

SEPARATE OPINION
OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. <i>PROLEGOMENA</i>	1-2
II. RIGHTS OF STATES AND OF INDIVIDUALS AS SUBJECTS OF INTERNATIONAL LAW	3-11
III. PRESENCE OF RIGHTS OF STATES AND OF INDIVIDUALS TOGETHER	12-15
IV. THE RIGHT TO INFORMATION ON CONSULAR ASSISTANCE IN THE FRAMEWORK OF THE GUARANTEES OF THE DUE PROCESS OF LAW	16-18
V. THE FUNDAMENTAL (RATHER THAN “PLAUSIBLE”) HUMAN RIGHT TO BE PROTECTED: PROVISIONAL MEASURES AS JURISDICTIONAL GUARANTEES OF A PREVENTIVE CHARACTER	19-23
VI. THE AUTONOMOUS LEGAL REGIME OF PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION	24-25
VII. FINAL CONSIDERATIONS: THE HUMANIZATION OF INTERNATIONAL LAW AS MANIFESTED IN THE DOMAIN OF CONSULAR LAW	26-33

*

I. *PROLEGOMENA*

1. I have voted in support of the adoption today, 18 May 2017, of the present Order of the International Court of Justice (ICJ) in the case *Jadhav (India v. Pakistan)* — shortly after the holding of the public hearings before the Court of 15 May 2017 — indicating provisional measures of protection. Given the great importance that I attach to certain aspects pertaining to the matter dealt with in the present Order, I feel obliged to append this separate opinion thereto, under the merciless pressure of time (*ars longa, vita brevis*, anyway), so as to leave on the records the foundations of my own personal position thereon.

OPINION INDIVIDUELLE
DE M. LE JUGE CANÇADO TRINDADE

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. PROLÉGOMÈNES	1-2
II. LES DROITS DES ÉTATS ET DES PERSONNES EN TANT QUE SUJETS DU DROIT INTERNATIONAL	3-11
III. LA PRÉSENCE CONCOMITANTE DE DROITS ÉTATIQUES ET DE DROITS INDIVIDUELS	12-15
IV. LE DROIT À L'INFORMATION EN MATIÈRE D'ASSISTANCE CONSULAIRE DANS LE CADRE DES GARANTIES D'UNE PROCÉDURE RÉGULIÈRE	16-18
V. LE DROIT DE L'HOMME FONDAMENTAL (ET NON « PLAUSIBLE ») QU'IL CONVENAIT DE PROTÉGER : LES MESURES CONSERVATOIRES EN TANT QUE GARANTIES JURIDICTIONNELLES DE NATURE PRÉVENTIVE	19-23
VI. LE RÉGIME JURIDIQUE AUTONOME DES MESURES CONSERVATOIRES	24-25
VII. CONSIDÉRATIONS FINALES : L'HUMANISATION DU DROIT INTERNATIONAL TELLE QU'ELLE SE MANIFESTE DANS LE DOMAINE DU DROIT CONSULAIRE	26-33

*

I. PROLÉGOMÈNES

1. J'ai voté en faveur de l'adoption, ce jour — soit peu après les audiences publiques qui se sont tenues le 15 mai 2017 —, de la présente ordonnance de la Cour internationale de Justice indiquant des mesures conservatoires en l'affaire *Jadhav (Inde c. Pakistan)*. Compte tenu de la grande importance que j'attache à certains aspects de la question qui a été examinée dans cette ordonnance, je me sens tenu d'y joindre — sous la pression impitoyable du temps (*ars longa, vita brevis*) — l'exposé de mon opinion individuelle, afin de consigner les fondements de ma position personnelle à cet égard.

2. I shall thus consider, in the sequence next, the following points: (a) rights of States and of individuals as subjects of international law; (b) presence of rights of States and of individuals together; (c) the right to information on consular assistance in the framework of the guarantees of the due process of law; (d) the fundamental (rather than “plausible”) human right to be protected: provisional measures as jurisdictional guarantees of a preventive character; (e) the autonomous legal regime of provisional measures of protection; and (f) the humanization of international law as manifested in the domain of consular law.

II. RIGHTS OF STATES AND OF INDIVIDUALS AS SUBJECTS OF INTERNATIONAL LAW

3. The present *Jadhav* case concerns alleged violations of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations with regard to the detention and trial of an Indian national (Mr. K. S. Jadhav), sentenced to death (on 10 April 2017) by a court martial in Pakistan. It is not my intention in the present separate opinion to dwell upon the arguments advanced by the Contending Parties themselves, India and Pakistan, during the public hearings before the Court of 15 May 2017, as this has already been done in the Court’s Order itself, of today, 18 May 2017¹. I have carefully taken note of such arguments, advancing distinct views of the inter-related issues of prima facie jurisdiction, the grounds for provisional measures of protection, the requirements of urgency and imminence of irreparable harm².

4. On one sole point their respective views initially appeared not being so distinct, when Pakistan, referring at first to a point raised originally by India in its Application instituting proceedings (of 8 May 2017), — whereby Article 36 of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations (henceforth, the “1963 Vienna Convention”) was adopted to set up “standards of conduct”, particularly concerning “communication and contact with nationals of the sending State, which would contribute to the development of friendly relations amongst nations” (Application instituting proceedings, p. 16, para. 34), then added that “this is unlikely to apply in the context of a spy/terrorist sent by a State to engage in acts of terror”³. This is a point, however, that could be considered by the Court only at a subsequent stage of the proceedings in the *cas d’espèce* (preliminary objections, or merits), as the ICJ itself has rightly pointed out in its Order just adopted today⁴. At the present stage of provisional

¹ Cf. paragraphs 19-25, 29, 37, 40-41, 43-44 and 51-52 of the present Order.

² Cf. CR 2017/5, of 15 May 2017, pp. 11-43 (India); and CR 2017/6, of 15 May 2017, pp. 8-23 (Pakistan).

³ CR 2017/6, of 15 May 2017, p. 19.

⁴ Paragraph 43, and cf. also paragraphs 32-33, of the present Order.

2. J'examinerai ci-après tour à tour les points suivants: *a)* les droits des Etats et des personnes en tant que sujets du droit international; *b)* la présence concomitante de droits étatiques et de droits individuels; *c)* le droit à l'information en matière d'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière; *d)* le droit de l'homme fondamental (et non «plausible») qu'il convenait de protéger: les mesures conservatoires en tant que garanties juridictionnelles de nature préventive; *e)* le régime juridique autonome des mesures conservatoires; et *f)* l'humanisation du droit international telle qu'elle se manifeste dans le domaine du droit consulaire.

II. LES DROITS DES ÉTATS ET DES PERSONNES EN TANT QUE SUJETS DU DROIT INTERNATIONAL

3. La présente affaire a trait à des violations alléguées de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 dans le cadre de la détention et du procès d'un ressortissant indien (M. K. S. Jadhav), condamné à mort le 10 avril 2017 au Pakistan par une cour martiale. Mon intention n'est pas, dans le présent exposé, de m'appesantir sur les arguments qui ont été avancés par les Parties elles-mêmes aux audiences publiques du 15 mai 2017, la Cour l'ayant déjà fait dans l'ordonnance qu'elle a rendue ce jour¹. J'ai pris bonne note de ces arguments, qui expriment des vues divergentes sur les questions interdépendantes de la compétence *prima facie*, des fondements des mesures conservatoires, ainsi que des critères de l'urgence et de l'imminence d'un préjudice irréparable².

4. Au départ, il était un point sur lequel les vues respectives des Parties ne semblaient guère diverger, le Pakistan, après s'être référé à une assertion initialement formulée par l'Inde dans sa requête du 8 mai 2017 — suivant laquelle l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 (ci-après, la «convention de Vienne de 1963») avait été adopté pour énoncer des «normes de conduite» régissant, en particulier, «la communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi, dans le souci de contribuer au développement de relations amicales entre les nations» (p. 17, par. 34) —, ayant estimé qu'il était «peu probable que cela s'applique lorsqu'un espion ou un terroriste [était] envoyé par un Etat pour se livrer à des actes de terreur»³. Il s'agissait cependant là d'un point que la Cour, comme elle l'a précisé à juste titre dans son ordonnance⁴, ne pouvait examiner qu'à un stade ultérieur de la présente affaire (exceptions préliminaires ou fond). Au stade actuel des mesures conserva-

¹ Voir les paragraphes 19-25, 29, 37, 40-41, 43-44 et 51-52 de la présente ordonnance.

² Voir CR 2017/5, p. 11-43 (Inde), et CR 2017/6, p. 8-23 (Pakistan).

³ CR 2017/6, p. 19.

⁴ Paragraphe 43 de la présente ordonnance. Voir aussi les paragraphes 32-33.

measures of protection, the distinct views of the Contending Parties are thus found all over their respective arguments.

5. In the present separate opinion, I purport to concentrate attention on the aforementioned points (Part I, *supra*) bringing them into the realm of juridical epistemology. May I begin by observing that, in my perception, the present case *Jadhav (India v. Pakistan)* brings to the fore rights of States and of individuals emanating directly from international law. In effect, in its Application instituting proceedings as well as in its Request for provisional measures of protection, both of 8 May 2017, India has deemed it fit to single out that the 1963 Vienna Convention confers rights upon States (under Article 36 (1) (a) and (c)) as well as individuals (nationals of States arrested or detained or put on trial in other States, under Article 36 (1) (b))⁵.

6. As subjects of international law, individuals and States are, in the circumstances of the *cas d'espèce*, *titulaires* of the rights of seeking and of having, respectively, consular access and assistance⁶. The Request for provisional measures of protection further invokes, in addition to the aforementioned 1963 Vienna Convention (Article 36), the 1966 UN Covenant on Civil and Political Rights (right to a fair trial, Article 14), so as to safeguard ultimately the inherent fundamental right to life (Article 6), as “[i]nternational law recognizes the sanctity of human

⁵ Cf. Application instituting proceedings, of 8 May 2017, p. 17, para. 34, and cf. also p. 3, para. 1; Request for the indication of provisional measures of protection, of 8 May 2017, pp. 3-4, paras. 5 and 9.

⁶ Article 36 of the 1963 Vienna Convention concerns “Communication and contact with nationals of the sending State”, and paragraph 1 provides that:

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

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

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

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

toires, les vues divergentes des Parties transparaisaient donc dans l'ensemble des arguments qu'elles ont avancés.

5. Dans le présent exposé, je m'attacherai aux points susmentionnés (voir la partie I ci-dessus) en faisant appel aux principes de l'épistémologie du droit. Je commencerai toutefois par observer que, selon moi, la présente affaire met en cause des droits étatiques et individuels découlant directement du droit international. Dans sa requête comme dans sa demande en indication de mesures conservatoires, toutes deux datées du 8 mai 2017, l'Inde a en effet jugé utile de préciser que la convention de Vienne de 1963 conférerait des droits aux Etats (aux alinéas *a*) et *c*) du paragraphe 1 de son l'article 36) ainsi qu'aux personnes (à savoir leurs ressortissants qui sont arrêtés, placés en détention ou en instance de jugement dans un autre Etat, et ce, à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de ce même article)⁵.

6. En tant que sujets du droit international, les personnes et les Etats sont, dans les circonstances de l'espèce, respectivement *titulaires* du droit de demander à communiquer avec leurs autorités consulaires et à être assistés par elles, et du droit de demander à communiquer avec leurs ressortissants et à les assister par l'entremise de leurs autorités consulaires, ces droits devant leur être accordés⁶. Outre la convention de Vienne susmentionnée, l'Inde invoquait, dans sa demande en indication de mesures conservatoires, le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et poli-

⁵ Voir le paragraphe 34 de la requête introductive d'instance, son paragraphe 1, ainsi que les paragraphes 5 et 9 de la demande en indication de mesures conservatoires.

⁶ L'article 36 de la convention de Vienne de 1963 a trait à la «communication avec les ressortissants de l'Etat d'envoi», et son paragraphe 1 se lit comme suit :

« Afin que l'exercice des fonctions consulaires relatives aux ressortissants de l'Etat d'envoi soit facilité :

a) Les fonctionnaires consulaires doivent avoir la liberté de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux. Les ressortissants de l'Etat d'envoi doivent avoir la même liberté de communiquer avec les fonctionnaires consulaires et de se rendre auprès d'eux ;

b) Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa ;

c) Les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice. Ils ont également le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui, dans leur circonscription, est incarcéré ou détenu en exécution d'un jugement. Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenir en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention lorsque l'intéressé s'y oppose expressément. »

life”⁷. In effect, public international law has, in this context as well, benefited from the impact of the emergence and consolidation of the international law of human rights (ILHR).

7. In contemporary international law, rights of States and of individuals are indeed to be considered altogether, they cannot be dissociated from each other. Before the turn of the century, the Inter-American Court of Human Rights [IACtHR] delivered its pioneering Advisory Opinion No. 16 on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (of 1 October 1999), advancing the proper hermeneutics of Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention, reflecting the impact thereon of the *corpus juris* of the ILHR.

8. I drew attention to this important point in my concurring opinion (para. 1) appended to that Advisory Opinion No. 16, wherein I pointed out that:

“The profound transformations undergone by international law, in the last five decades, under the impact of the recognition of universal human rights, are widely known and acknowledged. The old monopoly of the State of the condition of being subject of rights is no longer sustainable, nor are the excesses of a degenerated legal positivism, which excluded from the international legal order the final addressee of juridical norms: the human being. (. . .) [T]his occurred with the indulgence of legal positivism, in its typical subservience to State authoritarianism.

The dynamics of contemporary international life has cared to de-authorize the traditional understanding that international relations are governed by rules derived entirely from the free will of States themselves. [Contemporary international law] (. . .) has for years withdrawn support to the idea, proper of an already distant past, that the formation of the norms of international law would emanate only from the free will of each State.

With the demystification of the postulates of voluntarist positivism, it became evident that one can only find an answer to the problem of the foundations and the validity of general international law in the *universal juridical conscience*, starting with the assertion of the idea of an objective justice. As a manifestation of this latter, the rights of the human being have been affirmed, emanating directly from interna-

⁷ Request for provisional measures of protection, *op. cit. supra* note 5, p. 8, para. 17.

tiques de 1966 (droit à un procès équitable, article 14), de sorte à ce que soit sauvegardé, en dernière analyse, le droit à la vie, inhérent à la personne humaine (article 6), «[l]e droit international reconnaissant] le caractère sacré de la vie humaine»⁷. C'est qu'en effet, dans ce domaine également, le droit international public a tiré profit de l'émergence et de la consolidation du droit international des droits de l'homme.

7. En droit international contemporain, les droits des Etats et les droits des personnes doivent effectivement être considérés comme un ensemble ; ils ne sauraient être dissociés les uns des autres. A cet égard, le 1^{er} octobre 1999, soit à la toute fin du siècle dernier, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a rendu une décision fondatrice, à savoir son avis consultatif n° 16 sur la question du *Droit à l'information en matière d'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière*, dans lequel elle a énoncé l'interprétation devant être faite de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963, interprétation reflétant l'incidence du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme sur ladite disposition.

8. J'ai appelé l'attention sur ce point important au paragraphe 1 de l'exposé de mon opinion concordante qui a été joint à cet avis :

«Les profondes transformations qu'a subies le droit international au cours de ces cinquante dernières années, par suite de la reconnaissance de droits de l'homme universels, sont largement connues et reconnues. L'ancienne conception de l'Etat en tant qu'unique sujet de droits n'est plus défendable, et il en va de même des excès d'un positivisme juridique en plein déclin, qui excluait de l'ordre juridique international celui auquel les normes de droit s'adressent ultimement, à savoir l'être humain... [C]ela s'est produit avec l'indulgence du positivisme juridique, dans sa sujétion habituelle à l'autoritarisme de l'Etat.

La dynamique de la vie internationale contemporaine a fait litière de la conception classique suivant laquelle les relations internationales sont régies par des règles découlant entièrement de la libre volonté des Etats eux-mêmes. [Le droit international contemporain] a, depuis des années, cessé d'étayer l'idée, propre à un passé déjà ancien, que la formation des normes du droit international émanerait exclusivement de la libre volonté de chaque Etat.

Avec la démystification des postulats du positivisme volontariste, il est devenu évident que l'on ne peut trouver de réponse à la question des fondements et de la validité du droit international général que dans la *conscience juridique universelle*, et ce, en commençant par énoncer l'idée d'une justice objective. Celle-ci a trouvé une expression dans l'affirmation des droits des êtres humains, qui émanent

⁷ Demande en indication de mesures conservatoires, *op. cit. supra* note 5, par. 17.

tional law, and not subjected, thereby, to the vicissitudes of domestic law.” (*Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, paras. 2-14.)

9. I added that the constraints of legal positivism had wrongly been indifferent to other areas of human knowledge, as well as to the existential time of human beings, reducing this latter to an external factor in the framework of which one was to apply positive law (*ibid.*, para. 3). The positivist-voluntarist trend, with its obsession with the autonomy of the “will” of the States, came to the extreme of conceiving (positive) law *independently of time*. It so happens that the very emergence and consolidation of the *corpus juris* of the ILHR are due to the reaction of the universal juridical conscience to the recurrent abuses committed against human beings, often warranted by positive law: with that, the law came to the encounter of human beings, the ultimate *titulaires* of their inherent rights protected by its norms (*ibid.*, para. 4).

10. In the framework of this new *corpus juris*, one cannot remain indifferent to the contribution of other areas of human knowledge, nor to the existential time of human beings. And I added that the right to information on consular assistance (to refer to one example), “cannot nowadays be appreciated in the framework of exclusively inter-State relations”, as contemporary legal science has come to admit that “the contents and effectiveness of juridical norms accompany the evolution of time, not being independent of this latter” (*ibid.*, para. 5). I then recalled, in the same concurring opinion, that, despite the fact that the 1963 Vienna Convention had been celebrated three years before the adoption of the two Covenants on Human Rights (Civil and Political Rights, and Economic, Social and Cultural Rights) of the United Nations, the IACtHR was aware that its *travaux préparatoires* already disclosed “the attention dispensed to the central position occupied by the individual” in the elaboration and adoption of its Article 36 (*ibid.*, para. 16).

11. Thus, I proceeded, Article 36 (1) (*b*) of the aforementioned 1963 Vienna Convention, in spite of having preceded in time the provisions of the two UN Covenants on Human Rights (of 1966), could no longer be dissociated from the international norms of protection of human rights concerning the guarantees of the due process of law and their evolutive interpretation (para. 15). The action of protection thereunder, “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”; it is this “condition of particular vulnerability” that the right to information on consular assistance “seeks to remedy” (*ibid.*, para. 23).

directement du droit international et, partant, ne sont pas soumis aux vicissitudes du droit interne.» (*Droit à l'information en matière d'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière*, par. 12-14.)

9. J'ai ajouté que les contraintes du positivisme juridique avaient conduit à faire indûment fi d'autres domaines de la connaissance humaine, ainsi que de la durée de l'existence des êtres humains, réduisant celle-ci à un facteur extérieur au cadre dans lequel il convenait d'appliquer le droit positif (*ibid.*, par. 3). La tendance positiviste/volontariste, avec son obsession de l'autonomie de la «volonté» des Etats, en était arrivée à l'extrémité consistant à concevoir le droit (positif) *indépendamment du temps*. Or, il se trouve que l'émergence même et la consolidation du *corpus juris* du droit international des droits de l'homme sont dues à la réaction de la conscience juridique universelle face aux violences récurrentes commises à l'encontre des êtres humains, et souvent justifiées par le droit positif; le droit est ainsi venu à la rencontre des êtres humains, qui sont les *titulaires* ultimes de leurs droits inhérents que ses normes protègent (*ibid.*, par. 4).

10. Dans le cadre de ce nouveau *corpus juris*, l'on ne saurait rester indifférent à la contribution apportée par d'autres domaines de la connaissance humaine ni à la durée de l'existence des êtres humains. Et j'ai ajouté que le droit à l'information en matière d'assistance consulaire (pour ne prendre qu'un exemple) «ne [pouvait] désormais plus être exclusivement apprécié dans le cadre des relations interétatiques», la science juridique contemporaine en étant venue à admettre que «le contenu et l'effet utile des normes juridiques accompagnent l'évolution du temps, dont ils ne sont pas indépendants» (*ibid.*, par. 5). J'ai ensuite, dans cette même opinion concordante, rappelé que, bien que la convention de Vienne ait vu le jour trois ans avant l'adoption des deux pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme (le Pacte relatif aux droits civils et politiques et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels), la Cour interaméricaine des droits de l'homme savait que les travaux préparatoires de cet instrument traduisaient déjà «l'attention portée à la position centrale occupée par l'individu» dans l'élaboration et l'adoption de l'article 36 (*ibid.*, par. 16).

11. Par conséquent, ai-je poursuivi, l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963, quoique cette disposition ait précédé dans le temps celles des deux pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme (de 1966), ne pouvait plus être dissocié des normes internationales de protection des droits de l'homme ayant trait aux garanties d'une procédure régulière et de leur interprétation évolutive (*ibid.*, par. 15). La protection qui en résulte, «dans le cadre du droit international des droits de l'homme, vise non pas à régir les relations entre égaux, mais à préserver ceux qui sont manifestement plus faibles et plus vulnérables»; c'est à cette «situation de particulière vulnérabilité» que le droit à l'information en matière d'assistance consulaire «est censé remédier» (*ibid.*, par. 23).

III. PRESENCE OF RIGHTS OF STATES AND OF INDIVIDUALS TOGETHER

12. States and individuals are subjects of contemporary international law⁸; the crystallization of the subjective individual right to information on consular assistance bears witness of such evolution. Still in my aforementioned concurring opinion in the IACtHR's Advisory Opinion No. 16 on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (1999), I recalled (para. 25) that the ICJ itself, in the case of *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, *Provisional Measures, Order of 15 December 1979, I.C.J. Reports 1979*, p. 7), had pondered that the proper conduct of consular relations, established since ancient times “between peoples”, is no less important in the context of contemporary international law, “in promoting the development of friendly relations among nations, and ensuring protection and assistance for aliens resident in the territories of other States”; this being so, — the Court added, — no State can fail to recognize “the imperative obligations” codified in the 1961 and 1963 Vienna Conventions⁹ on Diplomatic and Consular Relations, respectively.

13. Shortly afterwards, in the same case of *Hostages in Tehran* (Merits, Judgment of 24 May 1980), the ICJ, in referring again to the provisions of the Vienna Conventions on Diplomatic Relations (of 1961) and on Consular Relations (of 1963), pointed out the great importance and the imperative character of their obligations, and invoked expressly, in rela-

⁸ Cf., in this sense, e.g., A. A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I”, 316 *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (2005), Chaps. XII and IX-X, pp. 203-219 and 252-317; A. A. Cançado Trindade, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, 2012, pp. 45-368; A. A. Cançado Trindade, “The Human Person and International Justice” (W. Friedmann Memorial Award Lecture 2008), 47 *Columbia Journal of Transnational Law* (2008), pp. 16-30; A. A. Cançado Trindade, “La Persona Humana como Sujeto del Derecho Internacional: Consolidación de Su Posición al Inicio del Siglo XXI”, in *Democracia y Libertades en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Libro Conmemorativo de la XXXIII Sesión del Programa Externo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Lima, 2005), Lima, the Hague Academy of International Law/IDEI (PUC/Peru), 2006, pp. 27-76; A. A. Cançado Trindade, “A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional”, in 16 *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid (2003), pp. 237-288; A. A. Cançado Trindade, “A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional”, in *Jornadas de Derecho Internacional* (Mexico, Dec. 2001), Washington D.C., OAS Sub-Secretariat of Legal Affairs, pp. 311-347.

⁹ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, *Provisional Measures, Order of 15 December 1979, I.C.J. Reports 1979*, pp. 19-20, paras. 40-41.

III. LA PRÉSENCE CONCOMITANTE DE DROITS ÉTATIQUES ET DE DROITS INDIVIDUELS

12. Les personnes sont désormais des sujets du droit international contemporain, au même titre que les Etats⁸; la cristallisation du droit individuel subjectif à l'information en matière d'assistance consulaire témoigne de cette évolution. J'ai ainsi rappelé, là encore dans l'exposé de mon opinion concordante qui a été joint à l'avis consultatif n° 16 donné en 1999 par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) sur la question du *Droit à l'information en matière d'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière* (par. 25), que la Cour internationale de Justice elle-même, dans l'ordonnance qu'elle avait rendue le 15 décembre 1979 en l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, avait considéré que le bon déroulement des relations consulaires, nouées «entre les peuples» depuis des temps anciens, n'était pas moins important dans le contexte du droit international contemporain, «en ce qu'il favoris[ait] le développement des relations amicales *entre les nations* et assur[ait] *protection et assistance aux étrangers résidant sur le territoire d'autres Etats*»; dès lors, avait ajouté la Cour, aucun Etat ne saurait manquer de reconnaître «les obligations impératives» codifiées dans les conventions de Vienne de 1961 et 1963⁹, qui ont respectivement trait aux relations diplomatiques et aux relations consulaires.

13. Peu de temps après, dans l'arrêt qu'elle a rendu au fond en cette même affaire le 24 mai 1980, la Cour, se référant de nouveau aux dispositions des conventions de Vienne sur les relations diplomatiques (de 1961) et sur les relations consulaires (de 1963), a souligné la grande importance et le caractère impératif des obligations qui y sont énoncées, invoquant

⁸ A cet égard, voir par exemple A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* — General Course on Public International Law — Part I», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye* (2005), vol. 316, chap. XII et IX-X, p. 203-219 et 252-317; A. A. Cançado Trindade, *Le droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone, 2012, p. 45-368; A. A. Cançado Trindade, «The Human Person and International Justice» (W. Friedmann Memorial Award Lecture 2008), *Columbia Journal of Transnational Law* (2008), vol. 47, p. 16-30; A. A. Cançado Trindade, «La Persona Humana como Sujeto del Derecho Internacional: Consolidación de Su Posición al Inicio del Siglo XXI», *Democracia y Libertades en el Derecho Internacional Contemporáneo* (Libro Conmemorativo de la XXXIII Sesión del Programa Externo de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Lima, 2005), Lima, Académie de droit international de La Haye/IDEI (PUC/Pérou), 2006, p. 27-76; A. A. Cançado Trindade, «A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional», *16 Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* — Madrid (2003), p. 237-288; A. A. Cançado Trindade, «A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional», *Jornadas de Derecho Internacional* (Mexico, déc. 2001), Washington D.C., sous-secrétariat aux affaires juridiques de l'OEA, p. 311-347.

⁹ *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil 1979, p. 19-20, par. 40-41.

tion to them, the contents of the 1948 Universal Declaration of Human Rights¹⁰ (*I.C.J. Reports 1980*, para. 26).

14. The presence of rights of States and of individuals together was, subsequently, acknowledged in express terms by ICJ in the case of *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, where it stated that “violations of the rights of the individual under Article 36 [of the 1963 Vienna Convention] may entail a violation of the rights of the sending State, and that violations of the rights of the latter may entail a violation of the rights of the individual” (*Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 36, para. 40).

15. In the present *Jadhav* case, in its oral arguments in the very recent public hearings before the Court of 15 May 2017, India referred to this dictum, and added that

“[w]here the rights of an individual are violated, consequences must follow. The [1963] Vienna Convention recognizes the right of a State to seek redress on behalf of its national in this Court, where the rights of its national, and concomitantly its own rights under the Vienna Convention, are violated by another State”¹¹.

And it further pointed out that “[t]he rights of consular access are a significant step in the evolution and recognition of the human rights in international law”, specifically referring to provisions of the UN Covenant on Civil and Political Rights (art. 6, 9 and 14)¹².

IV. THE RIGHT TO INFORMATION ON CONSULAR ASSISTANCE IN THE FRAMEWORK OF THE GUARANTEES OF THE DUE PROCESS OF LAW

16. The insertion of the matter under examination into the domain of the international protection of human rights, counted early on judicial recognition (cf. Part III, *supra*), “there being no longer any ground at all for any doubts to subsist as to an *opinio juris* to this effect”; in effect — as I further pondered in my aforementioned concurring opinion in the IACtHR’s Advisory Opinion No. 16 of 1999 — the subjective element of international custom is the *opinion juris communis*, and “in no way the *voluntas* of each State individually¹³” (para. 27);

¹⁰ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1980*, pp. 30-31, para. 62, and pp. 41-43, paras. 88 and 91-92.

¹¹ CR 2017/5, of 15 May 2017, pp. 39-40, para. 89.

¹² Pertaining to the right to life, the right to liberty and security of person, and the right to a fair trial, respectively; *ibid.*, pp. 38-39, para. 86.

¹³ A. A. Cançado Trindade, “Contemporary International Law-Making: Customary International Law and the Systematization of the Practice of States”, *Thesaurus Acroasiuum*

expressément à leur égard la déclaration universelle des droits de l'homme¹⁰ (*C.I.J. Recueil 1980*, par. 26).

14. La présence concomitante de droits étatiques et de droits individuels a été par la suite reconnue en des termes exprès par la Cour dans l'arrêt qu'elle a rendu le 31 avril 2004 en l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, dans lequel elle a indiqué que « toute violation des droits que l'individu tient de l'article 36 [de la convention de Vienne de 1963] risqu[ait] d'entraîner une violation des droits de l'Etat d'envoi et que toute violation des droits de ce dernier risqu[ait] de conduire à une violation des droits de l'individu » (*C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 36, par. 40).

15. Dans ses très récentes plaidoiries en la présente espèce, l'Inde s'est d'ailleurs référée à ce *dictum*, et a ajouté ceci :

« La violation des droits d'une personne ne peut rester sans conséquences. La convention de Vienne [de 1963] reconnaît le droit de l'Etat de demander réparation à la Cour au nom de son ressortissant lorsque les droits de celui-ci et, de manière concomitante, ses propres droits en vertu de la convention de Vienne sont violés par un autre Etat. »¹¹

Le demandeur a en outre estimé que « [l]es droits relatifs à la communication entre un ressortissant et ses autorités consulaires constitu[ai]ent une étape importante dans l'évolution et la reconnaissance des droits de l'homme en droit international », se référant spécifiquement aux dispositions du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques (art. 6, 9 et 14)¹².

IV. LE DROIT À L'INFORMATION EN MATIÈRE D'ASSISTANCE CONSULAIRE DANS LE CADRE DES GARANTIES D'UNE PROCÉDURE RÉGULIÈRE

16. L'intégration de la question à l'examen dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme a donc fait l'objet très tôt d'une reconnaissance judiciaire (cf. partie III ci-dessus), « puisqu'il n'y avait plus aucune raison que subsistât le moindre doute quant à l'existence d'une *opinio juris* à cet effet » ; c'est qu'en effet, ainsi que je l'ai précisé dans mon opinion concordante jointe à l'avis consultatif susmentionné de la CIDH, l'élément subjectif de la coutume internationale n'est autre que l'*opinio juris communis* et « ne saurait résider dans la volonté de chaque Etat pris individuellement »¹³ (avis consultatif n° 16 de 1999, par. 27) ;

¹⁰ *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 30-31, par. 62, et p. 41-43, par. 88 et 91-92.

¹¹ CR 2017/5, p. 39-40, par. 89.

¹² Qui ont respectivement trait au droit à la vie, au droit à la liberté et à la sécurité de la personne, et au droit à un procès équitable, *ibid.*, p. 38-39, par. 86.

¹³ A. A. Cançado Trindade, « Contemporary International Law-Making : Customary International Law and the Systematization of the Practice of States », *Sources of Inter-*

“it is no longer possible to consider the right to information on consular assistance (under Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations) without directly linking it to the *corpus juris* of the ILHR” (IACtHR’s Advisory Opinion No. 16 of 1999, para. 29).

17. In the framework of this latter, the international juridical personality of the human being, emancipated from the domination of the State — as foreseen by the so-called “founding fathers” of international law (the *droit des gens*) — has been established nowadays. (. . .) A “normative” Convention of codification of international law, such as the 1963 Vienna Convention, acquires a life of its own being clearly independent from the “will” of individual States parties. That Convention represents much more than the sum of the individual “wills” of the States parties, and fosters the progressive development of international law (*ibid.*, paras. 30-31).

18. The intermingling between public international law and the international law of human rights gives testimony of the recognition of “the centrality, in this new *corpus juris*, of the universal human rights — what corresponds to a new *ethos* of our times” (*ibid.*, para. 34). It has thus become indispensable to link, for the purpose of protection, “the right to information on consular assistance with the guarantees of the due process of law set forth in the instruments of international protection of human rights” (*ibid.*). This, in turn, bears witness of “the process of *humanization* of international law” (*ibid.*, para. 35), as manifested in particular also in the domain of consular law nowadays (cf. Part VII, *infra*).

V. THE FUNDAMENTAL (RATHER THAN “PLAUSIBLE”) HUMAN RIGHT TO BE PROTECTED: PROVISIONAL MEASURES AS JURISDICTIONAL GUARANTEES OF A PREVENTIVE CHARACTER

19. The right to information on consular assistance is, in the circumstances of the *cas d’espèce*, inextricably linked to the right to life itself, a fundamental and non-derogable right, rather than a simply “plausible” one. This is true not only for the stage of the merits of the case at issue, but also for the stage of provisional measures of protection, endowed with a juridical autonomy of their own (cf. *infra*). Fundamental rights are duly safeguarded by provisional measures of protection endowed with a conventional basis (such as those of the ICJ and of the IACtHR, as truly fundamental (not only “plausible”) rights are at risk¹⁴.

Sources of International Law (XVI Session, 1988), Thessaloniki/Greece, Institute of Public International Law and International Relations, 1992, pp. 77-79.

¹⁴ Article 41 of the ICJ Statute, and Article 63 (2) of the American Convention on Human Rights, respectively.

«il n'est plus possible d'examiner le droit à l'information en matière d'assistance consulaire (en vertu de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires) sans établir un lien direct avec le *corpus juris* du droit international des droits de l'homme» (CIDH, avis consultatif n° 16 de 1999, par. 29).

17. Dans le cadre de ce *corpus juris*, la personnalité juridique internationale de l'être humain, émancipée de la domination de l'Etat — comme cela avait été prévu par les «pères fondateurs» du droit des gens —, a désormais été établie. Toute convention «normative», de codification du droit international, telle que la convention de Vienne de 1963, acquiert une existence propre puisqu'elle est clairement indépendante de la «volonté» de ses différents Etats parties et participe au développement progressif du droit international (*ibid.*, par. 30-31).

18. L'imbrication entre le droit international public et le droit international des droits de l'homme témoigne de la reconnaissance du «caractère central, dans ce nouveau *corpus juris*, des droits de l'homme universels, ce qui correspond à un nouvel *ethos* propre à notre époque» (*ibid.*, par. 34). A des fins de protection, il est ainsi devenu indispensable d'établir un lien entre «le droit à l'information en matière d'assistance consulaire et les garanties d'une procédure régulière énoncées dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme» (*ibid.*), ce qui témoigne du «processus d'humanisation du droit international» (*ibid.*, par. 35) tel qu'il se manifeste notamment aujourd'hui dans le domaine du droit consulaire (cf. partie VII ci-après).

V. LE DROIT DE L'HOMME FONDAMENTAL (ET NON «PLAUSIBLE»)
QU'IL CONVENAIT DE PROTÉGER : LES MESURES CONSERVATOIRES EN TANT
QUE GARANTIES JURIDICTIONNELLES DE NATURE PRÉVENTIVE

19. Le droit à l'information en matière d'assistance consulaire est, dans les circonstances de la présente espèce, inextricablement lié au droit à la vie lui-même, qui est un droit fondamental auquel il ne saurait être dérogé, et non un droit simplement «plausible». Cela vaut non seulement pour la phase de l'examen de l'affaire au fond, mais aussi pour celle des mesures conservatoires, qui ont une autonomie juridique propre (voir ci-après). Lorsque des droits fondamentaux sont menacés, l'indication de mesures conservatoires reposant sur une base conventionnelle (comme celles décidées par la présente Cour ou par la CIDH) permet de protéger ces droits en tant que tels (et non en tant que droits simplement «plausibles») ¹⁴.

national Law (Thesaurus Acroasium, session XVI, 1988), Institut de droit international public et de relations internationales de Thessalonique (Grèce), 1992, p. 77-79.

¹⁴ Article 41 du Statut de la Cour et paragraphe 2 de l'article 63 de la convention américaine des droits de l'homme.

20. In this respect, in my book of personal memories of the IACtHR I recalled, in connection with the importance of compliance with provisional measures of protection, *inter alia*, the case of *James and Others v. Trinidad and Tobago* (1998-2000), pertaining to the guarantees of the due process of law and the suspension of execution of death penalty:

“[T]eníamos conciencia de que trabajábamos contra el reloj, y no podríamos retardar nuestra decisión, pues estaba amenazado, además del derecho a las garantías judiciales, el propio derecho fundamental a la vida. Nuestra acción eficaz [decisión de la suspensión de la ejecución de pena de muerte], acatada por el Estado, llevó a que las vidas de los condenados a la muerte en Trinidad y Tobago fueran salvadas, y las sentencias condenatorias de los tribunales nacionales fueran conmutadas.” [“We were conscious that we worked against the clock, and could not delay our decision, as the right to judicial guarantees, in addition to the fundamental right to life itself, were threatened. Our effective action [decision of suspension of the execution of the death penalty], complied with by the State, saved the lives of those condemned to death in Trinidad and Tobago, and the condemnatory sentences of the national tribunals were commuted.”] [My own translation.]¹⁵

21. The IACtHR extended the protection afforded by successive provisional measures (adopted in 1998-1999) to a growing number of individuals that had been condemned to death (so-called “mandatory” death penalty). To the Order of 25 May 1999 in the *James and Others* case, e.g., I appended a concurring opinion wherein I observed that, also in relation to provisional measures of protection, the international Court (be it the IACtHR or the ICJ) has the inherent power to determine the extent of its own competence (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*), it is the guardian and master of its own jurisdiction (*jurisdictio, jus dicere*, to say what the law is), as its jurisdiction cannot be at the mercy of facts (either at domestic or international level) other than its own actions (*James and Others*, paras. 7-8).

22. In cases of the kind, involving the fundamental human right to life, I proceeded, the Court, by means of provisional measures of protection, goes well beyond the simple search for a balance of the interests of the contending parties (which used to suffice in traditional international law); one is here safeguarding a fundamental human right, and this shows — I concluded — that “provisional measures cannot be restrictively interpreted”, and they impose themselves, to the benefit of the persons con-

¹⁵ A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 4th ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2017, p. 48.

20. A cet égard, dans l'ouvrage de mémoires que j'ai consacré à mes travaux au sein de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, j'ai rappelé, notamment au sujet de l'importance du respect des mesures conservatoires, l'affaire *James et autres c. Trinité-et-Tobago* (1998-2000), qui avait trait aux garanties d'une procédure régulière et à la suspension de l'exécution de la peine de mort :

«[T]eníamos conciencia de que trabajábamos contra el reloj, y no podríamos retardar nuestra decisión, pues estaba amenazado, además del derecho a las garantías judiciales, el propio derecho fundamental a la vida. Nuestra acción eficaz [decisión de la suspensión de la ejecución de pena de muerte], acatada por el Estado, llevó a que las vidas de los condenados a la muerte en Trinidad y Tobago fueran salvadas, y las sentencias condenatorias de los tribunales nacionales fueran conmutadas.» [«Le droit de bénéficiaire de garanties judiciaires et le droit fondamental à la vie lui-même étant menacés, nous avons conscience d'œuvrer contre la montre et qu'il nous fallait rendre notre décision au plus vite. Notre action concrète [décision qu'il soit sursis à l'exécution de la peine de mort], qui a été respectée par l'Etat en cause, a ainsi permis de sauver la vie des personnes qui avaient été condamnées à mort à Trinité-et-Tobago, et les peines prononcées par les tribunaux nationaux ont été commuées.»]¹⁵

21. Par une succession de décisions indiquant des mesures conservatoires (adoptées en 1998-1999), la Cour interaméricaine des droits de l'homme a étendu la protection ainsi offerte à un nombre croissant de personnes qui avaient été condamnées à mort (peines de mort dites «obligatoires»). Dans l'exposé de mon opinion concordante qui a été joint à l'ordonnance rendue le 25 mai 1999 dans l'affaire *James et autres*, j'ai observé, relativement, là encore, aux mesures conservatoires, que les juridictions internationales (qu'il s'agisse de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ou de la présente Cour) avaient le pouvoir inhérent de déterminer la portée de leur propre compétence (compétence de la compétence/*Kompetenz-Kompetenz*); elles sont gardiennes de leur propre compétence, dont elles ont la maîtrise (*jurisdictio, jus dicere*, dire le droit), celle-ci ne pouvant être à la merci de faits (survenus sur le plan interne ou international) autres que leurs propres actes (*James et autres*, par. 7-8).

22. Dans des affaires de cette nature, ai-je poursuivi, qui mettent en cause le droit fondamental à la vie, ces juridictions, au moyen de mesures conservatoires, font bien plus que de rechercher un équilibre entre les intérêts des parties (ce qui était suffisant en droit international classique): elles préservent un droit de l'homme fondamental. Cela montre, ai-je conclu, que «les mesures conservatoires ne sauraient être interprétées de manière restrictive»; elles s'imposent, au profit des personnes concernées,

¹⁵ A. A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional — Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 4^e éd., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2017, p. 48.

cerned, as “true jurisdictional guarantees of a preventive character that they are” (IACtHR, *James and Others*, paras. 13-14, 16 and 18).

23. I also pondered that they are transformed into such jurisdictional guarantees by the proper consideration of their constitutive elements of extreme gravity and urgency, and prevention of irreparable damage to persons (*ibid.*, para. 10), — even more cogently when the fundamental right to life is at stake. Provisional measures of protection have an important role to play when the rights of the human person are also at stake; developed mainly in contemporary international case law, they have, however, been insufficiently studied in international legal doctrine to date.

VI. THE AUTONOMOUS LEGAL REGIME OF PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION

24. May I now reiterate, in the present separate opinion, my understanding that provisional measures of protection are endowed with a juridical autonomy of their own. I have sustained it in my individual opinions in successive cases within the ICJ¹⁶ (and, earlier on, within the IACtHR), thus contributing to its conceptual elaboration in the jurisprudential construction on the matter. I soon identified the component elements of such autonomous legal regimes, namely: the rights to be protected, the obligations proper to provisional measures of protection;

¹⁶ Such as: in my dissenting opinion in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or to Extradite (Belgium v. Senegal)*, Order of 28 May 2009, *I.C.J. Reports 2009*; in my separate opinion in the case of the *Temple of Preăh Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Order of 18 July 2011, *I.C.J. Reports 2011 (II)*; in my dissenting opinion in *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Order of 16 July 2013, *I.C.J. Reports 2013*; in my separate opinion in the same case in the Order of 22 November 2013; in my separate opinion in the Judgment of 16 December 2015 in the joined cases (*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*), Judgment, *I.C.J. Reports 2015 (II)*; in my separate opinion in the case of *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, *Provisional Measures*, Order of 19 April 2017, *I.C.J. Reports 2017*. With the exception of this last one, all other individual opinions of mine, referred to in the present separate opinion (which I have presented both within the ICJ and, earlier on, the IACtHR), are reproduced in the three-volume collection (Series “The Judges”): Judge A. A. Cançado Trindade — *The Construction of a Humanized International Law — A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, Vol. I (Inter-American Court of Human Rights), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 9-852; Vol. II (International Court of Justice), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 853-1876; Vol. III (International Court of Justice, 2013-2016), Leiden, Brill/Nijhoff, 2017, pp. 9-764.

comme les «*authentiques garanties juridictionnelles de nature préventive qu'elles sont*» (CIDH, *James et autres*, par. 13-14, 16 et 18).

23. J'ai également précisé que, si lesdites mesures se transforment en pareilles garanties juridictionnelles, c'est parce qu'il est dûment tenu compte de leurs éléments constitutifs que sont l'extrême gravité et l'urgence, ainsi que la prévention des dommages irréparables causés aux personnes (*ibid.*, par. 10); cela est d'autant plus manifeste lorsque est en cause le droit fondamental à la vie. Les mesures conservatoires ont un rôle important à jouer lorsque les droits de la personne humaine sont eux aussi en jeu; elles se sont principalement développées dans la jurisprudence internationale contemporaine, mais n'ont pas encore été suffisamment étudiées dans la doctrine juridique internationale.

VI. LE RÉGIME JURIDIQUE AUTONOME DES MESURES CONSERVATOIRES

24. Je rappellerai à présent ma position selon laquelle les mesures conservatoires sont dotées d'une autonomie juridique qui leur est propre, position que j'ai soutenue dans les exposés de mon opinion qui ont été joints à différentes décisions rendues par la présente Cour¹⁶ (et, auparavant, par la Cour interaméricaine des droits de l'homme), contribuant ainsi à son élaboration conceptuelle dans le cadre de la construction jurisprudentielle en la matière. J'ai eu tôt fait de définir les éléments constitutifs de ce régime juridique autonome, à savoir: les droits devant être

¹⁶ Comme l'exposé de mon opinion dissidente dans affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009; l'exposé de mon opinion individuelle dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, ordonnance du 18 juillet 2011, C.I.J. Recueil 2011 (II); l'exposé de mon opinion dissidente dans les affaires relatives à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* et à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, ordonnance du 16 juillet 2013 (et mon opinion individuelle dans l'ordonnance du 22 novembre 2013), C.I.J. Recueil 2013; l'exposé de mon opinion individuelle dans les affaires relatives à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* et à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (II), dont les instances ont été jointes; l'exposé de mon opinion individuelle dans l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017. Hormis ce dernier, tous les autres exposés de mon opinion auxquels il est fait référence dans le présent document (lesquels ont été présentés dans le cadre de mes travaux à la Cour et, auparavant, à la Cour interaméricaine des droits de l'homme) sont reproduits dans la collection en trois volumes (coll. «*The Judges*»): *Judge A. A. Cançado Trindade — The Construction of a Humanized International Law — A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, vol. I (Inter-American Court of Human Rights), Leyde, Brill/Nijhoff, 2014, p. 9-852; vol. II (International Court of Justice), Leyde, Brill/Nijhoff, 2014, p. 853-1876; vol. III (International Court of Justice, 2013-2016), Leyde, Brill/Nijhoff, 2017, p. 9-764.

the prompt determination of responsibility (in case of non-compliance) with its legal consequences; the presence of the victim (or potential victim, already at this stage), and the duty of reparations for damages.

25. The present ICJ Order of today, 18 May 2017, in the *Jadhav* case (*India v. Pakistan*), affords yet another illustration to the same effect, contributing to that jurisprudential construction. In the present separate opinion, I have already drawn attention to the presence of rights of States and of individuals together (Part III, *supra*). In effect, as to the ICJ, even though the proceedings in contentious case keeps on being a strictly inter-State one (by attachment to an outdated dogma of the past), this in no way impedes that the beneficiaries of protection in given circumstances are the human beings themselves, individually or in groups, — as I pointed out, e.g., in my dissenting opinion in the case concerning *Questions relating to the Obligation to Prosecute or to Extradite (Belgium v. Senegal)* (Order of 28 May 2009), and in my separate opinion in the case of *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)* (Order of 19 April 2017)¹⁷.

VII. FINAL CONSIDERATIONS: THE HUMANIZATION OF INTERNATIONAL LAW AS MANIFESTED IN THE DOMAIN OF CONSULAR LAW

26. Last but not least, I could not conclude the present separate opinion without addressing a point which has been grabbing my attention since the nineties, successively in two international jurisdictions (IACtHR and ICJ): I refer to the ongoing historical process of the *humanization* of international law, manifesting itself, as in the present *Jadhav* case, in particular also in the domain of consular law. In the present separate opinion, in focusing attention on the rights of States and of individuals as subjects of international law, I recalled the reflections I made in my concurring opinion in the IACtHR's Advisory Opinion No. 16 on the *Right*

¹⁷ Cf. also, on the same jurisprudential construction, my separate opinion in the case *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 2010 (II)*; and cf. also my reflections in, *inter alia*: A. A. Cançado Trindade, “La Expansión y la Consolidación de las Medidas Provisionales de Protección en la Jurisdicción Internacional Contemporánea”, in *Retos de la Jurisdicción Internacional* (eds. S. Sanz Caballero and R. Abril Stoffels), Cizur Menor/Navarra, Cedri/CEU/Thomson Reuters, 2012, pp. 99-117; A. A. Cançado Trindade, “Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, in *Mesures conservatoires et droits fondamentaux* (eds. G. Cohen Jonathan and J.-F. Flauss), Brussels, Bruylant/Nemesis, 2005, pp. 145-163.

protégés ; les obligations propres aux mesures conservatoires ; la détermination sans délai de la responsabilité (en cas de non-exécution) et ses conséquences juridiques ; la présence de la victime (ou de la victime potentielle, dès la présente phase de la procédure) et l'obligation de réparer les préjudices causés.

25. L'ordonnance que la Cour a rendue ce jour en l'affaire *Jadhav* constitue une nouvelle illustration de mon propos et contribue elle aussi à ladite construction jurisprudentielle à cet égard. J'ai déjà, dans cet exposé, appelé l'attention sur la présence concomitante de droits étatiques et de droits individuels (partie III ci-dessus). De fait, s'agissant de la présente Cour, bien que la procédure dans les affaires contentieuses demeure strictement inter-étatique (par attachement à un vieux dogme dépassé), cela n'empêche nullement que les bénéficiaires de la protection fournie par des mesures conservatoires dans une situation donnée soient les êtres humains eux-mêmes, à titre individuel ou collectif. J'ai notamment précisé ce point dans l'exposé de mon opinion dissidente jointe à l'ordonnance rendue le 28 mai 2009 en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* et dans l'exposé de mon opinion individuelle jointe à l'ordonnance rendue le 19 avril 2017 en l'affaire relative à l'*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*¹⁷.

VII. CONSIDÉRATIONS FINALES : L'HUMANISATION DU DROIT INTERNATIONAL TELLE QU'ELLE SE MANIFESTE DANS LE DOMAINE DU DROIT CONSULAIRE

26. Enfin, et ce n'est pas le moins important, je ne pouvais pas conclure le présent exposé sans aborder un point auquel je n'ai cessé de m'intéresser depuis les années 1990, successivement au sein de deux juridictions internationales (la Cour interaméricaine des droits de l'homme, puis la présente Cour), à savoir le processus historique continu d'*humanisation* du droit international, qui se manifeste notamment, comme c'est le cas de la présente affaire, dans le domaine du droit consulaire. En examinant la question des droits des Etats et des personnes en tant que sujets du droit international, je me suis référé aux réflexions que j'avais énoncées dans

¹⁷ Voir également, au sujet de cette même construction jurisprudentielle, l'exposé de mon opinion individuelle dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010 (II)* ; et voir aussi, notamment, mes réflexions dans A. A. Cançado Trindade, « La Expansión y la Consolidación de las Medidas Provisionales de Protección en la Jurisdicción Internacional Contemporánea », *Retos de la Jurisdicción Internacional* (sous la dir. de S. Sanz Caballero et R. Abril Stoffels), Cizur Menor (Navarre), Cedri/CEU/Thomson Reuters, 2012, p. 99-117 ; A. A. Cançado Trindade, « Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Mesures conservatoires et droits fondamentaux* (sous la dir. de G. Cohen Jonathan et J.-F. Flauss), Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2005, p. 145-163.

to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law (of 1 October 1999).

27. I pondered therein that, in spite of the fact that the 1963 Vienna Convention on Consular Relations precedes chronologically the two 1966 UN Covenants on Human Rights, Article 36 (1) of the former was soon to be interpreted under the impact of the ILHR (cf. Part II, *supra*). One could no longer dissociate the rights enshrined in that provision from the evolutive interpretation of the relevant norms of protection of human rights. States and individuals, as subjects of international law, and their corresponding rights, came to be taken together, as they should have been, in the new humanized *jus gentium*.

28. Shortly afterwards, in my following concurring opinion in the IACtHR's complementary Advisory Opinion No. 18 on the *Judicial Condition and Rights of Undocumented Migrants* (of 17 September 2003), I retook the point that, by the turn of the century, the humanization of international law was manifested, with judicial recognition, in new developments in the domain of consular law (paras. 1-2). I singled out the relevance, in this evolution, of fundamental principles, laying on the foundations themselves of the law of nations (*le droit des gens*, as foreseen by the "founding fathers" of the discipline), as well as of the emergence of *jus cogens* and the corresponding obligations *erga omnes* of protection, in their horizontal and vertical dimensions (*ibid.*, paras. 3 and 44-85).

29. Among general principles of law (in both comparative domestic law and international law), those which are endowed with a true fundamental character, I went on, do indeed form the *substratum* of the legal order itself, revealing the *right to the law* (*droit au droit*), of which are *titulaires*, all human beings, irrespective of their statute of citizenship or any other circumstance (*ibid.*, para. 55). Without such principles, — which are truly *prima principia*, — wherefrom norms and rules emanate and wherein they find their meaning, the "legal order" simply "is not accomplished, and ceases to exist as such" (*ibid.*, para. 46).

30. I further made a point of underlying, in the same concurring opinion, that the "great legacy of the juridical thinking of the second half of the twentieth century, in my view, has been, by means of the emergence and evolution of ILHR, the rescue of the human being as subject" of the law of nations, endowed with international legal personality and capacity (*ibid.*, para. 10). This was due to the awakening of the *universal juridical conscience* (*ibid.*, paras. 25 and 28), — the *recta ratio* inherent to humanity, — as the ultimate *material source* of the law of nations¹⁸, standing well above the "will" of individual States. It was necessary, in our days, — I added, — "to stimulate this awakening of the *universal juridical conscience*

¹⁸ Cf., in this respect, A. A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind . . .", *op. cit. supra* note 8, Chap. VI, pp. 177-202.

mon opinion concordante jointe à l'avis consultatif n° 16 donné le 1^{er} octobre 1999 par la CIDH sur le *Droit à l'information en matière d'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière*.

27. Dans cet exposé, j'avais précisé que, bien que la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 ait précédé chronologiquement les deux pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966, le paragraphe 1 de l'article 36 de ce premier instrument allait rapidement être interprété à la lumière du droit international des droits de l'homme (voir partie II ci-dessus). Les droits énoncés dans cette disposition ne pouvaient en effet plus être dissociés de l'interprétation évolutive des normes pertinentes relatives à la protection des droits de l'homme. Les Etats et les personnes, en tant que sujets du droit international — ainsi que leurs droits respectifs —, en sont venus à être considérés ensemble, comme ils devaient l'être, dans le cadre d'un nouveau *jus gentium* humanisé.

28. Peu de temps après, dans l'exposé de mon opinion concordante jointe à l'avis consultatif complémentaire n° 18 donné le 17 septembre 2003 par la CIDH sur la *Situation juridique et [des] droits des migrants sans papiers* (par. 1-2), j'ai réaffirmé que, en ce tournant du siècle, l'humanisation du droit international se manifestait par de nouveaux développements dans le domaine du droit consulaire, lesquels bénéficiaient d'une reconnaissance judiciaire. J'ai mis l'accent sur l'importance, dans le cadre de cette évolution, des principes fondamentaux reposant sur les bases mêmes du droit des gens (tel que prévu par les «pères fondateurs» de la discipline), ainsi que de l'émergence du *jus cogens* et des obligations de protection *erga omnes* correspondantes, dans leurs dimensions horizontale et verticale (*ibid.*, par. 3 et 44-85).

29. Parmi les principes généraux du droit (tant en droit comparé qu'en droit international), ai-je poursuivi, ceux qui revêtent un caractère véritablement fondamental forment de fait le *substratum* de l'ordre juridique lui-même, mettant au jour le droit au droit, dont sont titulaires tous les êtres humains, indépendamment de leur citoyenneté ou de toute autre circonstance (*ibid.*, par. 55). Sans ces principes — qui sont d'authentiques *prima principia* —, dont émanent les normes et les règles et dans lesquels celles-ci puisent leur sens, l'«ordre juridique» est tout simplement «inaccompli, et cesse d'exister en tant que tel» (*ibid.*, par. 46).

30. J'ai en outre tenu à souligner, dans ce même exposé de mon opinion concordante, que, «selon moi, le grand héritage de la pensée juridique du XX^e siècle a[vait] été, de par l'émergence et l'évolution du droit international des droits de l'homme, de réintroduire l'être humain en tant que sujet» du droit des gens, doté de la personnalité et de la capacité juridiques internationales (*ibid.*, par. 10). Ce phénomène était dû au réveil de la *conscience juridique universelle* (*ibid.*, par. 25 et 28) — la *recta ratio* inhérente à l'humanité —, en tant que *source matérielle* ultime du droit des gens¹⁸, bien supérieure à la «volonté» des Etats. Et j'ai ajouté qu'il était désormais nécessaire «de stimuler ce réveil de la *conscience juridique universelle* afin d'intensifier

¹⁸ Sur ce point, voir A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind...», *op. cit. supra* note 8, chap. VI, p. 177-202.

to intensify the process of humanization of contemporary international law” (IACtHR’s complementary Advisory Opinion No. 18 of 17 September 2003, para. 25)¹⁹.

31. This outlook was to have prompt repercussions in the region of the world I originally come from, though it in effect looked well beyond it: in acknowledging the expansion of international legal personality and capacity of individuals (along with of States), this development kept in mind the *universality* of the law of nations, as originally propounded by its “founding fathers” (*totus orbis* and *civitas maxima gentium*), and re-emerged in our times.

32. That outlook has decisively contributed to the formation, *inter alia* and in particular, of an *opinio juris communis* as to the right of individuals, under Article 36 (1) (*b*) of the 1963 Vienna Convention, reflecting the ongoing process of humanization of international law, encompassing relevant aspects of consular relations²⁰. Always faithful to this humanist universal outlook, I deem it fit to advance it, once again, in the present separate opinion in the Order that the ICJ has just adopted today, 18 May 2017, in the *Jadhav* case.

33. The ICJ has, after all, shown awareness that the provisional measures of protection rightly indicated by it in the present Order (resolatory point I of the *dispositif*) are aimed at preserving the rights of *both* the State and the individual concerned (para. 48) under Article 36 (1) of the 1963 Vienna Convention. The jurisprudential construction to this effect, thus, to my satisfaction, keeps on moving forward. Contemporary international tribunals have a key role to play in their common mission of the realization of justice.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

¹⁹ As I had earlier asserted also, e.g., in my concurring opinion (para. 12) in the IACtHR’s Order on provisional measures of protection in the case of *Haitians and Dominicans of Haitian Origin in the Dominican Republic* (of 18 August 2000).

²⁰ 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”, in 6 *Chinese Journal of International Law* (2007), No. 1, pp. 1-3, 5 and 15. I further pointed out the impact of that outlook was also acknowledged in expert writing, as from the IACtHR’s Advisory Opinion No. 19, of 1 October 1999, followed by the subsequent decision of the ICJ of 27 June 2001 in the *LaGrand* case (*Germany v. United States of America*); I further recalled that the then UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, in a statement issued on 8 August 2002 (and made public in a press release of the UN High Commissioner for Human Rights of the same date), urged the respondent State in the *LaGrand* case to stay the execution of a Mexican national (Mr. J. S. Medina), “on the basis of the Advisory Opinion No. 16 of the IACtHR and the subsequent Judgment of the ICJ in the *LaGrand* case (27 June 2001)”; *ibid.*, p. 10. And, on the pioneering character of the aforementioned IACtHR’s Advisory Opinion No. 16 of 1999, in addition to that of its case law of that time asserting the binding character of provisional measures of protection, cf. also G. Cohen-Jonathan, “Cour européenne des droits de l’homme et droit international général (2000)”, 46 *Annuaire français de droit international* (2000), p. 642.

le processus d'humanisation du droit international contemporain» (CIDH, avis consultatif complémentaire n° 18 du 17 septembre 2003, par. 25)¹⁹.

31. Cette évolution devait avoir des répercussions rapides dans la région du monde dont je suis originaire, alors même qu'elle en dépassait largement le cadre : en reconnaissant le développement de la personnalité et de la capacité juridiques internationales des personnes (au côté de celle des Etats), elle tenait compte de l'*universalité* du droit des gens, telle qu'initialement posée par les «pères fondateurs» de la discipline (*totus orbis et civitas maxima gentium*) et qui venait de revoir le jour.

32. Ladite évolution a notamment contribué de manière décisive à la formation d'une *opinio juris communis* quant au droit des personnes au regard de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, reflétant le processus continu d'humanisation du droit international qui englobe les aspects pertinents des relations consulaires²⁰. Toujours fidèle à cette conception humaniste universelle, j'ai jugé utile de la défendre une fois encore dans le présent exposé de mon opinion individuelle joint à l'ordonnance que la Cour a rendue ce jour, le 18 mai 2017, en l'affaire *Jadhav*.

33. Après tout, la Cour a montré qu'elle avait conscience de ce que les mesures conservatoires qu'elle a indiquées à juste titre dans cette ordonnance (au point 1 du dispositif) visent à sauvegarder les droits de l'Etat *comme* de la personne concernée (par. 48) au regard du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963. Je me félicite donc de ce que la construction jurisprudentielle à cet effet se poursuive. Dans le cadre de leur mission commune de réalisation de la justice, les juridictions internationales contemporaines ont un rôle déterminant à jouer à cet égard.

(*Signé*) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

¹⁹ Ce que j'avais aussi déjà souligné dans mon opinion concordante jointe à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 18 août 2000 (*Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne en République dominicaine*, CIDH, par. 12).

²⁰ A. A. Cançado Trindade, «The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n° 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice», *Chinese Journal of International Law* (2007), vol. 6, n° 1, p. 1-3, 5 et 15. J'ai également observé que l'impact de cette évolution avait aussi été reconnu dans la doctrine à partir de l'avis consultatif n° 19 donné le 1^{er} octobre 1999 par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, puis par la décision rendue par la présente Cour le 27 juin 2001 en l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*; j'ai en outre rappelé que la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies avait alors, dans une déclaration du 8 août 2002 (et rendue publique le même jour dans un communiqué de presse du haut-commissaire des Nations Unies sur les droits de l'homme), appelé instamment le défendeur en l'affaire *LaGrand* à surseoir à l'exécution d'un ressortissant mexicain (M. J. S. Medina), «sur la base de l'avis consultatif n° 16 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et de l'arrêt rendu ensuite par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand*»; *ibid.*, p. 10. Enfin, au sujet du caractère pionnier de l'avis consultatif susmentionné de la Cour interaméricaine — comme de sa jurisprudence de l'époque affirmant le caractère obligatoire des mesures conservatoires —, voir aussi G. Cohen-Jonathan, «Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2000)», *Annuaire français de droit international*, vol. 46 (2000), p. 642.