au-delà de ce qu'a ordonné la Cour, à savoir «le réexamen et la revision» de la condamnation à mort prononcée par un tribunal militaire à la suite d'une violation du droit consulaire. L'obligation de réparation à laquelle est tenu un Etat emporte celle d'effacer le fait illicite et celle d'empêcher tout effet qu'il pourrait continuer de produire. Bref, l'Etat en cause est tenu de *rétablir* l'état de choses antérieur au fait illicite.

87. A mon sens, le «réexamen» et la «revision» maintes fois évoqués par la Cour en la présente instance, qui s'inscrivent dans la même optique que les remèdes ordonnés par elle dans les affaires *LaGrand* (2001) et *Avena* (2004), constituent une réparation manifestement insuffisante et inadéquate, dès lors que sa mise en œuvre dépend entièrement de l'Etat défendeur. Comme je l'ai souligné au début du présent exposé, les points 7) et 8) du dispositif de l'arrêt ne vont pas assez loin.

88. Au lieu de suivre fidèlement sa jurisprudence, la Cour aurait dû s'attacher à en dépasser les limites en disant expressément qu'une nouvelle condamnation à la peine capitale est exclue en l'espèce. J'estime que le «réexamen et la revision» effectifs auxquels le Pakistan doit procéder ne sauraient se solder par une nouvelle sentence de mort. J'y vois trois raisons impérieuses.

89. *Premièrement*, comme je l'ai déjà expliqué, on observe des signes probants de l'évolution du droit international coutumier dans le sens de l'abolition de la peine de mort, que reflète maintenant une *opinio juris communis* (voir plus haut). Comme je l'ai déjà relevé, il existe aujourd'hui des traités internationaux sur l'abolition de la peine capitale (voir ci-dessus, par. 48). Néanmoins, quelques Etats continuent de suivre une pratique qui semble ne pas tenir compte de cette évolution et comprend

the evolving customary international law in prohibition of the death penalty. This would amount to a breach of it, in the present case interrelated with the breach of Article 36 (1) (b) of the VCCR.

90. *Secondly*, the ICJ, as “the principal judicial organ of the United Nations” (Article 92 of its Charter), is bound to uphold the progressive development of international law in prohibition of the death penalty. The United Nations itself has endorsed such development (cf. *supra*). Among the aforementioned international instruments, may I here single out that the Second Optional Protocol to the UN Covenant on Civil and Political Rights⁶⁴, provides for the abolition of the death penalty, recognizing that such abolition contributes to the protection of the right to life. The ICJ, as the principal judicial organ of the United Nations, is to render justice in line with the progressive development of international law as applicable in the *cas d’espèce*, determining the abolition of the death penalty.

91. *Thirdly*, one must also turn attention to the basic principle of good faith (*bona fides*). In effect, in the present case no records have been provided to the ICJ as to Mr. K. S. Jadhav’s trial by a military court; there is lack of evidence of due process of law and observance of his fundamental human right to life. Lack of due process and a fair trial ensue from the respondent State’s breach of its obligation to provide information on consular assistance (Article 36 (1) (b) of the VCCR), established by the ICJ (Judgment, paras. 140-141 and 143). The prosecution, conviction and sentencing of Mr. K. S. Jadhav in such circumstances disclose a lack of *bona fides*.

92. In the present Judgment in the case of *Jadhav*, the ICJ stated that “it is not clear whether judicial review of a decision of a military court is available on the ground that there has been a violation of the rights set forth” in Article 36 (1) of the VCCR (para. 141). It further asserted that there is “no evidence before the Court” as to the outcome of Mr. K. S. Jadhav’s petitions or appeals of mercy (para. 140), and added that “[no] evidence has been submitted to the Court regarding the presidential clemency procedure” (para. 143).

93. The ICJ, though overtaken by such uncertainties, nonetheless points to “remedies” essentially at domestic law level (paras. 134-139, 142 and 144-148), limiting itself to “review and reconsideration” of the death penalty. In view of the lack of evidence before it, I find its position on this

⁶⁴ Of 15 December 1989, having entered into force on 11 July 1991.

encore l'application de la peine de mort; or, ces Etats ne sauraient en aucune façon prétendre que l'interdiction de la peine de mort, qui est en passe de devenir une règle de droit international coutumier, ne les concerne pas. Persister dans pareille attitude en la présente affaire reviendrait à ajouter à la violation de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne une contravention à cette interdiction.

90. *Deuxièmement*, en tant qu'«organe judiciaire principal des Nations Unies» (article 92 de la Charte), la Cour est tenue de prendre en considération le développement progressif du droit international dans le sens de l'interdiction de la peine de mort. Les Nations Unies ont donné leur caution à ce développement (voir plus haut). L'un des instruments internationaux susmentionnés, le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁶⁴, prévoit l'abolition de la peine de mort et souligne que cette abolition est un élément de la protection du droit à la vie. La Cour, qui, je le répète, est l'organe judiciaire principal des Nations Unies, doit rendre la justice en tenant dûment compte du développement progressif du droit international, dont elle aurait dû en l'espèce tirer des conclusions quant à l'abolition de la peine capitale.

91. *Troisièmement*, il faut également prêter attention au principe fondamental de la bonne foi. En effet, dans la présente procédure, aucune des pièces versées au dossier ne rend compte du procès à l'issue duquel un tribunal militaire a condamné M. Jadhav, si bien qu'il n'a pas été prouvé à la Cour que le condamné avait bénéficié des garanties d'une procédure régulière et que le tribunal avait tenu compte de son droit fondamental à la vie. La Cour ayant conclu que le défendeur avait manqué à son obligation d'informer l'intéressé de son droit à l'assistance consulaire comme le prévoit l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention (voir les paragraphes 140-141 et 143 de l'arrêt), les garanties d'une procédure régulière et d'un procès équitable n'ont de toute manière pas été respectées. Dans ces conditions, le procès de M. Jadhav ainsi que le verdict rendu et la sentence prononcée à l'issue de ce procès devaient être considérés comme entachés de mauvaise foi.

92. La Cour dit dans son arrêt qu'il est «difficile de savoir si le réexamen judiciaire d'une décision rendue par un tribunal militaire est possible au motif qu'il y a eu violation des droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne» (par. 141). Elle dit aussi (par. 140) qu'elle «ne dispose d'aucun élément» indiquant l'issue des recours formés par M. Jadhav, y compris un recours en grâce, ajoutant (par. 143) qu'«[a]ucun élément ne lui a été soumis en ce qui concerne la procédure de recours en grâce présidentielle».

93. Bien qu'en butte à toutes ces incertitudes, la Cour a prévu (par. 134-139, 142 et 144-148) des «remèdes» qui relèvent essentiellement du droit interne, se bornant à prescrire le «réexamen» et la «revision» de la condamnation à la peine capitale. Je considère que, étant donné le

⁶⁴ Conclu le 15 décembre 1989 et entré en vigueur le 11 juillet 1991.

particular point unsatisfactory, if not untenable. My own position is that the facts of the present case of *Jadhav*, as presented to the Court, bar the execution of the death penalty against Mr. K. S. Jadhav, and call for redress for the violation of Article 36 (1) of the VCCR.

XII. EPILOGUE: A RECAPITULATION

94. From all the preceding considerations, it is crystal clear that my own reasoning goes well beyond that of the ICJ in the present Judgment on the case of *Jadhav*, in respect of the points examined in the present separate opinion. This being so, I deem it fit, last but not least, to recapitulate with clarity all the interrelated points that I have examined herein, in my present separate opinion. My position, as seen, is grounded above all on issues of principle, to which I attach much importance, in the search for the realization of justice.

95. *Primus*: Along the last two decades a reassuring jurisprudential construction has emerged and developed, as from the pioneering Advisory Opinion No. 16 (1999) of the IACtHR, on the right to information on consular assistance (Article 36 of the VCCR) as directly related to the international law of human rights. *Secundus*: This right under Article 36 (1) (b) of the VCCR is related in particular to the right to life and the guarantees of due process of law (Articles 6 and 14 of the CCPR).

96. *Tertius*: In sequence, the Advisory Opinion No. 18 (2003) of the IACtHR constructed on the basis of the evolving concepts of *jus cogens* (encompassing the fundamental principle of equality and non-discrimination) and obligations *erga omnes* of protection. *Quartus*: Subsequent to the Advisory Opinion No. 16 (1999) of the IACtHR, the ICJ, for its part, adjudicated the cases of *LaGrand* (2001), *Avena* (2004), and now *Jadhav* (2019); in the contentious proceedings of these three cases, the applicant States brought to the attention of the ICJ the historical importance of the construction of the pioneering Advisory Opinion No. 16 (1999) of the IACtHR, — not taken into account by the ICJ in its three aforementioned Judgments.

97. *Quintus*: Yet, in its Judgments in the three cases of *LaGrand*, *Avena* and *Jadhav*, the ICJ acknowledged the “individual rights” under Article 36 of the VCCR, but it avoided to consider their character as of human rights. *Sextus*: In effect, the individual rights under Article 36 of the VCCR are directly related to the right to life and to the human rights to due process of law and a fair trial (as under the CCPR, Articles 6 and 14).

manque de preuves, la position adoptée sur ce point par la Cour est déficiente, voire intenable. Ma propre position est que les faits de l'espèce, tels qu'ils ont été présentés à la Cour, lui commandaient d'exclure la possibilité de l'exécution de la sentence de mort prononcée contre M. Jadhav et d'ordonner réparation de la violation du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne commise par le Pakistan.

XII. ÉPILOGUE: RÉCAPITULATION

94. Il ressort clairement de toutes les observations qui précèdent que mon raisonnement sur les points que j'ai abordés au sujet de la présente affaire va bien au-delà de celui de la Cour. Cela étant, je crois utile de récapituler clairement mes positions sur les questions interdépendantes dont j'ai traité ici. Ces positions, comme on a pu le voir, s'appuient avant tout sur des principes auxquels j'attache une grande importance dans ma recherche de la justice.

95. *Primus*: Au cours des vingt dernières années, à la suite de l'adoption par la CIDH, de son avis consultatif n° 16 (1999), qui a fait date, on a assisté à une évolution rassurante de la jurisprudence concernant le droit à l'information sur l'assistance consulaire (prévu à l'article 36 de la convention de Vienne) dans le sens de la reconnaissance d'un rapport direct entre ce droit et le droit international des droits de l'homme. *Secundus*: Ce droit, énoncé à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention, se rattache en particulier au droit à la vie et aux garanties d'une procédure régulière (prévus aux articles 6 et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

96. *Tertius*: L'avis consultatif n° 18 (2003) adopté ensuite par la CIDH a poursuivi l'édification d'une nouvelle jurisprudence s'appuyant sur une conception évolutive du *jus cogens* (qui porte notamment sur le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination) et de l'obligation *erga omnes* de protéger. *Quartus*: Après l'adoption, par la CIDH, de son avis consultatif n° 16 (1999), la Cour a statué sur trois affaires contentieuses, l'affaire *LaGrand* (2001), l'affaire *Avena* (2004) et la présente affaire, dans lesquelles les Etats demandeurs ont appelé son attention sur l'importance historique de l'interprétation figurant dans l'avis consultatif n° 16 de la CIDH, sans obtenir qu'elle en tienne réellement compte dans ses arrêts.

97. *Quintus*: Dans lesdits arrêts, la Cour a reconnu que l'article 36 de la convention de Vienne conférait des «droits individuels», mais elle n'est pas allée jusqu'à prendre en considération leur caractère de droits de l'homme. *Sextus*: Ces droits individuels se rattachent en effet directement au droit à la vie et aux droits de l'homme garantissant une procédure régulière et un procès équitable énoncés aux articles 6 et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

98. *Septimus*: There was no reason for the ICJ to have adopted its insufficient approach to the matter in its Judgments in the cases of *LaGrand*, *Avena* and *Jadhav*. *Octavus*: Beyond what the ICJ has held, there is an ineluctable interrelationship between the right to information on consular assistance and the human rights to due process of law and fair trial, with an incidence on the fundamental right to life.

99. *Nonus*: There is need to proceed in this constructive hermeneutics, so as to keep on fostering the current historical process of humanization of consular law, and, ultimately, of international law itself. *Decimus*: There is a *corpus juris gentium* (international treaties and instruments, and general international law) on the wrongfulness in the death penalty as a breach of human rights. *Undecimus*: There is likewise the case law of the IACtHR to this effect.

100. *Duodecimus*: There has been a consistent and strong condemnation of the death penalty at world level, expressed in initiatives and endeavours in the United Nations. *Tertius decimus*: In face of the death penalty and the large extent of the human harm done to human rights, the ICJ has pursued (as from its own jurisdiction) a very restrictive reasoning. *Quartus decimus*: It is to be kept in mind that law and justice come together, this being essential when human rights are affected.

101. *Quintus decimus*: For a long time humanist thinking has emerged against State arbitrariness in the execution of the death penalty. *Sextus decimus*: There is, in effect, a long-standing humanist thinking on the part of lucid jurists, philosophers and writers, condemning the wrongfulness in the death penalty, and converging in making it clear that law and justice come together, and cannot be separated one from the other; their interrelationship is ineluctable.

102. *Septimus decimus*: Even when the death penalty is executed in conformity with positive law, despite its arbitrariness, this in no way justifies it; after all, legal positivism has always been a subservient servant of established power (irrespective of the orientation of this latter), paving the way for decisions that do not realize justice. *Duodevicesimus*: No such distortions can be acquiesced with, as positive law cannot prescind from justice.

103. *Undevicesimus*: Accordingly, it is necessary to address the issue of redress for the unlawful act established by the ICJ in the present case of *Jadhav*, ensuing from the breach of Article 36 (1) (b) of the VCCR. *Vicesimus*: The necessary redress is meant to wipe out all consequences of the unlawful act (the condemnation of Mr. K. S. Jadhav to death by a military court). *Vicesimus primus*: Redress in the *cas d'espèce* goes well beyond the simple "review and reconsideration", as ordered by the ICJ, of the death sentence of the military court following a breach of consular law.

98. *Septimus*: Aucune raison ne justifiait que la Cour s'en tienne à une conception restrictive de la question dans ses trois arrêts (*LaGrand*, *Avena* et *Jadhav*). *Octavus*: Alors que la Cour n'en a rien dit, il existe une corrélation incontournable entre le droit à l'information sur l'assistance consulaire et les droits de l'homme qui garantissent une procédure régulière et un procès équitable, dont le respect a une incidence sur la jouissance du droit fondamental à la vie.

99. *Nonus*: Il est nécessaire d'aller plus loin dans cette interprétation constructive pour que le processus historique d'humanisation du droit consulaire et, à terme, du droit international tout entier, puisse se poursuivre. *Decimus*: Il existe maintenant un *corpus juris gentium* (issu de traités et d'autres instruments internationaux et intégré au droit international général) qui qualifie la peine de mort d'illicite en tant qu'elle viole des droits de l'homme. *Undecimus*: La jurisprudence de la CIDH atteste aussi de cette évolution.

100. *Duodecimus*: A travers le monde, la peine capitale est régulièrement et énergiquement dénoncée, et ce courant trouve son expression dans les initiatives et les efforts des Nations Unies. *Tertius decimus*: Nonobstant la persistance de la peine de mort et l'étendue des atteintes aux droits de l'homme imputables à des comportements humains, la Cour, fidèle à sa jurisprudence, a suivi en la présente instance un raisonnement très restrictif. *Quartus decimus*: Il faut garder à l'esprit, tout particulièrement lorsque les droits de l'homme sont en cause, que le droit et la justice sont indissociables.

101. *Quintus decimus*: Les penseurs humanistes s'élèvent depuis longtemps contre l'arbitraire de l'Etat dont procède l'exécution des sentences de mort. *Sextus decimus*: De fait, il existe de longue date un courant de pensée humaniste entretenu par des juristes, philosophes et écrivains lucides, qui dénonce l'illicéité de la peine de mort et met en évidence l'indissociabilité inéluctable du droit et de la justice.

102. *Septimus decimus*: Même lorsque la peine de mort est appliquée, malgré son arbitraire, en vertu de lois inspirées par le positivisme juridique, rien ne saurait la justifier: après tout, le droit positif a toujours été le serviteur docile du pouvoir en place (quelle que soit son orientation), ouvrant ainsi la voie à des décisions qui ne servent pas la justice. *Duodevicesimus*: Nulle distorsion de cet ordre ne saurait être tolérée, car le droit positif ne peut pas être dissocié de la justice.

103. *Undevicesimus*: Il était donc nécessaire d'aborder en la présente affaire la question de la réparation du fait illicite constaté par la Cour en conséquence de la violation de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. *Vicesimus*: La réparation nécessaire est censée effacer entièrement ce qui a résulté du fait illicite (la condamnation à mort de M. Jadhav par un tribunal militaire). *Vicesimus primus*: En l'espèce, la réparation aurait dû aller bien au-delà du remède ordonné par la Cour, qui consiste simplement, par suite d'une violation du droit consulaire, à procéder au «réexamen» et à la «revision» de la sentence de mort rendue par le tribunal militaire.

104. *Vicesimus secundus*: The State's duty of redress amounts to *restoration* of the situation existing before the occurrence of the unlawful act, encompassing putting an end to it and preventing any continuing effects ensuing therefrom. *Vicesimus tertius*: "Review and reconsideration", once again repeated by the ICJ in the present case of *Jadhav* (like earlier in the cases of *LaGrand* and of *Avena*), are manifestly insufficient and inadequate, leaving the whole matter in the hands of the respondent State.

105. *Vicesimus quartus*: Resolatory points Nos. (7) and (8) of the *dispositif* of the present ICJ Judgment are insufficient. *Vicesimus quintus*: Pakistan's effective "review and reconsideration" of the death sentence against Mr. K. S. Jadhav cannot constitute again a death sentence. *Vicesimus sextus*: There is nowadays an evolving *opinio juris communis* on the prohibition and the abolition of the death penalty. *Vicesimus septimus*: The ICJ, as the principal judicial organ of the United Nations, is to render justice in line with the progressive development of international law on the prohibition and the abolition of the death penalty.

106. *Vicesimus octavus*: The prosecution, conviction and sentencing to the death penalty of Mr. K. S. Jadhav, in the circumstances of the *cas d'espèce*, disclose a lack of *bona fides*. *Vicesimus nonus*: In the present Judgment in the case of *Jadhav*, the ICJ has acknowledged the lack of evidence as to the availability of judicial review of a decision of a military court, and the outcome of Mr. K. S. Jadhav's petitions or appeals of mercy or clemency.

107. *Trigesimus*: Given such uncertainties, "remedies" essentially at domestic law level, as contemplated by the ICJ in limiting itself to "review and reconsideration" of the death penalty, disclose an unsatisfactory, if not untenable, position. *Trigesimus primus*: The facts of the present case of *Jadhav*, as presented to the ICJ, bar the execution of the death penalty against Mr. K. S. Jadhav, and call for redress for the violation established of Article 36 (1) of the VCCR.

(Signed) Antônio Augusto CAÑADO TRINDADE.

104. *Vicesimus secundus*: L'obligation de réparation incombant à l'Etat signifie qu'il doit rétablir l'état de choses antérieur au fait illicite, à savoir mettre fin à celui-ci et empêcher que ses effets ne continuent de s'exercer ensuite. *Vicesimus tertius*: Les remèdes ordonnés en l'espèce par la Cour, qui consistent, comme dans les affaires *LaGrand* et *Avena*, à procéder à un «réexamen» et à une «revision» sont manifestement insuffisants et inadéquats, leur mise en œuvre dépendant entièrement de l'Etat défendeur.

105. *Vicesimus quartus*: Les points 7) et 8) du dispositif de l'arrêt sont insuffisants. *Vicesimus quintus*: Le «réexamen» et la «revision» effectifs de la sentence de mort prononcée contre M. Jadhav ne sauraient se solder par une nouvelle condamnation à la peine capitale. *Vicesimus sextus*: Il existe aujourd'hui une *opinio juris communis* évolutive sur l'interdiction et l'abolition de la peine de mort. *Vicesimus septimus*: En tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies, la Cour doit rendre la justice en tenant compte du développement progressif du droit international sur la question de l'interdiction et de l'abolition de la peine capitale.

106. *Vicesimus octavus*: Au vu des circonstances de la présente affaire, le procès de M. Jadhav, le verdict rendu contre lui et sa condamnation à mort révèlent un manque de bonne foi. *Vicesimus nonus*: La Cour a admis dans son arrêt qu'elle ne disposait pas d'éléments lui permettant de déterminer si le réexamen de la décision d'un tribunal militaire était possible et quelle était l'issue des recours en grâce formés par M. Jadhav.

107. *Trigesimus*: Etant donné ces incertitudes, les «remèdes» prescrits par la Cour, qui relèvent essentiellement du droit interne et se limitent au «réexamen» et à la «revision» de la sentence de mort, procèdent d'une position déficiente, voire intenable. *Trigesimus primus*: Les faits de l'espèce, tels qu'ils ont été présentés à la Cour, excluent l'exécution de la sentence de mort prononcée contre M. Jadhav et appellent réparation de la violation du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne établie par la Cour.

(Signé) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.