

DECLARATION OF JUDGE ROBINSON

Jurisdiction of the Court — Relationship between Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Article 36 (1) (c) of the Vienna Convention on Consular Relations — Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties — Interpretation of Subsequent Agreements under Article 73 (2) of the Vienna Convention on Consular Relations — Relationship between Article 73 (2) of the Vienna Convention on Consular Relations and the 2008 Agreement between India and Pakistan on Consular Access.

A. THE HUMAN RIGHTS CHARACTER OF THE RIGHTS AND OBLIGATIONS
UNDER ARTICLE 36 OF THE VIENNA CONVENTION

1. The question of the relationship between the Vienna Convention on Consular Relations (“the Vienna Convention”) and the International Covenant on Civil and Political Rights (“the Covenant”) was addressed three times by the Court in its Judgment. First, in response to India’s submission that the Court declare Pakistan to be in breach of Mr. Jadhav’s “elementary human rights” as reflected in Article 14 of the Covenant, the Court held that its jurisdiction was based on Article I of the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations concerning the Compulsory Settlement of Disputes and “[did] not extend to the determination of breaches of international law obligations other than those under the Vienna Convention” (see paragraph 36 of the Judgment). Second, in response to India’s submission that the Court should declare that the sentence [of death] handed down by Pakistan’s military courts violated international law, including Article 14 of the Covenant, the Court stressed that the remedies to be ordered can only provide reparation for breaches of obligations under the Vienna Convention, which is the basis of its jurisdiction in the case brought by India (see paragraph 135 of the Judgment). In that regard, it is to be noted that the relief sought by India was the annulment of Mr. Jadhav’s conviction and sentence as well as his release. Third, the Court acknowledged that the Covenant could, however, play a role in the interpretation of the Vienna Convention through Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (see paragraph 135 of the Judgment).

DÉCLARATION DE M. LE JUGE ROBINSON

[Traduction]

Compétence de la Cour — Rapport entre l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires — Principe de l'incorporation systémique et alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités — Interprétation des accords ultérieurs visés au paragraphe 2 de l'article 73 de la convention de Vienne sur les relations consulaires — Rapport entre le paragraphe 2 de l'article 73 de la convention de Vienne sur les relations consulaires et l'accord sur «l'accès consulaire» conclu en 2008 par l'Inde et le Pakistan.

A. LES DROITS ET OBLIGATIONS PRÉVUS À L'ARTICLE 36 DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LES RELATIONS CONSULAIRES SONT DU MÊME ORDRE QUE CEUX ÉNONCÉS DANS LES INSTRUMENTS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME

1. Dans le présent arrêt, il est par trois fois question du rapport entre la convention de Vienne sur les relations consulaires (ci-après «la convention de Vienne») et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après «le Pacte»). Tout d'abord, en réponse à la conclusion par laquelle l'Inde lui demandait de déclarer que le Pakistan avait agi au mépris des «droits de l'homme élémentaires» de M. Jadhav, protégés par l'article 14 du Pacte, la Cour a dit que sa compétence, fondée sur l'article premier du protocole de signature facultative à la convention de Vienne concernant le règlement obligatoire des différends, «ne s'étend[ait] pas à la question de savoir si des obligations de droit international autres que celles découlant de la convention de Vienne [n'avaient] pas été respectées» (voir le paragraphe 36 de l'arrêt). Ensuite, au sujet de la conclusion par laquelle l'Inde lui demandait de déclarer que la condamnation [à mort] prononcée par des tribunaux militaires pakistanais était contraire au droit international, notamment à l'article 14 du Pacte, la Cour a souligné que les remèdes qu'il y avait lieu de prescrire devaient avoir pour but de réparer uniquement le préjudice causé par des manquements aux obligations prévues par la convention de Vienne, qui est le fondement de sa compétence en l'espèce (voir le paragraphe 135 de l'arrêt). Il est à noter que le remède sollicité par l'Inde était l'annulation du verdict et de la sentence prononcés contre M. Jadhav et sa libération. Enfin, la Cour a admis que, conformément à l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités, le Pacte pouvait néanmoins jouer un rôle dans l'interprétation de la convention de Vienne sur les relations consulaires (voir le paragraphe 135 de l'arrêt).

2. Against the background of these findings the following propositions are advanced concerning the relationship between the Vienna Convention and the Covenant:

- (i) There is a strong and meaningful legal connection between Article 36 of the Vienna Convention and Article 14 of the Covenant that might impact on the question of the Court's jurisdiction.
- (ii) The Covenant is, as its name implies, a human rights treaty. The greatest development in international law following the Second World War has been the growth of a body of law, reflected in international declarations and treaties, designed to protect the inalienable rights of the individual. This development is a response to the atrocities committed in the war, against individuals. The Covenant is the leading conventional instrument for the protection of the rights of the individual.
- (iii) The rights set out in Article 14 of the Covenant apply to "everyone" (see, in particular, paragraphs 1, 2 and 3 of Article 14); as such, they apply as much to persons in a foreign country as they do to persons in their own country; they also apply "in full equality", meaning that a national in a foreign country is entitled to the same protection through the rights set out in Article 14 as a national of his own country or a national in the receiving State. The right of equal access to a court means that States parties to the Covenant have a positive international legal obligation to ensure that there exist independent and impartial courts which enable them to conduct a fair trial in criminal proceedings which grant to accused persons the minimum rights that are set out in Article 14 (2) to 14 (7) of the Covenant.
- (iv) The bundle of rights in Article 14 (3) of the Covenant is not an exhaustive list of those rights; it comprises "minimum guarantees" to which "everyone" is entitled "in full equality". Thus other rights may be added to the list, provided they share the essential characteristics of the seven rights in the bundle, that is, they are rights designed to ensure that an individual has the right to a fair hearing guaranteed by Article 14 (1) of the Covenant.
- (v) A human right is a right that applies to all persons without distinction of any kind, such as race, colour, national or social origin and sex. The essence of human rights is that, as the preamble to the Covenant indicates, they "derive from the inherent dignity of the human person" and are "the foundation of freedom, *justice* and peace in the world" (emphasis added). Notice that justice is one of the ends served by the enjoyment of a human right. The right to a fair trial in Article 14 of the Covenant and the notion of equality

2. Au vu de ces conclusions, j'avance les propositions suivantes au sujet du rapport entre la convention de Vienne et le Pacte :

- i) Il existe un rapport juridique étroit et significatif entre l'article 36 de la convention de Vienne et l'article 14 du Pacte, qui pouvait avoir une incidence sur la question de la compétence de la Cour.
- ii) Le Pacte, comme son titre l'indique, est un traité relatif aux droits de l'homme. Après la Seconde Guerre mondiale, la manifestation la plus importante du développement du droit international a été la formation d'un corpus de règles juridiques qui ont trouvé leur expression dans des déclarations et des traités ayant pour but de protéger les droits inaliénables de l'individu. Cette évolution du droit international est une réponse aux atrocités commises pendant la guerre contre des individus. Le Pacte est le principal instrument conventionnel ayant pour objet la protection des droits individuels.
- iii) Les droits énoncés à l'article 14 du Pacte sont les droits de « toute personne » (voir en particulier les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article); en tant que tels, ils valent autant pour les personnes se trouvant à l'étranger que pour celles qui n'ont pas quitté leur pays; ils doivent de plus être accordés « en pleine égalité », ce qui veut dire qu'une personne se trouvant dans un pays étranger doit y jouir, au titre des droits énoncés à l'article 14 du Pacte, de la même protection que les nationaux de ce pays. Le droit à l'égalité d'accès à la justice signifie que les Etats parties au Pacte sont tenus à l'obligation positive de droit international de veiller à ce qu'il existe chez eux des tribunaux indépendants et impartiaux devant lesquels puissent avoir lieu des procès équitables dans le cadre d'une procédure pénale respectant les droits minima des accusés énoncés aux paragraphes 2 à 7 de l'article 14 du Pacte.
- iv) L'énumération qui figure au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte n'est pas une liste exhaustive de ces droits; elle comprend les garanties auxquelles « toute personne » a « au moins » droit « en pleine égalité ». D'autres droits peuvent donc y être ajoutés, pourvu qu'ils présentent les mêmes caractéristiques essentielles que les sept déjà prévus, à savoir qu'ils doivent être conférés dans le but de permettre à tout accusé de jouir effectivement du droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, comme le garantit le paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte.
- v) Un droit de l'homme est un droit conféré à tous, sans aucune distinction fondée sur des facteurs tels que la race, la couleur, l'origine nationale ou sociale et le sexe. Comme il est dit dans le préambule du Pacte, les droits de l'homme « découlent de la dignité inhérente à la personne humaine » et constituent « le fondement de la liberté, de la *justice* et de la paix dans le monde » (les italiques sont de moi). Il est à noter que la justice est l'une des fins que sert la jouissance d'un droit de l'homme. Le droit à un procès équitable inscrit à l'article 14 du Pacte et le prin-

before the law means that persons must be granted an equal access to the Court without any distinction based on the factors in Article 2 (1) of the Covenant including national or social origin. Where a foreign national, who may not even speak the language of the receiving State, is prevented from communicating with his consul to arrange his legal representation it is questionable whether he has been granted access to the Court in full equality with the nationals of the receiving State.

- (vi) It follows from the fifth proposition that the rights to consular access and protection under Article 36 of the Vienna Convention are as much human rights as any of the seven rights in Article 14 (3) of the Covenant. This is so because they offer to a person facing a criminal charge in a foreign country protection that may be taken for granted or, at any rate, may be much easier to access by a national of the sending State facing a criminal charge in that State or by a national of the receiving State facing a criminal charge in that State. Absent the rights set out in Article 36 of the Vienna Convention, the universality of the protection guaranteed by Article 14 for “everyone” “in full equality” may prove to be illusory. The condition of being a foreigner in a country facing a criminal charge calls for heightened scrutiny, because such a person may be less able to cope with the intricacies of a foreign criminal justice system than a national of the sending State facing a criminal charge in that State or a national of the receiving State facing a criminal charge in that State. The inherent dignity of the foreign national requires that he be given the same access to justice as a national of the sending State facing a criminal charge in that State or as a national of the receiving State facing a criminal charge in that State, and in any event that he be given no less than a fair trial as required by the peremptory norm set out in Article 14 (3) of the Covenant.
- (vii) Article 36 of the Vienna Convention therefore should be seen as providing a kind of foreign parity with the rights enjoyed by a person facing a criminal charge in the receiving State. That is why so many modern day treaties require that the right to consular access be observed in relation to a person facing a criminal charge in a foreign country. For example, Article 6 (3) of the United Nations Convention against Torture mandates that a person in custody “shall be assisted in communicating immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he is a national”¹. This is as much a substantive obligation as any of the obligations set out in the other paragraphs of this Article, including paragraph 1 requiring a State party to take into custody a person in its territory who is alleged to have committed an act of torture. If, for

¹ See also Article 13 (3) of the Convention on Offences and Certain Other Acts on Board Aircraft, 1963; Article 6 (3) of the Convention for the Suppression of Unlawful

cipe de l'égalité devant la loi signifient que le droit à l'égalité d'accès aux tribunaux est reconnu à tous, sans distinction fondée sur les facteurs énumérés au paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, dont l'origine nationale ou sociale. Lorsqu'un ressortissant étranger qui ne parle même pas la langue de l'Etat de résidence n'est pas autorisé à communiquer avec le consulat de son pays pour que celui-ci pourvoie à sa représentation en justice, il y a lieu de douter qu'il ait eu accès à la justice en pleine égalité avec les ressortissants dudit Etat.

- vi) Il résulte de la proposition qui précède que le droit à la communication avec les autorités consulaires et le droit à l'assistance consulaire prévus à l'article 36 de la convention de Vienne sont tout autant des droits de l'homme que les sept droits énumérés au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte. La raison en est qu'ils offrent à une personne visée par des poursuites pénales dans un pays étranger une protection qui serait peut-être considérée comme allant de soi, et pourrait en tout cas être beaucoup plus facile à obtenir, si des poursuites semblables étaient exercées dans son pays contre un ressortissant de l'Etat d'envoi ou de l'Etat de résidence. Lorsque les droits énoncés à l'article 36 de la convention de Vienne ne sont pas respectés, l'universalité de la protection garantie par l'article 14 du Pacte à « toute personne » et « en pleine égalité » risque de se révéler illusoire. La situation d'un étranger faisant l'objet de poursuites pénales mérite une attention particulière, parce que l'intéressé risque d'être moins à même d'affronter la complexité du système juridique local que s'il était poursuivi dans son propre pays ou était ressortissant de l'Etat de résidence. Le respect de la dignité inhérente au ressortissant étranger visé par des poursuites pénales requiert que celui-ci se voie accorder les mêmes conditions d'accès à la justice que s'il était poursuivi dans son pays ou était ressortissant de l'Etat de résidence; il devrait en tout cas bénéficier au moins de la garantie d'un procès équitable, comme le veut la règle impérative énoncée au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte.
- vii) L'article 36 de la convention de Vienne devrait donc être considéré comme prévoyant en quelque sorte la parité entre les droits d'un étranger accusé d'une infraction pénale et ceux d'un ressortissant de l'Etat de résidence poursuivi dans son pays pour une telle infraction. C'est pourquoi tant de traités récents stipulent que le droit à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi doit être respecté lorsque l'un de ceux-ci fait l'objet de poursuites pénales sur le territoire de l'Etat de résidence. Par exemple, le paragraphe 3 de l'article 6 de la convention des Nations Unies contre la torture prévoit que toute personne détenue pour des faits visés audit article « peut communiquer immédiatement avec le plus proche représentant qualifié de l'Etat dont elle a la nationalité »¹. L'obligation de respecter ce droit est une obligation

¹ Voir également le paragraphe 3 de l'article 13 de la convention de 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, le paragraphe 3 de l'ar-

example, as a result of a person in custody being denied the right to communicate with his consular representative, that person was not represented at his trial by a lawyer and was convicted, in most systems of law that trial would be null and void. By the same token, the obligation to provide consular access under Article 36 (1) of the Vienna Convention, which also applies to a person who, *inter alia*, is in custody, has a substantive character in view of its importance in securing the rights under that Article.

- (viii) The right to consular access and the corresponding obligation to grant it, whether under Article 36 of the Vienna Convention or under any of the above-mentioned treaties, have passed into customary international law.
- (ix) The right of a person under Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention to have his consular post informed of his arrest or detention and to be informed of this right is of fundamental importance in securing the universality and equality of treatment guaranteed by Article 14 of the Covenant. But of even greater significance is the right of a consular officer under Article 36 (1) (c) of the Vienna Convention to visit, converse and correspond with, and arrange for the legal representation of a national of the sending State who is in prison, custody or detention. This right enures for the benefit of the foreign national in prison, custody or detention who may be in need of legal representation in a forthcoming trial. The fact that the foreign national is the beneficiary of this provision is clearly indicated by the statement in the last sentence that the consular officer cannot provide assistance “if [the national] expressly opposes such action”. Without a foreign national’s consular officer being able to arrange for his legal representation, it is very likely that none of the

Acts against the Safety of Civil Aviation, 1971; Article 6 (2) of the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, 1973; Article 6 (3) of the Convention against the Taking of Hostages, 1979; Article 17 (2) of the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, 1994; Article 9 (3) of the Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 1999; Article 17 of the Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances, 2006. All of these conventions provide for the right of a person in custody to be assisted in communicating immediately with a representative of the State of which he is a national. These provisions are to be found in articles which undoubtedly create substantive legal obligations. There is nothing to suggest that they create anything other than a substantive legal obligation on the part of the country where the person is in custody.

de fond tout autant que celles énoncées dans les autres paragraphes de l'article, y compris son paragraphe 1, aux termes duquel tout Etat partie sur le territoire duquel se trouve une personne soupçonnée d'actes de torture doit la placer en état de détention. Si un étranger à qui le droit de communiquer avec les autorités consulaires de son pays a été refusé est ensuite condamné à l'issue d'un procès où il n'a pas été représenté par un avocat, ce procès, dans la plupart des systèmes juridiques, serait frappé de nullité. De même, l'obligation de permettre la communication entre un ressortissant de l'Etat d'envoi et les autorités consulaires de celui-ci prévue au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, qui vaut notamment pour les détenus, a le caractère d'une obligation de fond parce qu'il est essentiel qu'elle soit observée pour qu'il puisse être donné effet aux droits énoncés dans ledit article.

- viii) Le droit de communiquer avec les autorités consulaires et l'obligation correspondante d'en permettre l'exercice font désormais partie du droit international coutumier, qu'ils soient prévus à l'article 36 de la convention de Vienne ou dans l'un quelconque des traités susmentionnés.
- ix) Le droit que l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention confère à une personne arrêtée ou détenue sur le territoire d'un Etat étranger d'être informée par les autorités de celui-ci qu'elle peut leur demander d'en aviser le poste consulaire de son pays revêt une importance fondamentale en tant que moyen d'assurer l'universalité et l'égalité garanties par l'article 14 du Pacte. Cependant, le droit que l'alinéa *c)* du paragraphe 1 du même article donne aux fonctionnaires consulaires de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est incarcéré ou en état de détention préventive ou de toute autre forme de détention de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice est plus important encore. Ce droit est prévu au bénéfice des ressortissants de l'Etat d'envoi se trouvant dans une telle situation qui, dans l'attente d'un procès, peuvent avoir besoin d'assurer leur représentation en justice. Le fait que cette disposition est prévue au bénéfice des ressortissants étrangers ressort clairement de la dernière phrase de l'ali-

ticle 6 de la convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, le paragraphe 2 de l'article 6 de la convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, le paragraphe 3 de l'article 6 de la convention de 1979 contre la prise d'otages, le paragraphe 2 de l'article 17 de la convention de 1994 sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, le paragraphe 3 de l'article 9 de la convention de 1999 pour la répression du financement du terrorisme et l'article 17 de la convention de 2006 sur les disparitions forcées. Toutes ces conventions prévoient que toute personne détenue pour des faits visés par leurs dispositions a droit à une assistance lui permettant de communiquer immédiatement avec un représentant de l'Etat dont elle est ressortissante. Les articles où figurent ces dispositions créent indubitablement des obligations juridiques de fond. Rien ne donne à penser qu'elles créent autre chose que de telles obligations, qui s'imposent au pays où la personne est détenue.

seven rights set out in Article 14 of the Covenant would be given effect. In that bundle, the right that is most at peril in relation to a person in a foreign country facing a criminal charge is the right under Article 14 (3) (b) “[t]o have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing”; it is also a right that is closely connected to the right of the foreign national to have that national’s consular officer arrange for his legal representation. Absent arrangements for legal representation, there is a strong possibility that the foreigner in custody will not be able to prepare his defence adequately by selecting and communicating with a lawyer of his choice.

- (x) In light of the foregoing, it is difficult to accept the submission that “unlike legal assistance, consular assistance is not regarded as a predicate to a criminal proceeding” (paragraph 129 of the Judgment). This submission was made by Pakistan in this case in response to the claim by India that breach of Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention resulting from failure to notify the consul should lead to an annulment of the trial proceedings. The right to consular access can have a significant relationship with a criminal trial even if it does not result in an annulment of the trial. But in my view there are situations in which the failure to notify the consul that his national is in custody facing a criminal charge can, and should, lead to an annulment of the trial procedures. I hasten to add that such action would be taken by a domestic court and not by the Court, which should content itself with adverting in its Judgment to the fundamental breach and requiring that full weight is given to the effect of the violation of the rights by the domestic court in carrying out any review that it may order. An example of such a fundamental breach requiring an annulment would be a case in which, as a result of the failure to notify the consul that its national is in custody, that national has no legal representation in his trial, and this failure was a substantial factor in the national’s conviction. In any event, the assistance given by a consul in making arrangements for his national’s legal defence when that national is in a foreign country facing a criminal charge is an integral part of a sequence that involves choosing his lawyer, consulting with that lawyer in the preparation of his defence, and being represented in his trial by a lawyer of his choice. In the peculiar circumstances in which that foreign national finds himself this assistance is very much an indispensable and foundational step leading up to the trial proceedings. Thus it is incorrect to treat the consul’s assistance

néa *c*), qui stipule que les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenir auprès d'un ressortissant de leur pays «lorsque l'intéressé s'y oppose expressément». Si les autorités consulaires ne peuvent pas pourvoir à la représentation en justice d'un ressortissant de l'Etat d'envoi en état de détention, il est très probable qu'aucun des sept droits énumérés à l'article 14 du Pacte ne sera effectivement exercé. Parmi ces droits, celui qui est le plus menacé lorsqu'une personne fait l'objet de poursuites pénales dans un pays étranger est le droit énoncé à l'alinéa *b*) du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte «[à] disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix»; ce droit est aussi étroitement lié au droit du ressortissant étranger à ce que des fonctionnaires consulaires pourvoient à sa représentation en justice. Si aucune disposition n'est prise pour sa représentation, il est fort probable que le détenu étranger sera incapable de préparer convenablement sa défense en choisissant un avocat et en communiquant avec lui.

- x) Au vu de ce qui précède, on peut difficilement admettre l'assertion selon laquelle, «à la différence de l'assistance juridique, l'assistance consulaire n'est pas considérée comme une condition à remplir dans une procédure pénale» (voir le paragraphe 129 de l'arrêt). Cette assertion a été avancée par le Pakistan en réponse à l'argument de l'Inde selon lequel la violation des dispositions de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention qui avait résulté du défaut de notification consulaire devait entraîner l'annulation du procès de M. Jadhav. Des atteintes au droit à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi peuvent avoir une incidence notable sur le déroulement d'un procès pénal, même s'il n'en résulte pas l'annulation de celui-ci. Je pense cependant qu'il y a des situations dans lesquelles le défaut de notification aux autorités consulaires de la détention d'un ressortissant de l'Etat d'envoi accusé d'infractions pénales peut et devrait entraîner l'annulation du procès. Je m'empresse d'ajouter que pareille décision appartient à une juridiction interne, et non à la Cour, qui devrait se contenter d'appeler l'attention sur la gravité de la violation et, si elle ordonne une procédure de réexamen, de demander que la juridiction interne qui en sera chargée accorde tout le poids qu'ils méritent aux effets de ladite violation. Par exemple, la gravité de la violation justifierait l'annulation du procès si, en conséquence du défaut de notification au consulat de la détention d'un ressortissant de l'Etat d'envoi, ce ressortissant n'avait pas été représenté lors de son procès, et s'il était établi que ce fait avait été un facteur important de sa condamnation. En tout état de cause, l'assistance prêtée par les autorités consulaires pour assurer la représentation en justice d'un ressortissant de l'Etat d'envoi visé par des poursuites pénales sur le territoire de l'Etat de résidence permet à l'intéressé de choisir un avocat qui le représentera au procès, et de le consulter pour préparer

under Article 36 (1) (c) of the Convention as though it does not have a fundamentally important relationship with trial proceedings, and this is particularly the case because the Vienna Convention provides that one of the functions of a consul is to arrange “representation for nationals of the sending State before the tribunals . . . of the receiving State” (see Article 5 (i) of the Vienna Convention).

- (xi) In the case concerning *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, the Court declined to characterize consular access as a human right. In doing so the Court took the position that such a conclusion was neither supported by the text, object and purpose nor the *travaux préparatoires* of the Vienna Convention². While it is true that the preamble speaks in general of the development of friendly relations among States as one of the purposes of the Vienna Convention, and has no explicit reference to the human rights of nationals of the sending State, the Convention must be interpreted in light of that grand development of international law following the Second World War which focused on the rights of individuals in their relations with States. Support for such an interpretation that views the Convention through a global lens comes from what McLachlan calls the “general principle of treaty interpretation, namely that of *systemic integration* within the international legal system”³, reflected in Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties; it also comes from the Court’s Advisory Opinion in the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* case⁴, in which it held: “Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation.”⁵ The text of Article 36 (1) of the Vienna Convention, and in particular subparagraph (c), does in fact portray the kind of concern with the rights of an individual, based on the inherent dignity and worth of the human person, that one finds in human rights treaties such as the United Nations Convention against Torture. Given that Arti-

² *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 61, para. 124.

³ McLachlan, Campbell, “The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, Issue 2, April 2005, p. 280.

⁴ *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*, p. 16.

⁵ *Ibid.*, p. 31, para. 53.

sa défense. Vu la situation difficile où se trouve le ressortissant étranger, on peut dire que cette assistance lui est quasiment indispensable, et constitue un élément essentiel de sa préparation au procès. On aurait tort de ne pas reconnaître qu'il existe un lien d'une importance fondamentale entre l'assistance consulaire prévue à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention et le déroulement du procès, d'autant que selon la convention de Vienne (alinéa *i*) de l'article 5), l'une des fonctions consulaires consiste à « assurer [la] représentation ... [des ressortissants de l'Etat d'envoi] devant les tribunaux ... de l'Etat de résidence ».

- xi) En l'affaire *Avena*, la Cour s'est gardée d'assimiler le droit à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi à un droit de l'homme. Elle a considéré que ni le texte ni l'objet et le but de la convention, ni non plus aucune indication fournie par les travaux préparatoires, ne permettaient de parvenir à une telle conclusion². Il est vrai que le préambule de la convention de Vienne stipule, sans autre précision, que l'un des buts de cet instrument est de favoriser les relations d'amitié entre les Etats, et qu'il n'y est pas fait expressément mention des droits de l'homme des ressortissants de l'Etat d'envoi, mais il n'en demeure pas moins que la convention doit être interprétée à la lumière du développement rapide du droit international qui a suivi la Seconde Guerre mondiale et du fait que ce développement a porté surtout sur les droits des individus dans leurs rapports avec les Etats. Une telle interprétation, qui considère la convention dans une optique globale, procède de ce que McLachlan appelle « le principe général d'interprétation des traités », à savoir « le principe de *l'incorporation systémique* au système juridique international »³, que reflète l'alinéa *c*) du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités; cette interprétation s'appuie aussi sur l'avis consultatif donné par la Cour sur les *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*⁴, dans lequel elle a dit ceci: « De plus, tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu. »⁵ Le libellé du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, en particulier de son alinéa *c*), révèle effectivement le souci de protéger

² *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 61, par. 124.

³ McLachlan, Campbell, « The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, n° 2, avril 2005, p. 280.

⁴ *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. 16.

⁵ *Ibid.*, p. 31, par. 53.

cle 36 (1) (c) of the Vienna Convention is so closely connected to the right of an accused person under Article 14 (3) (b) of the Covenant “to have adequate time and facilities for the preparation of his defence”, it is submitted that it may be seen as a fair trial right that could be added to the bundle of rights in Article 14 (3) of the Covenant.

- (xii) It follows therefore that a breach of the obligations under Article 36 (1) of the Vienna Convention and, in particular, of Article 36 (1) (c) is a breach of a human right closely connected to a breach of the fair trial rights of an accused person under Article 14 (3) of the Covenant, and in particular, a breach of the right set out in Article 14 (3) (b). If the right under Article 36 (1) (c) has the status of a fair trial right so that it is incorporated in the bundle of rights under Article 14 (3) of the Covenant, may it not be argued that a breach of Article 14 (3) (b) of the Covenant resulting from a failure on the part of the receiving State to allow the consular officer to arrange for the legal representation of the foreign national in custody is also a breach of Article 36 (1) (c) of the Vienna Convention; and that this would be sufficient to give the Court jurisdiction on the basis of Article I of the Optional Protocol to the Vienna Convention and in respect of a breach of Article 14 (3) of the Covenant?

B. THE 2008 AGREEMENT

3. Article 73 (2) of the Vienna Convention provides: “Nothing in the present Convention shall preclude States from concluding international agreements confirming or supplementing or extending or amplifying the provisions thereof.”

4. In 2008, India and Pakistan concluded the Agreement on Consular Access (“the Agreement”). The Court had to consider whether this Agreement falls within the provisions of Article 73 (2). If the Agreement was one that did not confirm, supplement, extend or amplify the provisions of the Vienna Convention, it would not have been authorized by Article 73 (2). It would be *ultra vires* the enabling provision of Article 73 (2).

5. There is a clear difference between the Parties concerning the interpretation of the Agreement. According to Pakistan, and as the Court has

les droits individuels au nom de la dignité et de la valeur inhérentes à la personne humaine, qui est exprimé dans les traités relatifs aux droits de l'homme tels que la convention des Nations Unies contre la torture. Etant donné qu'ils sont étroitement liés au droit que l'alinéa *b*) du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte confère à un accusé de «disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense», j'avance que les droits prévus à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne peuvent être considérés comme faisant partie des garanties d'un procès équitable, et pourraient donc être ajoutés à la liste de droits figurant au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte.

- xii) Il s'ensuit qu'un manquement aux obligations prévues au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention, en particulier à son alinéa *c*), est une violation d'un droit de l'homme qui s'apparente étroitement à une violation des droits d'un accusé à un procès équitable qui sont énoncés au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte, en particulier à son alinéa *b*). Si le droit prévu à l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention est un élément du droit à un procès équitable, et mériterait par conséquent d'être ajouté à la liste figurant au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte, il ne me semble pas interdit d'en conclure qu'une violation de l'alinéa *b*) du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte ayant résulté de ce que l'Etat de résidence n'a pas permis à un fonctionnaire consulaire de pourvoir à la représentation en justice d'un détenu étranger est aussi une violation de l'alinéa *c*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, et que cela aurait suffi à conférer à la Cour, sur le fondement de l'article premier du protocole de signature facultative, compétence pour connaître d'une violation du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte.

B. L'ACCORD DE 2008

3. Le paragraphe 2 de l'article 73 de la convention de Vienne est libellé comme suit: «Aucune disposition de la présente convention ne saurait empêcher les Etats de conclure des accords internationaux confirmant, complétant ou développant ses dispositions, ou étendant leur champ d'application.»

4. En 2008, l'Inde et le Pakistan ont conclu un accord sur la «communication consulaire» (ci-après «l'accord de 2008»). La Cour s'est penchée sur la question de la compatibilité de cet accord avec le paragraphe 2 de l'article 73 de la convention. S'il n'avait pas pour objet de confirmer, compléter ou développer les dispositions de la convention ou d'élargir leur champ d'application, sa conclusion n'aurait pas rempli les conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article 73. Elle aurait été *ultra vires* au regard desdites conditions.

5. Les positions des Parties sur l'interprétation de l'accord de 2008 étaient très différentes. Selon le Pakistan, comme la Cour l'a relevé au

noted in paragraph 97, the Agreement displaces Article 36 of the Vienna Convention as between India and itself. Point (vi) of the Agreement provides that “[i]n case of arrest, detention or sentence made on political or security grounds, each side may examine the case on its merits”. Pakistan argues that this paragraph displaces the obligations under Article 36 of the Vienna Convention in relation to espionage cases. On the other hand India contends that point (vi) must be read with point (v) which provides: “Both Governments agree to release and repatriate persons within one month of confirmation of their national status and completion of sentences.” India therefore contends that Pakistan and India have agreed that they may examine on the merits of each case the release and repatriation of persons within one (1) month of confirmation of their national status and completion of their sentence where their arrest, detention and sentence was made on political or security grounds.

6. In interpreting the words “each side may examine the case on its merits” stress should be placed on the word “may”. The Parties have agreed to afford each side a discretionary power in considering arrests made on political or security grounds. These cases would include arrests for espionage activities. The words mean that each side, having examined each case of an arrest for espionage activities on its merits, may then decide whether to grant consular access to the person arrested. The Agreement and in particular point (vi) cannot therefore be considered as confirming, supplementing, extending or amplifying the provisions of the Vienna Convention, which mandates the grant of consular access in the circumstances set out in Article 36. For this reason the Agreement cannot be considered as having been authorized by Article 73 (2) of the Vienna Convention. The Agreement is *ultra vires* Article 73 (2) and cannot have any application in relation to the provisions of the Convention. The Parties therefore remain bound by Article 36 of the Vienna Convention.

7. The Court has adopted an approach to the Agreement that is entirely different from the analysis above. In paragraph 97 of the Judgment, it finds that the Parties have negotiated the Agreement in full awareness of Article 73 (2) of the Vienna Convention. That statement is not merely descriptive of a factual situation; if it were, it would not be problematic. However, it is clear from what follows in the paragraph that the Court is using the Parties’ awareness of Article 73 (2) as a pivotal basis for its conclusion that point (vi) does not “as Pakistan contends, displace the obligations under Article 36”. The finding is important more for what it implies than for what it actually states. The implication is that,

paragraphe 97 de son arrêt, l'accord se substituait à l'article 36 de la convention dans ses relations avec l'Inde. Le point vi) de l'accord de 2008 dispose ce qui suit: «En cas d'arrestation, de détention ou de condamnation pour des raisons politiques ou relatives à la sécurité, chaque partie peut examiner l'affaire au fond.» Le Pakistan a soutenu que, en cas d'espionnage, cette disposition se substituait à l'article 36 de la convention et suspendait donc les droits conférés par elle. L'Inde a affirmé quant à elle que le point vi) de l'accord devait être lu parallèlement à son point v), qui est ainsi libellé: «Les deux gouvernements conviennent de libérer et de rapatrier les intéressés dans un délai d'un mois au plus tard après expiration de leur peine et confirmation de leur nationalité.» Elle considérait donc qu'il était convenu entre elle et le Pakistan que les parties se réservaient le droit d'examiner au fond chaque cas où des personnes seraient arrêtées, détenues et condamnées pour des raisons politiques ou relatives à la sécurité, afin de déterminer s'il y avait lieu de les libérer et de les rapatrier dans un délai d'un mois au plus tard après expiration de leur peine et confirmation de leur nationalité.

6. Pour interpréter le membre de phrase «chaque partie peut examiner l'affaire au fond», il faut prêter une attention particulière au mot «peut». Les parties à l'accord sont convenues de s'accorder réciproquement le pouvoir discrétionnaire d'examiner les cas d'arrestation pour des raisons politiques ou relatives à la sécurité. Ces cas devraient comprendre les arrestations pour espionnage. Telle qu'elle est libellée, la disposition signifie que l'une ou l'autre partie, après avoir examiné au fond un cas d'arrestation pour espionnage, peut décider s'il y a lieu de permettre la communication entre les autorités consulaires et la personne arrêtée. L'accord de 2008, en raison en particulier de la teneur de son point vi), ne peut donc pas être considéré comme confirmant, complétant ou développant les dispositions de la convention de Vienne relatives à l'obligation de permettre la communication avec les autorités consulaires dans les circonstances indiquées à son article 36, et ne peut pas non plus être considéré comme étendant le champ d'application desdites dispositions. Pour cette raison, l'accord ne saurait être considéré comme satisfaisant aux conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article 73 de la convention de Vienne. Il est *ultra vires* au regard du paragraphe 2 de l'article 73 et est sans effet sur l'applicabilité des dispositions de la convention de Vienne. Les parties à cet accord restent donc liées par l'article 36 de celle-ci.

7. La Cour a examiné l'accord de 2008 dans une optique toute différente de celle de l'analyse ci-dessus. Elle dit au paragraphe 97 de son arrêt que les Parties ont négocié l'accord en pleine connaissance du paragraphe 2 de l'article 73 de la convention de Vienne. Cette affirmation n'est pas la simple constatation d'une situation factuelle; si tel était le cas, elle ne soulèverait aucun problème. Or, il ressort clairement de la suite du paragraphe 97 que la Cour s'appuie essentiellement sur le fait que les Parties ont conclu l'accord en pleine connaissance du paragraphe 2 de l'article 73 pour conclure «que le point vi) dudit accord ne se substitue pas, contrairement à ce que prétend le Pakistan, aux obligations découlant de

since the Parties negotiated the Agreement fully aware of Article 73 (2), it is appropriate to presume that in concluding the Agreement they acted in accordance with that provision. Any such presumption would have to be rebuttable and is in fact rebutted by the analysis above showing that the discretionary powers to grant consular access in respect of arrests on political or security grounds (including in espionage cases) under point (vi) are in direct conflict with the mandatory obligation under Article 36 to grant consular access in respect of all cases of arrests, including those relating to espionage activities.

8. In the second sentence of paragraph 97 the Court concludes :

“Having examined that Agreement and in light of the conditions set out in Article 73, paragraph 2, the Court is of the view that the 2008 Agreement is a subsequent agreement intended to ‘confirm, supplement, extend or amplify’ the Vienna Convention. Consequently, the Court considers that point (vi) of that Agreement does not, as Pakistan contends, displace the obligations under Article 36 of the Vienna Convention.”

But even if that conclusion is correct, that intention cannot be relied on by itself to support the conclusion that there was no breach of the obligation in Article 73 (2) of the Vienna Convention to confine the adoption of a subsequent agreement to one that confirms, supplements, extends or amplifies the Vienna Convention. In other words, if as a matter of law the Agreement does not confirm the provisions of the Vienna Convention, there is no basis for the contention that it confirms the provisions of the Vienna Convention merely by reason of a presumption that the Agreement was intended to confirm the Vienna Convention. For there must be a reasonable basis for a presumption if it is to function as a useful interpretative tool.

9. The question whether the Agreement is consistent with Article 73 (2) is not resolved simply by presuming that the Parties must have intended it to be consistent on the ground that they were aware of the provisions of Article 73 (2). There is no reasonable basis for such a presumption. Parties to a treaty frequently take action that breaches a treaty even though they are aware of its provisions. The Court’s reasoning is further developed in paragraph 94 of the Judgment where, after recalling the preambular provision of “furthering the objective of humane treatment of nationals . . .”, it finds that point (vi) cannot be interpreted as denying consular access in the case of an arrest on political or security grounds. The Court concludes that in light of the importance of the rights involved in relation to the humane treatment of nationals, had the Parties intended

l'article 36 de la convention». Cette conclusion est importante de par ce qu'elle implique plutôt qu'en elle-même. Elle implique que, dès lors que les Parties ont négocié l'accord en pleine connaissance du paragraphe 2 de l'article 73, il y a lieu de présumer que, en le signant, elles ont agi conformément aux dispositions de ce paragraphe. Pareille présomption est forcément sujette à caution et, de fait, elle est infirmée par l'analyse exposée ci-dessus, dont il ressort que le pouvoir discrétionnaire de permettre ou non la communication avec les autorités consulaires en cas d'arrestation d'un étranger pour des raisons politiques ou relatives à la sécurité (y compris l'espionnage), conféré aux deux Etats par le point vi), est en conflit direct avec l'obligation contraignante énoncée à l'article 36 de permettre la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi arrêtés sur le territoire de l'Etat de résidence, quelles qu'en soient les raisons, espionnage compris.

8. Dans la suite du paragraphe 97 de son arrêt, la Cour énonce la conclusion suivante :

«Ayant examiné cet accord, et à la lumière des conditions énoncées par cette disposition, la Cour est d'avis que l'accord de 2008 est un accord ultérieur qui a pour objet de «confirmer, compléter ou développer les dispositions de la convention, ou d'étendre leur champ d'application». En conséquence, elle considère que le point vi) dudit accord ne se substitue pas, contrairement à ce que prétend le Pakistan, aux obligations découlant de l'article 36 de la convention.»

Or, même si cette conclusion est correcte, on ne saurait déduire de la seule intention des parties contractantes qu'elles n'ont pas manqué à l'obligation énoncée au paragraphe 2 de l'article 73 de la convention de ne conclure que des accords ultérieurs confirmant, complétant ou développant les dispositions de celle-ci, ou étendant leur champ d'application. Autrement dit, s'il est juridiquement établi que l'accord de 2008 ne confirme pas les dispositions de la convention de Vienne, l'assertion selon laquelle il les confirme néanmoins parce qu'il est présumé avoir été conclu dans cette intention est dénuée de fondement. Une présomption ne peut en effet jouer un rôle utile dans l'interprétation d'un traité que s'il est raisonnable de la considérer comme fondée.

9. Pour répondre à la question de savoir si l'accord de 2008 est compatible avec le paragraphe 2 de l'article 73 de la convention, il ne suffit pas de présumer que les Parties l'ont conclu dans l'intention qu'il le soit du simple fait qu'elles l'ont signé en pleine connaissance des dispositions dudit paragraphe. Rien n'indique qu'il soit raisonnable de considérer cette présomption comme fondée. Il n'est en effet pas rare que les parties à un traité y dérogent en pleine connaissance de ses dispositions. Le raisonnement de la Cour est explicité plus avant au paragraphe 94 de l'arrêt où, après avoir rappelé que, selon son préambule, l'accord de 2008 a notamment pour but «la réalisation de l'objectif consistant à garantir un traitement humain aux ressortissants de chacun des deux Etats», elle dit que le point vi) de cet instrument ne saurait être lu comme autorisant

to restrict in some way the rights guaranteed by Article 36, “one would expect such an intention to be unequivocally reflected in the provisions of the Agreement”. In my view this is not a reasonable conclusion, particularly in light of the clarity of point (vi).

10. It is, of course, acknowledged that Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties requires that treaties must be performed in good faith by the parties thereto. As the Court held in *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, the good faith obligation requires parties to apply a treaty “in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized” (*Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 79, para. 142). There is nothing in this obligation that generates a presumption that parties to a particular treaty intend to act or have acted consistently with their obligations under the treaty. Whether parties have so acted requires a careful examination of all the relevant circumstances including the treaty in question and their conduct.

11. The danger in paragraph 97 of the Judgment, and in particular its second sentence, is that it may be construed as meaning that when a treaty sets out specific criteria for subsequent conduct by parties, as is the case here with the requirement that a subsequent agreement must “confirm, supplement, extend or amplify” the provisions of the Vienna Convention, the Court is thereby enabled to presume an intention on the part of the parties to act consistently with those criteria, and this presumption more readily arises when the treaty has a noble objective such as furthering humane treatment.

(Signed) Patrick L. ROBINSON.

l'Etat de résidence à refuser la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi en cas d'arrestation pour des raisons politiques ou relatives à la sécurité. La Cour conclut que, étant donné l'importance des droits en question pour la garantie d'un traitement humain, il y a tout lieu de penser que, si l'intention des Parties avait été de restreindre de quelque façon les droits garantis par l'article 36, «cette intention ressortirait sans équivoque des dispositions de l'accord». Selon moi, ce n'est pas là une conclusion raisonnable, compte tenu en particulier de la clarté du libellé du point vi).

10. Il est certes admis que, comme le prévoit l'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités, les Etats parties à un traité doivent l'exécuter de bonne foi. Ainsi que la Cour l'a dit en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, le principe de bonne foi «oblige les parties [à un traité] à l'appliquer de façon raisonnable et de telle sorte que son but puisse être atteint» (*arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 79, par. 142*). Cependant, rien ne permet de présumer, sur la foi de l'existence de cet impératif, que les parties à un traité se conforment ou se sont conformées constamment aux obligations qu'il leur impose. Pour déterminer si tel est le cas, il faut examiner de près toutes les circonstances pertinentes, y compris le libellé du traité et le comportement des Etats qui y sont parties.

11. Le danger que je vois dans le paragraphe 97 de l'arrêt, en particulier sa deuxième phrase, est qu'il risque d'être interprété comme signifiant que, lorsqu'un traité prévoit expressément que le comportement des Etats parties doit satisfaire à certains critères, comme c'est le cas de la convention de Vienne, qui dispose que ne peuvent être conclus que des accords ultérieurs «confirmant, complétant ou développant les dispositions de la convention, ou étendant leur champ d'application», la Cour peut présumer que les parties au traité l'ont conclu dans l'intention de respecter constamment ces critères, et comme signifiant aussi que cette présomption apparaît d'autant plus plausible que le traité vise de nobles objectifs tels que la garantie d'un traitement humain.

(Signé) Patrick L. ROBINSON.