

DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* JILLANI

India's Application is inadmissible because its conduct amounts to an abuse of rights — The 2008 Agreement between India and Pakistan governs specifically questions of consular access and assistance in cases of arrest and detention on national security grounds — Pakistan lawfully withheld consular access and assistance while examining the case of Mr. Jadhav on its merits — Even if the Vienna Convention is applicable in the present case, Pakistan has committed no breach of Article 36 thereof — Pakistan has already in place the procedures necessary for ensuring the effective review and reconsideration of the conviction and sentence of Mr. Jadhav.

1. Much to my regret and with greatest respect, I could not endorse several parts of the Judgment and some fundamental points. First, I consider that the Court should have found India's Application to be inadmissible in light of its conduct in the present case, which amounts to an abuse of rights. In my view, India's reliance on the Vienna Convention on Consular Relations (hereinafter "Vienna Convention" or "VCCR") in the present case is misplaced and subverts the very object and purpose of that instrument. Second, the Court has misconstrued and rendered meaningless Article 73, paragraph 2, of the Vienna Convention, which does not preclude States parties from entering into subsequent bilateral agreements. Notwithstanding that, the Court has ignored the legal effect of the 2008 Agreement on Consular Access between India and Pakistan (hereinafter "2008 Agreement") and specifically its point (vi). In my view, by concluding the 2008 Agreement, the Parties (India and Pakistan) aimed to clarify the application of certain provisions of the Vienna Convention to the extent of their bilateral relations, namely by recognizing that each contracting State may consider on the merits whether to allow access and consular assistance to nationals of the other contracting State arrested or detained on "political or security grounds". Third, even if the Vienna Convention is applicable to the case of Mr. Jadhav, Pakistan's conduct does not constitute a breach of its obligations under paragraph 1 of Article 36 thereof. Fourth, while the Court has taken note of the existing legal framework in Pakistan, it has failed to recognize that the existing judicial review in Pakistan already substantially responds to the relief ordered by the Court. Finally, the Court's Judgment appears to set a dangerous precedent at the times when States are increasingly confronted with transnational terrorist activities and impending threats to national security. Terrorism has become a systemic weapon of war and nations would ignore it at their own peril. Such threats may legitimately justify certain

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* JILLANI

[Traduction]

Requête étant irrecevable car le comportement de l'Inde constitue un abus de droits — Accord de 2008 entre l'Inde et le Pakistan régissant expressément les questions touchant la communication avec les autorités consulaires et l'assistance consulaire en cas d'arrestation et de détention pour des raisons de sécurité nationale — Pakistan s'étant licitement abstenu de permettre à M. Jadhav de communiquer avec les autorités consulaires de son pays ou de bénéficier de leur assistance pendant l'examen au fond de son cas — Pakistan n'ayant pas enfreint les dispositions de l'article 36 de la convention de Vienne, quand bien même celle-ci aurait été applicable en la présente espèce — Les procédures requises pour assurer le réexamen et la révision effectifs du verdict rendu et de la sentence prononcée contre M. Jadhav existant déjà au Pakistan.

1. A mon grand regret, et si profond que soit le respect que je porte à la Cour, il m'a été impossible de souscrire à plusieurs parties de l'arrêt et à certaines des conclusions essentielles qui y sont énoncées. Tout d'abord, j'estime que la Cour aurait dû conclure à l'irrecevabilité de la requête déposée par l'Inde, au motif que le comportement de celle-ci constituait un abus de droits. A mon avis, l'invocation par l'Inde de la convention de Vienne sur les relations consulaires (ci-après «la convention de Vienne») était inappropriée et procédait d'un détournement de son objet et de son but mêmes. Deuxièmement, la Cour a retenu une interprétation erronée du paragraphe 2 de l'article 73 de la convention de Vienne, qui le vide de son sens, puisqu'il n'empêche nullement les Etats parties de conclure des accords bilatéraux ultérieurs. Négligeant ce fait, la Cour n'a pas tenu compte de l'effet de l'accord bilatéral de 2008 sur la «communication consulaire» (ci-après «l'accord de 2008»), et en particulier de son point vi). Selon moi, les parties à cet accord (l'Inde et le Pakistan) l'ont conclu parce qu'elles voulaient clarifier l'applicabilité de certaines dispositions de la convention de Vienne dans leurs relations bilatérales en convenant que, en cas d'arrestation ou de détention d'un ressortissant de l'une sur le territoire de l'autre pour des «motifs politiques ou relatifs à la sécurité», cette dernière pourrait examiner en fonction de considérations de fond s'il y avait lieu de permettre à l'intéressé de communiquer avec les autorités consulaires de son pays et de bénéficier de leur assistance. Troisièmement, quand bien même la convention de Vienne aurait été applicable au cas de M. Jadhav, le comportement du Pakistan n'aurait pas entraîné un manquement de sa part aux obligations prévues au paragraphe 1 de son article 36. Quatrièmement, bien qu'elle ait pris note du système juridique en vigueur au Pakistan, la Cour n'a pas reconnu que les mesures qu'elle a ordonnées à titre de remèdes faisaient déjà partie, pour l'essentiel, du dispositif de réexamen judiciaire en place au Pakistan.

limits to be imposed on the scope of application of Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations, in the bilateral relations between any two States at any given time.

I. INDIA'S APPLICATION SHOULD HAVE BEEN DECLARED INADMISSIBLE
AS IT AMOUNTS TO AN ABUSE OF RIGHTS

2. The present case is distinguishable from the Court's *Avena* and *LaGrand* jurisprudence on which the Court has heavily relied. Among various distinguishing factors, the most important one is that the Court was faced here with special circumstances of an individual arrested, detained, tried and convicted for espionage and terrorism offences. The Vienna Convention, having been concluded with the view to contributing "to the development of friendly relations among nations", it can hardly be the case that the drafters of that Convention intended for its rights and obligations to apply to spies and nationals of the sending State (India) on secret missions to threaten and undermine the national security of the receiving State (Pakistan).

3. In these proceedings, Pakistan rightly submitted that India committed an abuse of rights: (a) by providing Mr. Jadhav with an authentic passport under a false Muslim identity, Hussein Mubarak Patel; (b) by seeking to exercise its consular rights in order to have access to Mr. Jadhav, an espionage agent; and (c) by invoking the Court's provisional measures jurisdiction with an exaggerated characterization of the urgency of the situation and a lack of candour regarding the facts (Counter-Memorial of Pakistan (hereinafter "CMP"), para. 151 ff.; CR 2019/2, p. 25, para. 40 (Qureshi)). Pakistan further argued that India acted in bad faith by refusing to accede to Pakistan's requests for information concerning the authenticity of Mr. Jadhav's passport and to otherwise assist Pakistan in the criminal investigation, while making persistent demands of consular access to Mr. Jadhav (CMP, paras. 171-185; CR 2019/2, p. 25, para. 40 (Qureshi)). The Judgment of the Court rather laconically ignores the extensive evidence presented by Pakistan as to the authenticity of Mr. Jadhav's passport, namely the experts' report on the subject, as well as the lack of India's co-operation in the investigation of the most serious offences committed by Mr. Jadhav in Pakistan.

4. In my view, the question of the abuse of rights is closely intertwined with the fundamental principle of good faith. Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties is unequivocal when it provides that

Enfin, l'arrêt rendu par la Cour me semble créer un dangereux précédent alors que les Etats sont de plus en plus exposés à des activités terroristes transnationales et à des dangers qui font peser une menace imminente sur leur sécurité. Le terrorisme est devenu une arme de guerre couramment employée, et les nations qui ne veulent pas le voir s'aveuglent à leurs risques et périls. De telles menaces peuvent légitimer l'imposition à tout moment de certaines limites à l'applicabilité de l'article 36 de la convention de Vienne dans les relations bilatérales entre tel ou tel Etat.

I. LA REQUÊTE DE L'INDE AURAIT DÛ ÊTRE DÉCLARÉE IRRECEVABLE
AU MOTIF QUE SON DÉPÔT PROCÉDAIT D'UN ABUS DE DROITS

2. La présente instance est différente des affaires *Avena* et *LaGrand*, auxquelles la Cour a fait abondamment référence lorsqu'elle a rappelé sa jurisprudence. Cette différence tient à plusieurs facteurs, dont le principal est que la Cour s'est trouvée devant une situation très particulière, dans laquelle était en cause un individu arrêté, détenu, traduit en justice et condamné pour espionnage et terrorisme. La convention de Vienne ayant été conclue en vue de «favoriser les relations d'amitié entre les pays», comment aurait-il pu être dans les intentions de ses auteurs d'étendre les droits et obligations qui y sont énoncés aux espions ressortissants de l'Etat d'envoi (l'Inde en l'occurrence) chargés d'une mission secrète dans l'Etat de résidence (le Pakistan) ayant pour but de menacer et de compromettre sa sécurité?

3. Le Pakistan a à juste titre soutenu que l'Inde avait commis un abus de droits *a)* en délivrant à M. Jadhav un passeport authentique établi au faux nom «musulman» de «Hussein Mubarak Patel»; *b)* en cherchant à exercer ses droits consulaires afin de communiquer avec l'agent secret qu'est M. Jadhav; et *c)* en exagérant l'urgence de la situation et en ne présentant pas franchement les faits lorsqu'elle a invoqué le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires (contre-mémoire du Pakistan (CMP), par. 151 et suiv.; CR 2019/2, p. 25, par. 40 (Qureshi)). Le Pakistan a également fait valoir que l'Inde avait agi de mauvaise foi en refusant de donner suite à ses demandes de renseignements sur l'authenticité du passeport de M. Jadhav et de lui prêter autrement assistance pour la conduite de son enquête pénale, tout en persistant à lui demander de permettre à ses autorités consulaires d'entrer en communication avec le détenu (CMP, par. 171-185; CR 2019/2, p. 25, par. 40 (Qureshi)). Dans son arrêt, la Cour a écarté assez lapidairement les nombreux éléments de preuve de l'authenticité du passeport de M. Jadhav produits par le Pakistan sur la base d'une expertise, ainsi que le refus de l'Inde de coopérer à l'enquête dont ont fait l'objet les plus graves infractions commises par M. Jadhav au Pakistan.

4. Selon moi, la question de l'abus de droits est étroitement liée au principe fondamental de la bonne foi. L'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités dispose sans équivoque que «[t]out traité en

“[e]very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”. The rights and obligations stipulated in an international treaty are to be exercised and performed in accordance with the object and purpose for which those rights were created. The Vienna Convention on Consular Relations, in its very preamble, reiterates “the Purposes and Principles of the Charter of the United Nations concerning the sovereign equality of States, the maintenance of international peace and security, and the promotion of friendly relations among nations” and that “an international convention on consular relations, privileges and immunities would also contribute to the development of friendly relations among nations, irrespective of their differing constitutional and social systems”. Thus, the very object and purpose of this Convention was to promote international peace and security and friendly relations amongst nations. That object and purpose informed the scope of application of certain fundamental rights set out in the Convention, such as Article 36 thereof.

5. India’s conduct and invocation of paragraph 1 of Article 36 cannot be reconciled with the object and purpose of the Vienna Convention. The Applicant has clearly abused its right when claiming consular access to its national who had been instructed to commit serious crimes of terrorism and espionage in Pakistan. India has provided no rebuttal throughout the proceedings as to the circumstances in which it had provided an authentic Indian passport, with false identity, to Mr. Jadhav and the particulars of Mr. Jadhav’s mission in Pakistan, despite the serious nature of the crimes he has committed. The Court should have drawn the necessary inferences therefrom. At the very least, the Court should have taken India’s conduct into account when determining whether Pakistan has actually breached its obligations under Article 36 of the Vienna Convention, and ultimately the nature of any relief. The Court has decided not to do so considering that “there is no basis under the Vienna Convention for a State to condition the fulfilment of its obligations under Article 36 on the other State’s compliance with other international law obligations” (see Judgment, paragraph 123). With all due respect that I owe to the Court, I believe the Vienna Convention cannot and should not be read in such clinical isolation from general international law.

6. Moreover, the rights and obligations as set out in paragraph 1 of Article 36 of the Vienna Convention cannot be construed independently from its paragraph 2, which expressly qualifies the exercise of those rights by the sending State and its national when it provides that these “shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the receiving State [Pakistan], subject to the proviso, however, that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended”.

7. Since 31 May 2017, Pakistan has sent six requests to India for necessary co-operation in the investigation of the criminal case and about the

vigueur lie les parties et doit être exécuté de bonne foi». Les parties à un traité doivent exercer les droits et remplir les obligations qu'il prévoit conformément à l'objet et au but qui leur ont été assignés. La convention de Vienne sur les relations consulaires rappelle dans son préambule les «buts et [les] principes de la Charte des Nations Unies concernant l'égalité souveraine des Etats, le maintien de la paix et de la sécurité internationales et le développement de relations amicales entre les nations», et proclame «qu'une convention internationale sur les relations, privilèges et immunités consulaires contribuerait elle aussi à favoriser les relations d'amitié entre les pays, quelle que soit la diversité de leurs régimes constitutionnels et sociaux». La convention a donc pour objet et pour but de promouvoir la paix et la sécurité internationales et le développement de relations d'amitié entre les pays. Cet objet et ce but déterminent le champ d'application de certains des droits fondamentaux qui y sont énoncés, dont ceux prévus à son article 36.

5. Le comportement de l'Inde et son invocation du paragraphe 1 de l'article 36 sont incompatibles avec l'objet et le but de la convention. Le demandeur a manifestement abusé de son droit en réclamant que ses autorités consulaires soient autorisées à communiquer avec l'un de ses ressortissants qui avait ordre de commettre au Pakistan des infractions graves relevant du terrorisme et de l'espionnage. Tout au long de la procédure, l'Inde n'a pas contesté les circonstances dans lesquelles elle avait délivré à M. Jadhav un passeport authentique établi à un faux nom, non plus que les détails de la mission dont elle l'avait chargé au Pakistan, et ce, malgré la gravité des infractions commises par lui. La Cour aurait dû tirer de cette attitude les conclusions qui s'imposaient. A tout le moins, elle aurait dû tenir compte du comportement de l'Inde pour déterminer si le Pakistan avait effectivement manqué à ses obligations au titre de l'article 36 de la convention de Vienne, et décider ensuite des remèdes éventuels. La Cour a choisi de ne pas le faire, au motif que «la convention de Vienne n'off[rait] aucun fondement permettant à un Etat de conditionner l'exécution de ses obligations au titre de l'article 36 au respect, par l'autre Etat, d'autres obligations de droit international» (voir le paragraphe 123 de l'arrêt). J'espère ne pas manquer au respect que je dois à la Cour en disant que, à mon avis, la convention de Vienne ne peut pas et ne doit pas être interprétée en l'isolant froidement du droit international général.

6. De plus, les droits et obligations énoncés au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention ne sauraient être interprétés sans tenir compte de son paragraphe 2, qui définit expressément les conditions de la jouissance desdits droits, à savoir qu'ils «doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés».

7. Depuis le 31 mai 2017, le Pakistan a en vain demandé six fois à l'Inde d'apporter son concours à l'enquête pénale, jugée par lui nécessaire

passport issue, but these were of no avail (Rejoinder of Pakistan (hereinafter “RP”), para. 49). Pakistan even offered to extradite Mr. Jadhav to India, if India was prepared to indict him under the Indian laws. In its Note Verbale to India’s Ministry of Foreign Affairs dated 26 October 2017, the Ministry of Foreign Affairs of Pakistan — reiterating its request for assistance in the investigation in the criminal case registered against Mr. Jadhav in compliance with the United Nations Security Council resolution 1373 (2001) — offered that “the Government of Pakistan is prepared to consider any request for extradition that the Government of India may make in the event that Commander Jadhav is considered to be a criminal under the law of India” (CMP, Vol. 2, Ann. 44). But India persisted in its non co-operation. Through the same Note Verbale, Pakistan specifically asked six questions to India regarding the authenticity of the Indian passport (Passport No. L9630722) recovered from Mr. Jadhav:

- “(1) [Is] Commander Jadhav . . . indeed Commander Jadhav or ‘Hussein Mubarak Patel’[?]”
- (2) If he is not ‘Hussein Mubarak Patel’, does such a person exist?
- (3) If ‘Hussein Mubarak Patel’ does exist or does not exist, what attempts has the Government of India made at the very latest since 23rd January 2017 to investigate how Commander Jadhav was able to obtain what appears to be an authentic Indian passport issued by the competent authorities in India?
- (4) In the alternative, is it the Government of India’s position that Commander Jadhav was in possession of a false and inaccurate document [such that] either:
 - (a) . . . his name is not ‘Hussein Mubarak Patel’; or
 - (b) . . . it is not a passport from the competent Indian authorities?
- (5) If that is the case, does the Government of India consider that Commander Jadhav has committed a crime or crimes under Indian law? If so, what is/are the crimes?
- (6) What is the actual authentic passport for Commander Kulbhushan Sudhir Jadhav (assuming he was issued with a passport)? Please provide full particulars of the date of issue, date of expiry, passport number, place of issue, name and photograph in the actual (presently valid) passport issued to Commander Jadhav if such a document exists . . . [T]he Islamic Republic of Pakistan has already put the Republic of India on notice that it has failed to establish the Indian nationality of Commander Jadhav.” (CMP, p. 60, para. 208 and Ann. 44, pp. 2-3.)

8. Subsequent investigation appears to suggest that Mr. Jadhav was in possession of two Indian passports, one with passport No. E6934766 and

(duplique du Pakistan (DP), par. 49). Il est même allé jusqu'à proposer d'extrader M. Jadhav vers l'Inde si ses autorités étaient prêtes à l'inculper selon la législation indienne. Dans une note verbale en date du 26 octobre 2017 adressée au ministère indien des affaires étrangères, le ministère pakistanais des affaires étrangères a réitéré sa demande de coopération à la conduite de l'enquête pénale ouverte contre M. Jadhav conformément aux prescriptions de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité des Nations Unies, et indiqué que «le Gouvernement pakistanais [était] disposé à envisager toute demande d'extradition que pourrait présenter le Gouvernement indien au cas où le commandant Jadhav serait considéré comme un criminel au regard de la législation indienne» (CMP, vol. 2, annexe 44). Ce nonobstant, l'Inde a persisté dans son refus de coopérer. Par la même note verbale, le Pakistan a expressément demandé à l'Inde de répondre aux six questions suivantes au sujet de l'authenticité du passeport indien (n° L9630722) dont M. Jadhav était porteur :

- «1) Le commandant Jadhav est-il bien le commandant Jadhav ou est-il «Hussein Mubarak Patel»?
- 2) S'il n'est pas «Hussein Mubarak Patel», cette personne existe-t-elle?
- 3) Que «Hussein Mubarak Patel» existe ou non, quelles démarches le Gouvernement indien a-t-il entreprises, à tout le moins depuis le 23 janvier 2017, pour enquêter sur la manière dont le commandant Jadhav a pu obtenir un passeport auprès des autorités indiennes compétente?
- 4) A titre subsidiaire, le Gouvernement indien considère-t-il que le commandant Jadhav était en possession de documents faux et inexacts, [de sorte que]:
 - a) ... [soit] son nom n'est pas «Hussein Mubarak Patel»;
 - b) ... [soit] son passeport n'a pas été délivré par les autorités indiennes compétentes?
- 5) Si tel est le cas, le Gouvernement indien considère-t-il que le commandant Jadhav a commis une ou plusieurs infractions au regard du droit indien? Dans l'affirmative, quelles sont-elles?
- 6) Quel est le véritable passeport du commandant Kulbhushan Sudhir Jadhav (à supposer qu'un passeport lui ait été délivré)? Merci de nous fournir les informations complètes concernant les dates de délivrance et d'expiration, le numéro du passeport, le lieu de délivrance, le nom et la photographie figurant dans le véritable passeport (en cours de validité) délivré au commandant Jadhav, si un tel document existe. Sans préjudice de ce qui précède, la République islamique du Pakistan a déjà informé la République de l'Inde que celle-ci n'avait pas établi la nationalité indienne du commandant Jadhav» (CMP, p. 60, par. 208, et annexe 44, p. 2-3).

8. Des investigations plus récentes semblent indiquer que M. Jadhav possédait deux passeports indiens, l'un portant le numéro E6934766, et

another one No. L9630722. The accounts of three respected Indian journalists, Mr. Karan Thapar, Mr. Praveen Swami and Mr. Chandan Nandy, based on interviews conducted with Indian officials, confirm that Mr. Jadhav was a Research and Analysis Wing (RAW) agent (CMP, Vol. 2, Anns. 27 and 28; CR 2019/2, pp. 20-22, paras. 29-33 (Qureshi)). The least India could have done in the circumstances was to perform searches in its passport databases to check the authenticity of Mr. Jadhav's passport and to furnish that information to the Pakistani authorities so as to facilitate further investigation.

9. After persistent refusal by India to co-operate in the criminal investigation, Pakistan got the passport examined by an independent forensic expert who had served in India and Pakistan. His report concluded that the passport was authentic and genuine and India did not challenge the veracity of the said report either in its written or oral submissions. In his report, Mr. Westgate candidly stated as follows:

“From my knowledge and understanding of the airport immigration system in India, the immigration counters are connected to a central database, and any irregularities in the authenticity [of] a passport would ordinarily be flagged on such a database. Thus I would observe that the frequency with which the individual presented the passport at the immigration counter in India for entry and for exit [Mr. Westgate having earlier observed that it had been used on at least 17 occasions] is very strong supportive evidence of the authentic nature of the passport. In addition, if there were issues concerning the holder of an authentic passport, such as an Interpol I24/7 notice, and Indian central watch-list entry, criminal proceedings, issues relating to identity, these would be very likely to be spotted at the point of encounter with the immigration authorities when the passport was scrutinised by officials in India. Such officials would be examining hundreds of passports on a daily basis, and would thus have considerably more experience in respect of such documents.” (CMP, Vol. 7, Ann. 141, para. 15.)

10. The issuance of such a document and the persistent refusal to co-operate in the investigation of the same are further contrary to the United Nations Security Council resolution 1373, which, *inter alia*, mandates that all United Nations Member States shall

“(f) [a]fford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal investigations or criminal proceedings relating to the financing or support of terrorist acts, including assistance in obtaining evidence in their possession necessary for the proceedings;

(g) [p]revent the movement of terrorists or terrorist groups by effective border controls and controls on issuance of identity papers

l'autre le numéro L9630722. La version des faits établie par trois journalistes indiens respectés, MM. Karan Thapar, Praveen Swami et Chandan Nandy, sur la base d'interviews de hauts responsables indiens confirme que M. Jadhav était un agent de la «Research and Analysis Wing» (RAW) (CMP, vol. 2, annexes 27 et 28; CR 2019/2, p. 20-22, par. 29-33 (Qureshi)). Dans ces conditions, l'Inde aurait pu au moins consulter ses bases de données sur les passeports pour vérifier l'authenticité de celui de M. Jadhav, et communiquer le résultat de cette recherche aux autorités pakistanaises pour faciliter la suite de leurs investigations.

9. L'Inde ayant obstinément refusé de coopérer à l'enquête pénale, le Pakistan a fait examiner le passeport par un spécialiste de police scientifique indépendant ayant travaillé en Inde et au Pakistan. Celui-ci a conclu dans son rapport que le passeport était authentique, et l'Inde n'a contesté la véracité de ce rapport ni dans ses écritures, ni à l'audience. Dans son rapport, l'expert, M. Westgate, a écrit ce qui suit :

«D'après ma connaissance et ma compréhension du système d'immigration mis en œuvre dans les aéroports indiens, les guichets sont reliés à une base de données centrale, et toute irrégularité relative à l'authenticité [d']un passeport y est normalement signalée. J'en conclus que le nombre de fois où l'intéressé a présenté le document en cause à un guichet d'immigration en Inde pour entrer sur le territoire ou le quitter [M. Westgate ayant relevé plus tôt que cela s'était produit à au moins 17 reprises] tend à en prouver le caractère authentique. En outre, si des problèmes s'étaient posés au sujet du titulaire d'un passeport authentique, par exemple l'existence d'une notice Interpol I24/7, d'une inscription sur la liste centrale indienne des personnes surveillées, d'une procédure pénale ou de questions liées à l'identité de l'intéressé, il est fort probable qu'ils auraient été décelés au guichet d'immigration lorsque les fonctionnaires indiens ont contrôlé le passeport. Ces derniers examinent en effet tous les jours des centaines de passeports et possèdent donc bien plus d'expérience en la matière.» (CMP, vol. 7, annexe 141, par. 15.)

10. En délivrant un tel document et en persistant à refuser de coopérer à l'enquête ouverte sur celui-ci, l'Inde a également agi en violation de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité, dont le paragraphe 3 dispose notamment que tous les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies doivent :

- «f) [s]e prêter mutuellement la plus grande assistance lors des enquêtes criminelles et autres procédures portant sur le financement d'actes de terrorisme ou l'appui dont ces actes ont bénéficié, y compris l'assistance en vue de l'obtention des éléments de preuve qui seraient en leur possession et qui seraient nécessaires à la procédure;
- g) [e]mpêcher les mouvements de terroristes ou de groupes de terroristes en instituant des contrôles efficaces aux frontières, ainsi que

and travel documents, and through measures for preventing counterfeiting, forgery or fraudulent use of identity papers and travel documents”.

11. India refused to extend assistance to Pakistan on the grounds that there was no mutual legal assistance treaty (MLAT) between the two States. India’s reasoning is not tenable because the absence of such a treaty would not absolve India of its obligations under the United Nations Security Council resolutions adopted pursuant to Chapter VII of the United Nations Charter. India also misrepresents the factual position in as much as there is a mutual legal agreement, i.e., the 2008 Agreement which was negotiated over a period of three years and replaced the earlier agreement which had operated at that time since 1982. It is interesting to note that point (iii) of the 1982 Agreement contained a provision analogous to point (vi) of the 2008 Agreement, which stipulated as follows:

“Each Government shall give consular access on reciprocal basis to nationals of one country under arrest, detention or imprisonment in the other country, provided they are not apprehended for political or security reasons/offences. Request for such access and the terms thereof shall be considered on the merits of each case by the Government arresting the person or holding the detenus/prisoners and the decision on such requests shall be conveyed to the other Government within four weeks from the date of receipt of the request.” (Reproduced in CMP, Vol. 7, Ann. 160.)

Moreover, as further pointed out by Pakistan in their oral submissions, at the conclusion of the 2008 Agreement, a joint statement was issued by both States that they were working together to combat terrorism. Point (vi) of the 2008 Agreement has to be given a purposive interpretation in the light of the intent of both countries. This provision has to be interpreted in good faith in accordance with its ordinary meaning.

12. Although the Court’s jurisdiction only extends to disputes concerning the interpretation or application of the Vienna Convention on Consular Relations, it cannot ignore the surrounding legal environment when considering whether Pakistan has complied with its obligations under paragraph 1 of Article 36 of that Convention, nor can it be examined outside the context of strenuous relations and escalating tensions between the Parties, which pose an imminent threat to peace and security in the region.

13. According to Pakistan, Mr. Jadhav was apprehended by security agencies when he entered Balochistan from Iran (Saravan border). During his interrogation as well as in his judicial confession (before a magis-

des contrôles lors de la délivrance de documents d'identité et de documents de voyage, et en prenant des mesures pour empêcher la contrefaçon, la falsification ou l'usage frauduleux de papiers d'identité et de documents de voyage».

11. Le motif qu'a invoqué l'Inde pour justifier son refus de prêter assistance au Pakistan, à savoir qu'elle n'avait pas conclu avec lui de traité d'entraide judiciaire, ne tient pas, étant donné que l'absence d'un tel traité ne l'aurait pas dispensée de remplir les obligations qu'imposent les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. L'Inde a en outre déformé les faits, puisqu'il existe bien entre elle et le Pakistan un traité d'assistance mutuelle, l'accord de 2008, qui, après trois ans de négociation, a remplacé un accord en vigueur depuis 1982. A cet égard, il est intéressant de noter que le point iii) de ce dernier renfermait une disposition analogue à celle figurant sous le point vi) de l'accord de 2008, qui était libellée comme suit :

«Chaque gouvernement autorise, sur la base de la réciprocité, les autorités consulaires de l'autre Etat à entrer en communication avec les ressortissants de celui-ci qui ont été arrêtés, détenus ou emprisonnés sur son territoire, à condition que les intéressés n'aient pas été appréhendés pour des motifs ou infractions d'ordre politique ou touchant à la sécurité. Les demandes des autorités consulaires tendant à entrer en communication avec les intéressés ainsi que les termes de celles-ci seront examinés au cas par cas par le gouvernement qui a arrêté la personne ou la maintient en détention ou prisonnière, et les décisions prises sur ces demandes seront communiquées à l'autre gouvernement dans un délai de quatre semaines à compter de leur date de réception.» (Texte reproduit à l'annexe 160 du contre-mémoire du Pakistan (vol. 7).)

Qui plus est, lors de la conclusion de l'accord de 2008, les deux Etats ont déclaré dans un communiqué conjoint qu'ils participaient de concert à la lutte contre le terrorisme, comme le Pakistan l'a précisé à l'audience. Il convient d'interpréter le point vi) de l'accord de 2008 en fonction du but que les deux Etats avaient manifesté l'intention de poursuivre. Ses dispositions doivent être interprétées de bonne foi selon leur sens ordinaire.

12. La Cour n'avait certes compétence que pour trancher le différend qui lui était soumis sur l'interprétation ou l'application de la convention de Vienne, mais elle ne pouvait pas pour autant faire abstraction du contexte juridique lorsqu'elle a recherché si le Pakistan avait rempli ses obligations au titre du paragraphe 1 de l'article 36 de cet instrument, et ne pouvait pas non plus procéder à cet examen sans tenir compte des relations difficiles et de plus en plus tendues qu'entretiennent les Parties, lesquelles présentent un danger imminent pour la paix et la sécurité dans la région.

13. Selon les informations dont dispose le Pakistan, M. Jadhav a été arrêté par ses services de sécurité alors qu'il venait d'entrer au Pakistan en franchissant la frontière entre la province pakistanaise du Baloutchistan

trate), he admitted that he was working for RAW (Research and Analysis Wing) and that he had planned and executed acts of terror causing loss of life and destruction of property in two major areas/cities of Pakistan (Balochistan and Karachi) with a view to destabilizing Pakistan. He also named 15 individuals, mostly residing in India, who were his accomplices and handlers. The extract from his confession is revealing as to the abuse of rights on the part of India in now bringing these proceedings before the Court:

- “1. I am Commander Kulbhushan Jadhev Number 41558Z. I am a serving officer of the Indian Navy. I am from the cadre of engineering department in the Indian Navy and my cover name was Hus-sain Mubarak Patel, which I had adopted for carrying out intelligence gathering for the Indian agencies.
2. I joined National Defence Academy in 1987 and subsequently joined the Indian Navy in 1991 and was commissioned in the Indian Navy. I served in the Indian Navy till around December 2001 when Indian Parliament attacks occurred. That was when I started contributing my services towards the gathering of information and intelligence within India. I lived in the city of Mumbai in India.
3. I am still a serving officer in the Indian Navy and will be due for retirement by 2022 as a commissioned officer in the Indian Navy. After having completed 14 years of service by 2002, I commenced intelligence operations in 2003 and established a small business in Chabhahar in Iran. As I was able to achieve undetected existence and visited Karachi in 2003 and 2004 and having done some basic assignments within India for RAW, I was picked up by RAW in end of 2013. Ever since, I have been directing various activities in Baluchistan and Karachi at the behest of RAW. I was basically the man of Mr. Anil Kumar Gupta who is the Joint Secretary RAW and his contacts in Pakistan especially in the Baloch student organization.
4. My purpose was to hold meetings with Baloch insurgents and carry out activities with their collaboration. These activities have been of criminal nature. These also include anti-national and terrorist activities leading to the killing or maiming of the Pakistani citizens. I realized during this process that RAW is involved in activities related to the Baloch Liberation Movement within Pakistan and the region around it. Finances are fed into the Baloch movement through various contacts and ways and means into the Baloch liberation. The activities of these Baloch liberation and RAW handlers are criminal and anti-Pakistan. Mostly these activities are centred around Ports of Gwadar, Pasni, Jeevani and various other installations which are around the coast aims to damage the vari-

et l'Iran (comté de Saravan). Pendant les interrogatoires auxquels il a été soumis et dans ses aveux (recueillis par un magistrat), il a reconnu qu'il travaillait pour la RAW et avait planifié et exécuté, pour déstabiliser le Pakistan, des actes terroristes visant une grande région (le Baloutchistan) et une grande ville (Karachi), qui avaient fait des morts et causé des dommages matériels. Il a aussi livré les noms de quinze individus, résidant pour la plupart en Inde, qu'il a dit être ses complices ou ses officiers traitants. L'extrait ci-après de ses aveux est révélateur de l'abus de droits que l'Inde a commis en introduisant la présente instance devant la Cour :

- «1. Je suis le commandant Kulbushan Jadhav, officier d'active portant le numéro matricule 41558Z et ingénieur de combat de la marine indienne. J'ai, sous le nom d'emprunt Hussein Mubarak Patel, collecté des renseignements pour le compte des autorités indiennes.
2. Je suis entré à l'académie de défense nationale en 1987, puis, en 1991, dans la marine indienne, où j'ai servi jusqu'aux alentours de décembre 2001, date de l'attentat commis contre le Parlement indien ; c'est à partir de ce moment-là que j'ai commencé à recueillir des informations et du renseignement sur le sol indien. Je vivais alors dans la ville de Mumbai, en Inde.
3. Je suis actuellement toujours en service et pourrai prendre ma retraite d'officier de la marine indienne en 2022. En 2003, après quatorze années de service, j'ai commencé à mener des opérations de renseignement et ouvert un petit commerce à Chabahar, en Iran. Etant parvenu à établir cette couverture et à me rendre clandestinement à Karachi en 2003 et 2004, et après avoir effectué quelques missions simples en Inde, j'ai été recruté par la RAW fin 2013. Depuis cette date, j'ai dirigé pour son compte différentes activités dans le Baloutchistan et à Karachi visant à fragiliser l'ordre public à Karachi. Je travaillais essentiellement pour M. Anil Kumar Gupta, Joint Secretary du service de renseignement extérieur, et pour ses agents au Pakistan, notamment au sein de l'organisation des étudiants baloutches.
4. Mon rôle consistait à établir des contacts avec les insurgés baloutches, qui m'aidaient à mener certaines activités. Il s'agissait d'actes de nature criminelle, antinationale et terroriste qui pouvaient causer des morts et blessés graves au sein de la population civile pakistanaise. J'ai ainsi réalisé que le RAW se livrait à des activités liées au mouvement de libération baloutche au Pakistan et dans la région environnante. Des fonds étaient envoyés par différents contacts ou par d'autres moyens pour alimenter le mouvement et soutenir ses objectifs et activités séparatistes, et les agents du RAW orchestraient des actes criminels et antinationaux pouvant causer des morts et des blessés graves au Pakistan. Ces actes, pour autant que je sache, avaient essentiellement pour cible les ports de

ous installations which are in Balochistan. The activities are revolving around trying to create a criminal mindset within the Baloch people and lead to instability within Pakistan.

5. In my pursuit towards achieving the set targets by my handler in RAW, I was trying to cross over into Pakistan from the Saravan border in Iran on 3rd March 2016 and was apprehended by the Pakistani authorities on the Pakistani side. The main aim of this crossing over into Pakistan was to hold meetings with the BSN personnel in Balochistan for carrying out various activities, which they were supposed to undertake. I also planned to carry their messages to the Indian agencies. The main issues regarding this were that they were planning to conduct some operations within the immediate future. So that was to be discussed mainly and that was the main aim of coming to Pakistan.
6. So the moment I realized that my intelligence operations ha[d] been compromised on my being detained in Pakistan, I revealed that I am an Indian Naval officer and it is on mentioning that I am Indian Naval officer [that] the total perception of the establishment of Pakistan changed and they treated me very honourably and with utmost respect and due regards, and have handled me subsequently on [sic] a more professional and courteous way. They have handled me in a way that befits that of an officer. Once I realized that I have been compromised in my process of intelligence operations I decided to just end the mess I have landed myself in and wanted to subsequently move on and co-operate with the authorities in removing the complications which I have landed myself and my family members into. Whatever I am stating now is the truth and is not under any duress or pressure. I am doing it totally out of my own desire to come clean out of this entire process which I have gone through for the last 14 years.” (CMP, Vol. 2, Ann. 17; see also CMP, pp. 10-12, par. 25.)

14. Two cases have been initiated against Mr. Jadhav, one for espionage and the other one under anti-terrorism laws. With regard to the espionage case, Pakistan had enough evidence to try and convict Mr. Jadhav which it did in accordance with the laws of Pakistan. He was tried by a special military court (Field General Court Martial), where he was provided with an independent competent legal attorney and was explained the various routes of appeal that were available to him. However, with regard to the terrorism offences, Mr. Jadhav mentioned various accomplices, who India did not deny to be residing in India. Thus, Pakistan requested India’s assistance regarding its investigation into the authenticity of the passport which Mr. Jadhav was carrying, access to his bank and cell phone records and interrogating the accomplices and handlers named by him. Due to the fact that India has not co-operated, Mr. Jadhav’s trial

Gwadar, Pasni et Jiwani ainsi que d'autres installations de la zone côtière, et ont causé des dégâts matériels importants au Baloutchistan. Le but était donc d'instaurer, au sein du mouvement de libération baloutche, un état d'esprit criminel susceptible de créer l'instabilité au Pakistan.

5. Poursuivant les objectifs fixés par mes officiers traitants du RAW, j'ai, le 3 mars 2016, tenté d'entrer au Pakistan depuis le comté iranien de Saravan, et été arrêté par les autorités pakistanaises de l'autre côté de la frontière. J'avais alors pour mission principale de rencontrer des membres du mouvement nationaliste BSN au Baloutchistan pour discuter avec eux d'activités qu'ils projetaient d'entreprendre et recueillir les messages à transmettre aux autorités indiennes. Certaines de ces opérations devaient être mises en œuvre à très brève échéance, et c'est de cela dont nous devions discuter; telle était la raison essentielle de ma venue au Pakistan.
6. Dès que j'ai réalisé que ma détention au Pakistan compromettrait mes opérations de renseignement, j'ai révélé que j'étais officier de la marine indienne; à partir de là, les autorités pakistanaises ont radicalement changé d'attitude à mon égard, me traitant de manière tout à fait convenable et avec le respect et la considération qui m'étaient dus; les agents pakistanais se sont toujours montrés professionnels et courtois, et m'ont accordé tous les égards dus à un officier. Lorsque j'ai pris conscience que mes opérations de renseignement avaient été compromises, j'ai décidé de mettre fin à tout ce gâchis; j'étais décidé à tourner la page et à coopérer avec les autorités pour en finir avec les problèmes dans lesquels je nous avais plongés, mes proches et moi-même. Tout ce que j'ai dit aujourd'hui est la vérité, je n'ai subi aucune contrainte ni aucune pression. Ma seule volonté est de mettre cartes sur table, d'exposer l'ensemble du système auquel je participe depuis quatorze ans.» (CMP, vol. 2, annexe 17; voir également CMP, p. 10-12, par. 25.)

14. M. Jadhav a fait l'objet de deux informations judiciaires, ouvertes l'une pour espionnage et l'autre en application de la législation antiterroriste pakistanaise. L'information concernant des faits d'espionnage a permis au Pakistan de recueillir des preuves suffisantes pour que M. Jadhav, conformément à la législation pakistanaise, soit traduit devant un tribunal qui l'a reconnu coupable. Il a comparu devant un tribunal militaire spécial (cour martiale générale de campagne); durant son procès, il a été assisté par un avocat qualifié, et on lui a expliqué quelles voies de recours lui étaient ouvertes. Dans le cadre de l'information ouverte pour actes de terrorisme, toutefois, M. Jadhav a fait mention de divers complices, dont l'Inde n'a pas démenti qu'ils résidaient sur son territoire. Le Pakistan a en conséquence demandé aux autorités indiennes de l'aider dans ses investigations sur l'authenticité du passeport dont M. Jadhav était porteur, de

under the terrorism offences has not proceeded. If Pakistan was concocting false charges and arbitrarily punishing and sentencing Mr. Jadhav, the Pakistani courts would have found Mr. Jadhav guilty of the various terrorism offences he had himself confessed of being involved in. This highlights the bona fide intention of Pakistan to uphold the truth and dispense justice while the silence and lack of co-operation from India lend credence to the confession made by Mr. Jadhav, which clearly exposes India's involvement. According to Pakistan, Mr. Jadhav's conduct of perpetrating acts of terror is part of a chain of acts carried out by India to destabilize Pakistan. Agent for Pakistan and Pakistan's Attorney General, Mr. Anwar Mansoor Khan, stated in his oral submissions:

“Pakistan, as a consequence of the Indian intervention along with others, is a major victim of terrorism where the country and its innocent citizens continue to fight this menace both inside and on the borders. Pakistan has consequentially suffered more than 74,000 casualties and fatalities due to terrorism caused mainly by the interference of our neighbour India. It is in this context that Commander Kulbhushan Jadhav, a serving officer of the Indian Navy, working for India's Research and Analysis Wing (commonly called RAW, India's brutal primary foreign intelligence agency) entered Pakistan, with a predetermined aim, on the instructions of the Government of India, to assist, plan and cause terrorism in Balochistan and the Sindh provinces and other places in the country. This much he has admitted before an independent judicial magistrate sitting in a court of competent jurisdiction with the benefit of stringent safeguards to protect him against any form of pressure or coercion when making such a confession.” (CR 2019/2, pp. 10-11, para. 5 (Khan).)

15. India claims that Mr. Jadhav is a retired naval officer who was kidnapped from Iran where he was doing business. However, neither in its Memorial nor in its Reply has India given his date of retirement from the Indian Navy. It has not placed any document on record either to indicate the kind of business he was carrying in Iran or when and how he was kidnapped. If Mr. Jadhav was in fact kidnapped, as contended by India, India could have lodged a complaint with the Government of Iran, but it failed to do so (Memorial of India (hereinafter “MI”), para. 41; Reply of India (hereinafter “RI”), para. 31 (*e*); cf. CR 2019/2, para. 35 (Qureshi)). India also neither denied nor affirmed that the passport recovered from Mr. Jadhav was validly issued; however, it affirms in its pleadings that his name is “Kulbhushan Sudhir Jadhav” and not “Hussein Mubarak Patel”. Facilitating or sanctioning a serving naval

lui communiquer les relevés de ses comptes bancaires et de ses échanges téléphoniques sur son portable, et leur a demandé d'interroger les complices et officiers traitants nommément désignés par lui. En raison du refus de coopérer opposé par l'Inde, le procès ouvert contre M. Jadhav pour actes de terrorisme est resté en suspens. Si le Pakistan avait concocté de fausses accusations contre M. Jadhav dans l'intention de le condamner arbitrairement, ses tribunaux l'auraient déclaré coupable des divers actes de terrorisme auxquels il avait avoué avoir pris part. En ne faisant rien de tel, le Pakistan a montré qu'il agissait de bonne foi dans le but d'établir la vérité et de veiller à ce que justice soit faite, alors même que le silence de l'Inde et son refus de coopérer ajoutaient foi aux aveux de M. Jadhav, qui révélaient clairement l'implication de l'Inde. Le Pakistan considère que les actes de terrorisme perpétrés par M. Jadhav font partie d'une série d'opérations montées par l'Inde dans le but de le déstabiliser. A ce sujet, M. Anwar Mansoor Khan, *Attorney General* et agent du Pakistan, a déclaré ce qui suit à l'audience :

« En raison des agissements de l'Inde et d'autres pays, le Pakistan est gravement touché par le terrorisme, que l'Etat et son peuple innocent continuent de combattre aux frontières comme à l'intérieur du pays. Plus de 74 000 personnes ont été tuées ou blessées au Pakistan lors d'attentats terroristes imputables principalement à des ingérences de l'Inde, notre voisine. C'est dans ce contexte que le commandant Kulbhushan Jadhav, officier d'active de la marine indienne travaillant pour la RAW (Research and Analysis Wing), organisme aux pratiques brutales qui est le principal service indien de renseignement extérieur, est entré sur le territoire pakistanais, où il avait pour principale mission, sur ordre du Gouvernement indien, de faciliter, planifier et déclencher des opérations terroristes dans deux provinces, le Baloutchistan et le Sindh, et ailleurs. C'est là ce qu'il a avoué à un magistrat indépendant siégeant dans un tribunal compétent, devant lequel il a bénéficié de garanties rigoureuses visant à le protéger lors de ses aveux de toute forme de contrainte ou de coercition. » (CR 2019/2, p. 10-11, par. 5 (Khan).)

15. L'Inde a prétendu que M. Jadhav était un officier retraité de sa marine, victime d'un enlèvement alors qu'il vaquait à ses affaires en Iran. Cependant, elle n'a indiqué ni dans son mémoire ni dans sa réplique la date à laquelle M. Jadhav aurait pris sa retraite de la marine indienne. Elle n'a versé au dossier aucun document révélant la nature des affaires qui appelaient M. Jadhav en Iran, ou indiquant quand et comment il avait été enlevé. L'Inde, si M. Jadhav avait été enlevé comme elle le prétend, aurait pu adresser une protestation au Gouvernement iranien, mais elle n'en a rien fait (mémoire de l'Inde (MI), par. 41 ; réplique de l'Inde (RI), par. 31 *e*) ; voir CR 2019/2, p. 22, par. 35 (Qureshi)). De plus, l'Inde n'a ni nié ni confirmé la validité du passeport dont était porteur M. Jadhav ; elle a cependant affirmé dans ses écritures que son nom était « Kulbhushan Sudhir Jadhav » et non « Hussein Mubarak Patel ». La Cour n'aurait pas dû purement et simple-

officer to penetrate into the social fabric of a sovereign State to undertake terrorist activities and to conspire destabilization of an entire province in Pakistan — actions that have led to numerous deaths and destruction of property — should not have been lightly ignored by the Court.

16. The issuance of a valid passport with a false Muslim identity and Mr. Jadhav's confession demonstrate India's involvement, its abuse of process and unlawful conduct. Robert Kolb has described the principle of "abuse of process" in public international law as a principle that "consists of the use of procedural instruments or rights by one or more parties for purposes that are alien to those for which the procedural rights were established" (R. Kolb, "General Principles of Procedural Law", in A. Zimmermann, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat and C. J. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2012), Oxford University Press, p. 904). As Judge Anzilotti observed in his dissenting opinion to the Judgment of the Permanent Court of International Justice in *Legal Status of Eastern Greenland*, "an unlawful act cannot serve as the basis of an action at law" (*Legal Status of Eastern Greenland, Judgment, 1933, P.C.I.J. Series A/B, No. 53*, p. 95). Likewise, to borrow the words of Judge Schwebel in his dissenting opinion in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, India's conduct in the present proceedings, as was that of Nicaragua in the above-mentioned case,

"should have been reason enough for the Court to hold that [the Applicant] had deprived itself of the necessary *locus standi* to complain of corresponding illegalities on the part of the [Respondent], especially because, if these were illegalities, they were consequential on or were embarked upon in order to counter the [Applicant's] own illegality" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, dissenting opinion of Judge Schwebel, p. 394, para. 272).

II. THE 2008 AGREEMENT GOVERNS THE CONSULAR RELATIONS BETWEEN INDIA AND PAKISTAN AND THE QUESTION OF ARREST AND DETENTION ON NATIONAL SECURITY GROUNDS

17. In paragraphs 94-97 of the Judgment, the Court dismissed altogether the relevance of the 2008 Agreement between India and Pakistan to the present case on two grounds. First, the Court found that "point (vi) of the Agreement cannot be read as denying consular access in the case of an arrest, detention or sentence made on political or security grounds" (Judgment, para. 94). Second, the Court held that "point (vi) of [the] Agreement does not, as Pakistan contends, displace the obligations under Article 36 of the Vienna Convention" (*ibid.*, para. 97).

ment ignorer le fait que l'Inde avait facilité ou cautionné les agissements d'un officier de marine d'active qui avait pour mission de pénétrer le tissu social d'un Etat souverain pour entreprendre des activités terroristes en vue de déstabiliser toute une province du Pakistan, agissements qui ont fait de nombreux morts et causé d'importants dégâts matériels.

16. La délivrance à M. Jadhav d'un passeport valide établi à un nom «musulman» ainsi que ses aveux attestent de l'implication de l'Inde, et montrent qu'elle a commis un abus de procédure et s'est comportée de manière illicite. Selon Robert Kolb, il y a en droit international «abus de procédure» lorsqu'«une ou plusieurs parties usent d'instruments ou de droits procéduraux à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont été institués» (R. Kolb, «General Principles of Procedural Law», dans A. Zimmermann, K. Oellers-Frahm, C. Tomuschat et C. J. Tams (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2012), Oxford University Press, p. 904). Comme le juge Anzilotti l'a observé dans l'opinion dissidente dont l'exposé est joint à l'arrêt rendu en 1933 par la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental* (C.P.J.I. série A/B, n° 53, p. 95), «un acte illégal ne peut pas servir de base à une action en justice». De même, l'observation citée ci-après, qui figure dans l'exposé de l'opinion dissidente du juge Schwebel joint à l'arrêt rendu par la présente Cour en 1986 en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, vaut pour le comportement de l'Inde comme elle valait pour celui du Nicaragua dans ladite affaire :

«[il] aurait dû suffire pour que la Cour conclue que le Nicaragua s'était lui-même privé du nécessaire *locus standi* l'autorisant à se plaindre d'actes illicites correspondants des Etats-Unis, d'autant plus que, si actes illicites il y avait, ceux-ci résulteraient des siens ou visaient à répliquer aux siens» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, opinion dissidente du juge Schwebel, p. 394, par. 272).

II. L'ACCORD DE 2008 RÉGIT LES RELATIONS CONSULAIRES ENTRE L'INDE ET LE PAKISTAN EN CAS D'ARRESTATIONS ET DE DÉTENTIONS POUR DES RAISONS DE SÉCURITÉ NATIONALE

17. Aux paragraphes 94 à 97 de son arrêt, la Cour explique qu'elle considère que l'accord de 2008 entre l'Inde et le Pakistan est dépourvu de toute pertinence, et ce, pour deux motifs. Elle estime d'abord que le point vi) de l'accord ne saurait être lu comme autorisant l'Etat de résidence à refuser la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi en cas d'arrestation, de détention ou de condamnation de ces derniers pour des raisons politiques ou de sécurité» (arrêt, par. 94). La Cour estime ensuite 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» (*ibid.*, par. 97).

18. The Court's interpretation of the 2008 Agreement is based on a presumption and not on two States' intent as reflected in the Agreement. Moreover, it has misconstrued Article 73 of the Convention. In my view, the Court has embraced an interpretation of Article 73, paragraph 2, of the Vienna Convention which is incorrect from the perspective of the law of treaties and has not paid due regard to the difficulties that this provision has posed at the time it was being negotiated. As I will show below, the result of the Court's interpretation would be tantamount to rendering Article 73, paragraph 2, redundant and to depriving the States of their inherent capacity to conclude bilateral treaties *inter se* in the same subject-matter as that of a multilateral treaty to which they are both parties.

19. It may be useful at the outset to recall the gist of the Parties' pleadings on this point. Pakistan submitted that the provisions of the 2008 Agreement give effect to, supplement and amplify the Vienna Convention within the meaning of its Article 73 (CMP, paras. 369 and 385.1). According to Pakistan, the confession made by Mr. Jadhav and the nature of charges against him placed the case in the category of "national security"; Pakistan was thus entitled to consider consular access of Mr. Jadhav "on its merits" as stipulated in point (vi) of the 2008 Agreement (CMP, para. 385.3-385.4). India maintained, on the other hand, that States parties to the Vienna Convention may conclude bilateral agreements covering the same subject-matter only to the extent that these confirm, supplement, extend or amplify the provisions of the Vienna Convention. It also argued that the 2008 Agreement, which was concluded for "furthering the objective of humane treatment of nationals of either country arrested, detained or imprisoned in the other country", is not relevant to the question of the right to consular assistance under the Vienna Convention. Specifically, India contended that point (vi) must be read in light of the surrounding provisions, namely points (v) and (vii) of the 2008 Agreement, which deal with the question of early release or repatriation, on compassionate or humanitarian considerations, which is not what is in dispute in the present case (MI, paras. 90-92; RI, paras. 139, 143-146; CR 2019/1, para. 106 (Salve)). Counsel for India, Mr. Harish Salve, in his oral submissions, contended that

"[c]onsidering that India and Pakistan are neighbours both on land and sea, where people who live in the border areas frequently stray into the other country and end up in custody, it was found necessary to have a bilateral agreement that could supplement the Vienna Convention. Thus, the matters covered in (sub)paragraphs (i) (iii) (iv) and (v) were agreed to and these are not matters covered by the Vienna Convention; they supplement and extend the provisions of the Vienna Convention." (CR 2019/1, pp. 31-32, para. 110 (Salve).)

18. L'interprétation de l'accord de 2008 retenue par la Cour repose sur une présomption, et non sur les intentions des deux Etats telles qu'elles ressortent du libellé de cet instrument. De plus, la Cour a mal interprété l'article 73 de la convention. J'estime en effet que son interprétation du paragraphe 2 de cet article est inexacte au regard du droit des traités, et ne tient pas suffisamment compte des difficultés qu'a présentées la rédaction des dispositions de ce paragraphe lors de la négociation du texte de la convention. Comme je le montrerai plus loin, admettre l'interprétation de la Cour rendrait le paragraphe 2 de l'article 73 redondant et priverait les Etats de leur faculté inhérente de conclure des accords bilatéraux *inter se* portant sur le même sujet qu'un traité multilatéral auquel ils sont l'un et l'autre parties.

19. Il me paraît utile, avant de poursuivre mon exposé, de rappeler les principaux arguments avancés sur ce point par les Parties. Pour le Pakistan, l'accord de 2008 donne effet aux dispositions de la convention de Vienne, qu'il complète et développe au sens de l'article 73 de celle-ci (CMP, par. 369 et 385.1). Le Pakistan a jugé que, compte tenu des aveux de M. Jadhav et de la nature des charges retenues contre ce dernier, son cas relevait de la «sécurité nationale»; il était par conséquent en droit d'examiner «au fond» la question de la communication de l'intéressé avec les autorités consulaires indiennes, conformément au point vi) de l'accord de 2008 (CMP, par. 385.3-385.4). L'Inde a pour sa part soutenu que les Etats parties à la convention de Vienne ne pouvaient conclure des accords portant sur le même sujet que s'ils confirmaient, complétaient ou développaient les dispositions de celle-ci, ou étendaient leur champ d'application. Elle a également soutenu que, ayant été conclu en vue «d'œuvrer à la réalisation de l'objectif consistant à garantir un traitement humain aux ressortissants de chacun des deux Etats en cas d'arrestation, de détention ou d'emprisonnement sur le territoire de l'autre», l'accord de 2008 n'était pas pertinent aux fins de l'examen de la question du droit à l'assistance consulaire prévu par la convention de Vienne. Plus précisément, l'Inde affirmait que le point vi) devait être lu à la lumière des dispositions qui l'encadrent, à savoir celles du point v) et du point vii), lesquels traitent de la libération et du rapatriement anticipé des personnes se trouvant dans des circonstances spéciales appelant compassion et humanité, question qui n'était pas en cause dans la présente affaire (MI, par. 90-92; RI, par. 139, 143-146; CR 2019/1, p. 31-32, par. 106 (Salve)). A l'audience, M. Harish Salve, conseil de l'Inde, a notamment dit ce qui suit :

«[é]tant donné que l'Inde et le Pakistan sont des Etats voisins et ont une frontière terrestre et une frontière maritime communes, et qu'il arrive fréquemment que les habitants des zones frontalières entrent par inadvertance sur le territoire de l'autre pays, ce qui leur vaut d'être mis en état d'arrestation, il a été jugé nécessaire de conclure un accord bilatéral complétant la convention de Vienne. Les questions dont traitent ses points i), iii), iv) et v), choisies d'un commun accord, ne sont pas couvertes par la convention, et leurs dispositions complètent celles de la convention et en étendent le champ d'application.» (CR 2019/1, p. 31-32, par. 110 (Salve).)

20. Counsel for India thus admits that matters which fall within the ambit of points (i), (iii), (iv) and (v) of the 2008 Agreement are not matters covered by the Vienna Convention; they supplement and extend the provisions thereof. He regrettably does not mention point (vi) (“In case of arrest, detention or sentence made on political or security grounds, each side may examine the case on its merits.”). The case of Mr. Jadhav, who was accused of organizing and executing acts of terror, squarely fell within the scope of point (vi) of the 2008 Agreement. With regard to the intent of the parties to the Agreement, it is important to bear in mind two things; firstly, that both sides were party to the Vienna Convention on Consular Relations and were very well aware of its Article 36, but despite that they executed the said Agreement, and secondly, the very title of the 2008 Agreement is reflective of their intent, i.e. Agreement on Consular Access.

21. When considering the context of the 2008 Agreement, it is important to recall the background that explains why these two States entered into this arrangement notwithstanding the fact that they are both parties to the Vienna Convention. There appear to be two reasons for that. Firstly, since both countries share long borders (both land and sea), their nationals accidentally cross the border and get arrested. It was for their “humane treatment” and repatriation that the countries thought of entering into some kind of an accord. Secondly, and as pointed out by Pakistan, this Agreement (paragraph 11 above) replaced an earlier 1982 Agreement which operated until the execution of the 2008 Agreement and contained a provision similar to point (vi) of the 2008 Agreement. Both countries have had turbulent relations for the last several decades and wanted to combat cross-border terrorism. One factor in this context has been the festering Kashmir dispute between the two countries on account of which they have had several armed conflicts, trading of allegations and counter-allegations in the midst of a proxy war. India itself in its Memorial has referred to a press briefing by a spokesperson of Pakistan dated 20 April 2017, which is reflective of how the Kashmir dispute has partly defined the diplomatic relations between India and Pakistan:

“Will of Kashmiris in Indian-occupied Jammu and Kashmir was clearly visible in their outright rejection of sham elections there. Our Prime Minister, while calling upon Int[ernational] Community to stop Indian atrocities in IOK, rightly said that ‘use of brute force against innocent Kashmiris, who refused to participate in the sham elections, cannot suppress their human urge of freedom.’ Harrowing stories

20. Le conseil de l'Inde a donc admis que les questions dont traitent les points i), iii), iv) et v) de l'accord de 2008 n'étaient pas couvertes par la convention de Vienne, et que leurs dispositions complétaient celles de la convention et en étendaient le champ d'application. Malheureusement, il n'a pas fait mention du point vi) (« En cas d'arrestation, de détention ou de condamnation pour des motifs politiques ou relatifs à la sécurité, chaque partie peut examiner l'affaire au fond. »). Or, le cas de M. Jadhav, accusé d'avoir organisé et exécuté des opérations terroristes, entrainé manifestement dans le champ d'application du point vi) de l'accord. Au sujet des intentions dans lesquelles les parties à l'accord l'ont conclu, il importe de garder deux choses à l'esprit : premièrement, les deux Etats, étant tous deux parties à la convention de Vienne, étaient parfaitement conscients des dispositions de son article 36, mais n'en ont pas moins conclu l'accord ; deuxièmement, le titre même de l'accord de 2008 (« accord sur la communication consulaire ») reflète les intentions dont il procède.

21. Pour apprécier le contexte de la conclusion de l'accord de 2008, il importe de s'intéresser aux raisons qui ont porté les deux Etats à conclure cet arrangement tout en étant l'un et l'autre parties à la convention de Vienne. Ces raisons me semblent être au nombre de deux. La première est que l'Inde et le Pakistan ont de longues frontières terrestre et maritime communes, qu'il arrive à leurs ressortissants de franchir par mégarde, lesquels se retrouvent pour cela en état d'arrestation. C'est dans le but d'assurer à ces derniers en pareil cas un traitement « humain » et de pourvoir à leur rapatriement que les deux pays ont envisagé de conclure un accord. La deuxième est que, comme l'a souligné le Pakistan (voir ci-dessus, par. 11), il y avait lieu de remplacer un accord datant de 1982, qui était resté en vigueur jusqu'à la conclusion de celui de 2008 ; cet accord renfermait une disposition analogue à celle du point vi) de son successeur. Ayant depuis des dizaines d'années des relations houleuses, les deux pays voulaient combattre le terrorisme transfrontières. Cet aspect du contexte tient notamment au risque de voir s'envenimer le différend qui oppose les deux Etats au sujet du Cachemire, différend qui les a déjà amenés plusieurs fois à s'affronter militairement et qui entraîne des échanges d'allégations et de contre-allégations sur fond de guerre par procuration. L'Inde a elle-même fait référence dans son mémoire à un point de presse dans lequel un représentant du Pakistan a, le 20 avril 2017, fait une déclaration dont la teneur montre en quoi le différend sur le Cachemire détermine pour une part la nature des relations diplomatiques entre les deux Etats :

« Les Cachemiriens qui habitent le Jammu-et-Cachemire occupé par l'Inde ont clairement manifesté leur volonté en refusant catégoriquement de se prêter à un simulacre d'élections. Notre premier ministre, tout en engageant la communauté internationale à intervenir pour mettre fin aux atrocités commises par l'Inde dans la partie du Cachemire qu'elle occupe, a dit fort justement que « le recours à

from Indian occupied Kashmir continue to raise concerns in Pakistan.” (MI, Ann. 9.)

Although Kashmir is not an issue in this case, India’s reference to the above-quoted briefing prompts a comment. The underlying issue which regrettably has led to increasing public unrest in Kashmir and marred the relations between the two neighbouring countries is the non-implementation of United Nations Security Council resolution 47 (adopted on 21 April 1948). Through the said resolution, the Security Council established a commission to help the Government of India and the Government of Pakistan to restore peace and order in the region and prepare for a plebiscite to decide the fate of Kashmir.

22. The grave situation in Kashmir has been graphically explained by the latest report on Kashmir prepared by the United Nations High Commissioner for Human Rights (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “Report on the Situation of Human Rights in Kashmir”, dated 14 June 2018). On account of such fractious relations, both countries have exchanged allegations of interference, as sometimes nationals of either country and non-State actors are arrested and detained on security grounds. Such incidents need to be investigated and each country may be sensitive about providing either immediate consular access or release. As the Vienna Convention on Consular Relations does not specifically deal with arrest and detention on “political” and “security” grounds (point (vi) of the 2008 Agreement), India and Pakistan negotiated and entered into an agreement within the meaning of Article 73, paragraph 2, of the Vienna Convention with a view to “supplement” and “amplify” its provisions. The case in hand is a classic example of the kind of situations/cases both countries had in mind when inserting point (vi) in the 2008 Agreement. The Court, I may add with respect, regrettably did not keep this aspect in mind while construing the said Agreement.

23. Such bilateral agreements are not unusual in the practice of States. It appears that

“[a]t least fifty post-VCCR bilateral consular treaties contain explicit notification or access timelines. The treaties were signed between 1964 and 2008 and involve thirty-nine parties, representing nations on every continent and employing a wide range of political and judicial systems. No single formula for consular notification and access prevails within this diverse body of bilateral instruments, even among

la force brute contre des Cachemiriens innocents qui refusent de prendre part à un simulacre d'élections n'éteindra pas leur aspiration naturelle à la liberté». Les nouvelles épouvantables qui parviennent de la partie du Cachemire occupée par l'Inde continuent d'inquiéter le Pakistan.» (MI, annexe 9.)

Bien que la situation au Cachemire n'ait pas été en cause en la présente affaire, la référence qu'a faite l'Inde au point de presse susmentionné appelle une observation. Le problème sous-jacent, qui a malheureusement provoqué au Cachemire des troubles de plus en plus fréquents, et a détérioré les relations entre les deux Etats voisins, est que la résolution 47 du Conseil de sécurité des Nations Unies (adoptée le 21 avril 1948) n'est toujours pas appliquée. Le Conseil de sécurité a créé par cette résolution une commission chargée d'aider les gouvernements indien et pakistanais à rétablir la paix et l'ordre public dans la région, et à organiser un plébiscite par lequel il serait décidé du sort du Cachemire.

22. Dans son rapport le plus récent sur le Cachemire, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme expose sans complaisance la situation grave qui y règne (Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, «Rapport sur la situation des droits de l'homme au Cachemire», 14 juin 2018). Les relations entre les deux Etats sont si acrimonieuses qu'ils échangent des allégations d'ingérence lorsqu'il arrive que l'un arrête et mette en détention des ressortissants de l'autre ou des acteurs non étatiques pour des raisons de sécurité. Ces incidents doivent faire l'objet d'enquêtes, mais les autorités de l'Etat de résidence renâclent parfois à permettre immédiatement aux individus en cause de communiquer avec leur consulat ou à les relâcher rapidement. Etant donné que la convention de Vienne ne prévoit pas de dispositions spéciales en cas d'arrestation et de détention pour des raisons «politiques» ou de «sécurité» (pour reprendre la terminologie du point vi) de l'accord de 2008), l'Inde et le Pakistan, en vue d'en «compléter» les dispositions et d'«étendre» leur champ d'application, ont négocié et conclu un accord conforme au paragraphe 2 de son article 73. Le cas qui a fait l'objet de la présente instance est un exemple typique des situations que les deux Etats avaient à l'esprit lorsqu'ils ont introduit les dispositions du point vi) dans l'accord de 2008. Sans me départir du respect que je dois à la Cour, je me permets d'observer que c'est là un fait qu'elle n'a malheureusement pas gardé à l'esprit lorsqu'elle a interprété ledit accord.

23. La conclusion d'accords bilatéraux de cette sorte n'est pas inhabituelle dans la pratique des Etats. En effet,

«[a]u moins 50 accords sur les relations consulaires conclus après la signature de la convention de Vienne prévoient des délais précis de notification consulaire ou d'autorisation de communiquer avec les autorités consulaires. Ces traités ont été conclus entre 1964 et 2008, et les Etats qui y sont parties, au nombre de 39, sont répartis entre tous les continents et ont des régimes politiques et des systèmes juri-

those that use the ‘without delay’ language of the VCCR. The shortest maximum time frame for consular *notification* is within forty-eight hours of the detention, while the longest is within ten days. The shortest maximum time frame for consular *access* is within three days of a detention and the longest is within fifteen days. A clear majority of the fifty treaties require notification of the consulate within three days of a detention and nearly 90 per cent of the reviewed agreements require notification within no more than five days. Similarly, a majority of the treaties require consular access within five days or less, while 82 per cent of the treaties stipulate access within no more than one week of the detention.” (M. Warren, “Rendered Meaningless? Security Detentions and the Erosion of Consular Access”, *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 38 (1) (Fall 2013), pp. 37-38.)

24. In my view, the 2008 Agreement is fully in line with the requirements of Article 73, paragraph 2, of the Vienna Convention on Consular Relations, which provides that “[n]othing in the present Convention shall preclude States from concluding international agreements confirming or supplementing or extending or amplifying the provisions thereof”. The expressions “confirming or supplementing or extending or amplifying” are disjunctive. *The Chambers Dictionary* defines “supplement” as “[t]hat which supplies a deficiency or fills a need; that which completes or brings closer to completion; an extra part added to a publication”. Similarly, it defines “amplify” as “to make more copious; to add, to enlarge, etc.”. *Black Law’s Dictionary* defines “supplement” as “supplying something additional, adding what is lacking”. India itself has asserted that “bilateral treaties covering the same subject-matter can be accommodated as long as they are [t]reaties ‘confirming, or supplementing or extending or amplifying the provisions . . .’ of the Vienna Convention” (MI, para. 91). In any event, Article 73, paragraph 2, is substantially a without prejudice clause. Nothing under the general law of treaties precludes two States, which are parties to a multilateral instrument, from concluding a subsequent agreement that could govern differently their relations *inter se*. This is also what directly transpires from the *travaux préparatoires* of Article 73, paragraph 2, the text of which was proposed at the time by India. The statements made immediately preceding the adoption of this provision are revealing:

diques très divers. On ne constate dans ces différents instruments, y compris ceux qui reprennent l'expression «sans retard» employée dans la convention de Vienne, aucune uniformité des dispositions spécifiant le délai de notification consulaire et le délai d'autorisation de communiquer avec les autorités consulaires. Pour la *notification* aux autorités consulaires, le délai le plus court est de 48 heures au plus après la mise en état de détention, et le plus long de 10 jours au plus. Pour l'autorisation de *communiquer* avec les autorités consulaires, le délai maximal le plus court est de trois jours après la mise en état de détention, et le plus long de 15 jours. La plupart de ces 50 traités prévoient que la notification consulaire doit avoir lieu dans les trois jours qui suivent la mise en état de détention, et près de 90% des accords analysés prévoient un délai maximal de notification de cinq jours. De même, la majorité des traités disposent que la permission de communiquer avec les autorités consulaires doit être accordée dans les cinq jours qui suivent la mise en état de détention, et 82% stipulent à cet égard un délai maximal d'une semaine.» (M. Warren, «Rendered Meaningless? Security Detentions and the Erosion of Consular Access», *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 38 (1) (automne 2013), p. 37-38.)

24. A mon sens, l'accord de 2008 satisfait pleinement aux conditions prévues au paragraphe 2 de l'article 73 de la convention, qui dispose ce qui 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.» Le membre de phrase «confirmant, complétant ou développant ses dispositions, ou étendant leur champ d'application» n'est pas une formulation indifférente. Selon le dictionnaire *Chambers*, le substantif anglais «supplement» désigne «ce qui comble une insuffisance ou satisfait un besoin, ce qui complète ou contribue à compléter, ou une partie supplémentaire ajoutée à une publication». Le verbe «to amplify» signifie «rendre plus copieux, ajouter à, agrandir, etc.». Selon le *Black's Law Dictionary*, le verbe «to supplement» signifie «apporter quelque chose de plus, ajouter ce qui manque». Selon l'Inde elle-même, des traités bilatéraux portant sur le même sujet que la convention de Vienne peuvent être conclus, «à condition que ceux-ci «confirm[ent], compl[ètent] ou développ[ent] ses dispositions, ou étend[ent] leur champ d'application» (MI, par. 91). En tout état de cause, le paragraphe 2 de l'article 73 est essentiellement une clause de sauvegarde. Le droit général des traités n'interdit nullement à deux Etats parties à un instrument multilatéral de conclure un accord ultérieur qui peut régir différemment leurs relations *inter se*. Cette façon de voir ressort clairement des travaux préparatoires consacrés à la rédaction du paragraphe 2 de l'article 73, dont il se trouve que le texte originel avait été proposé par l'Inde. Les déclarations ci-après, faites avant l'adoption de ce paragraphe, sont révélatrices :

“Mr. EVANS (United Kingdom) asked whether the delegate of India could say whether his text left undisturbed the rule of international law which permitted any two or more parties to a multilateral convention to agree to a departure from the terms of such a convention as between themselves, provided that the departure did not infringe the rights of the other parties to the convention. If that could be confirmed, he would vote for the text submitted by India.

Mr. KRISHNA RAO (India) said it was hard to answer that question, for the answer would have a bearing on the convention being prepared and also on conventions or agreements which might be concluded in the future.” (*Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations, Vienna, 4 March-22 April 1963, Summary Records of Plenary Meetings and of the Meetings of the First and Second Committees*, doc. A/CONF.25/16, Vol. I, Twenty-eighth meeting of the First Committee, 25 March 1963, p. 240, paras. 9-10.)

25. During the negotiations of this provision in Vienna, several States expressed strong reservations about its legal effect, suggesting for example that “States should be free to decide whether or not they wished to enter into agreements of their own choice on consular relations” but eventually there was a broad consensus to insert Article 73, paragraph 2, in the Convention (*ibid.*, p. 235: Twenty-seventh meeting of the First Committee, 25 March 1963, para. 28).

26. Various provisions of the 2008 Agreement have filled in some of the gaps in the Vienna Convention and have clarified the application of that instrument in the bilateral relations between India and Pakistan. The Parties agreed that they could examine any request of consular access and assistance in respect of persons detained or sentenced on political or security grounds “on its merits”. As rightly observed by Mark Warren, “the provisions of bilateral consular treaties offer an important but often overlooked source of authority on the contemporary understanding of consular notification and access obligations” (M. Warren, “Rendered Meaningless? Security Detentions and the Erosion of Consular Access”, *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 38 (1) (Fall 2013), p. 28). Regrettably, the Court has ignored this key provision, by holding that “[it] cannot be read as denying consular access in the case of an arrest, detention or sentence made on political or security grounds” (Judgment, para. 94).

27. As already pointed out above, the Parties negotiated the terms of the 2008 Agreement over a period of almost three years and India failed

«M. EVANS (Royaume-Uni) voudrait savoir si le texte proposé par l'Inde laisse intacte la règle de droit international relative à l'interprétation des conventions multilatérales, qui reconnaît à deux ou plusieurs parties à une convention multilatérale la faculté de s'écarter, d'un commun accord, de certaines clauses de ladite convention à condition de ne pas porter atteinte aux droits des autres parties à la convention. Dans l'affirmative, la délégation du Royaume-Uni votera pour le texte proposé par l'Inde.

M. KRISHNA RAO (Inde) dit qu'il lui est difficile de répondre à la question du représentant du Royaume-Uni étant donné qu'il s'agit d'une part de la présente convention et d'autre part des conventions ou accords qui pourraient être conclus dans l'avenir.» (*Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, Vienne, 4 mars-22 avril 1963, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des première et deuxième Commissions, doc. A/CONF.25/16, vol. I, p. 258, par. 9 et 10 (28^e séance de la première Commission, 25 mars 1963).*)

25. Pendant la négociation de cette disposition à Vienne, plusieurs Etats ont exprimé de vives réserves quant à son effet juridique, faisant observer que «tous les Etats devraient pouvoir décider librement s'ils désirent ou non conclure des accords de leur choix en matière de relations consulaires», mais il a finalement été décidé, à une très forte majorité, de faire figurer dans la convention ce qui est devenu le paragraphe 2 de l'article 73 (*ibid.*, p. 252, par. 28 (compte rendu analytique de la 27^e séance de la première Commission, 25 mars 1963)).

26. Diverses dispositions de l'accord de 2008 comblent certaines des lacunes de la convention de Vienne et précisent leurs modalités d'application dans les relations bilatérales entre l'Inde et le Pakistan. Les Parties sont notamment convenues que, en cas de détention ou de condamnation pour des raisons politiques ou de sécurité, elles pouvaient examiner «au fond» toute demande d'autorisation de communiquer avec les autorités consulaires ou d'assistance consulaire. Comme l'a très justement fait observer Mark Warren, «les dispositions des traités bilatéraux sur les relations consulaires sont une source importante, mais souvent négligée, d'indicateurs des tendances récentes de la doctrine des obligations en matière de notification consulaire ou de communication avec les autorités consulaires» (M. Warren, «Rendered Meaningless? Security Detentions and the Erosion of Consular Access», *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 38 (1) (automne 2013), p. 28). Il est regrettable que la Cour ait écarté cette disposition clé de l'accord de 2008, au motif qu'elle «ne saurait être lu[e] comme autorisant l'Etat de résidence à refuser la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi en cas d'arrestation, de détention ou de condamnation ... pour des raisons politiques ou de sécurité» (arrêt, par. 94).

27. Comme je l'ai relevé plus haut, les négociations sur l'accord de 2008 ont duré près de trois ans, et l'Inde, dans ses écritures et plaidoiries,

to explain in its pleadings how any aspect of that Agreement is inconsistent with Article 73 of the Vienna Convention and why should it not be looked at to inform the application and interpretation of Article 36 thereof. While reiterating their resolve to provide “consular access” and to ensure the release and repatriation of nationals of the other contracting party within one month “of confirmation of their national status and completion of sentences”, the Parties agreed to an exception in point (vi) in providing “[i]n case of arrest, detention or sentence made on political or security grounds, each side may examine the case on its merits”. This exception applies exclusively in the relations between the two countries.

28. The 2008 Agreement does not affect the enjoyment by the other parties to the Vienna Convention of their rights or performance of their obligations, nor does it affect the effective execution of the object and purpose of the Vienna Convention as a whole (see Art. 41 (1) (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties). The 2008 Agreement simply qualifies the performance by India and Pakistan of their rights and obligations under Article 36 of the Vienna Convention in the relations *inter se* and in the specific cases of arrest and detention on political or security grounds. It does not affect the continuing enjoyment of those rights and obligations by other parties to the Vienna Convention. In this context, a distinction may be drawn between “reciprocal” and “absolute” treaties, as far as the conditions for modification of a treaty are concerned, as these are set out in Article 41 (1) (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. According to the authoritative commentary of that provision :

“Reciprocal treaties are those in which States parties engage in a reciprocal way, where they grant each other advantages and subscribe to obligations between one another, in a quasi-bilateral fashion. This is typically the case for conventions on consular relations, diplomatic relations, or even on the law of treaties. In this type of treaty, States engage vis-à-vis others, but a derogation between two or several of them will not necessarily entail a restriction of rights granted to other States and will not affect the realization of the object and purpose of the treaty. Compatibility with the object and purpose of the treaty or conformity with the rights and obligations of other States parties will thus, in this scenario, only rarely be an obstacle to the conclusion of *inter se* agreements.” (A. Rigaux et al., “Art. 41 of the 1969 Vienna Convention”, in O. Corten and P. Klein (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties* (2011), pp. 1003-1004, para. 36.)

n'a pas expliqué en quoi cet accord serait incompatible avec l'article 73 de la convention ni pourquoi il ne pourrait pas être invoqué pour préciser les modalités d'application et l'interprétation de son article 36. Les parties à l'accord, résolues lorsque sur leur territoire des ressortissants de l'autre partie seraient arrêtés, détenus ou condamnés, à permettre la «communication consulaire» avec les intéressés, et à les libérer et les rapatrier dans un délai «d'un mois au plus tard» après expiration de leur peine et «confirmation de leur nationalité», sont convenues de prévoir au point vi) de l'accord une exception en vertu de laquelle, «[e]n cas d'arrestation, de détention ou de condamnation pour des motifs politiques ou relatifs à la sécurité, chaque partie peut examiner l'affaire au fond». Cette exception vaut uniquement dans les relations bilatérales entre les deux Etats.

28. L'accord de 2008 est sans effet sur la jouissance par les autres parties à la convention de Vienne des droits qu'elles tiennent de celle-ci, ni sur l'exécution des obligations qu'elle leur impose, et il n'est pas incompatible avec la réalisation effective de l'objet et du but de la convention prise dans son ensemble (voir l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 41 de la convention de Vienne sur le droit des traités). L'accord de 2008 précise simplement les modalités selon lesquelles, dans leurs relations bilatérales, les deux Etats exercent les droits qu'ils tiennent de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires et exécutent les obligations qui en découlent, et ce, dans un cas précis, à savoir celui de l'arrestation et de la détention de ressortissants de l'un sur le territoire de l'autre pour des raisons politiques ou de sécurité. L'accord n'affecte pas la jouissance par les autres parties à la convention des droits qu'elle leur confère, ni l'exécution par celles-ci des obligations qu'elle leur impose. On peut opérer une distinction entre les traités «réciproques» et les traités «absolus» selon qu'il est possible ou non d'y apporter des modifications satisfaisant aux conditions prévues à l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 41 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Selon un commentaire de cette disposition qui fait autorité :

«Les traités réciproques sont ceux par lesquels les parties s'accordent réciproquement des droits et contractent des obligations les unes envers les autres de manière quasi bilatérale. Sont généralement considérées comme relevant de cette catégorie les conventions sur les relations consulaires ou diplomatiques, voire celles sur le droit des traités. Les parties à ces traités s'engagent chacune envers les autres, mais si deux d'entre elles ou plus conviennent d'y déroger dans leurs relations, il n'en résulte pas nécessairement des restrictions des droits qu'elles reconnaissent aux autres parties, et la réalisation de l'objet et du but du traité n'en est pas affectée. Pour les parties à un traité de ce type qui veulent conclure un accord *inter se* [sur le même sujet], la compatibilité avec l'objet et le but du traité ou la conformité aux droits et obligations des autres parties est donc rarement un obstacle.» (A. Rigaux *et al.*, «Art. 41 of the 1969 Vienna Convention», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties* (2011), p. 1003-1004, par. 36.)

29. Finally, as I have already mentioned before, the interpretation of the relationship between the 2008 Agreement and the Vienna Convention on Consular Relations should not lose sight of the object and purpose of the latter instrument. Although the Convention stipulates no express exception for spies or persons involved in cases which have a political or national security dimension, its very preamble affirmed that “the rules of customary international law continue to govern matters not expressly regulated by the provisions of the present Convention”. Reaffirmation of the rules of customary international law is significant because certain matters were deliberately left out of the scope of application of the Convention. In his oral submissions, counsel for Pakistan dilated upon this aspect and submitted that

“State practice did not provide for consular access prior to the VCCR and the Vienna Convention expressly preserved the position of customary international law in 1963. [. . .] [E]ven if the Vienna Convention was engaged, consular access to a prima facie case of espionage suspect would violate Articles 5 (a) and 55, the principle of upholding international law, not violating it and not interfering in the internal affairs of the State” (CR 2019/2, p. 18, para. 21 (Qureshi)).

30. This dimension of the Vienna Convention is important because Mr. Jadhav was arrested on charges of espionage and terrorism, a class of cases treated differently under customary international law so far as the question of consular access and assistance is concerned. In its submissions, Pakistan has rightly referred to various examples from State practice and *travaux préparatoires*, showing that consular access and assistance were either withheld or restricted in cases of espionage agents, dual nationals or asylum seekers (see CMP, paras. 291-315.5). The States negotiating the Vienna Convention did not intend for the Convention to apply to these select categories of persons. These matters were to be governed by customary international law and any existing or future bilateral treaties. Doctrine contemporaneous with the adoption of the Vienna Convention also shows that the practice of States confirmed “a frequent exception to the consular right to protect nationals and visit them in prison is the case of spies” (L. T. Lee, *Consular Law and Practice* (1961), reproduced in RP, para. 116 and CMP, Vol. 5, Ann 112.1, p. 125). Similarly, Biswanath Sen, who was the Honorary Legal Adviser to India’s Ministry of External Affairs, noted that “[a] frequent exception to the consular rights to protect nationals and visit them in prison is the case of persons who are held on charge of espionage as evidenced by the practice of states” (B. Sen, *A Diplomat’s Handbook to International Law and Prac-*

29. Enfin, comme je l'ai déjà mentionné, le rapport entre l'accord de 2008 et la convention de Vienne sur les relations consulaires devrait être interprété sans perdre de vue l'objet et le but de celle-ci. Bien que n'y soit expressément prévue aucune exception pour les espions ou les personnes impliquées dans des affaires ayant des ramifications politiques ou touchant la sécurité nationale, il est affirmé dans son préambule même que «les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions qui n'ont pas été expressément réglées dans les dispositions de la ... convention». Cette réaffirmation des règles de droit international coutumier est importante, parce que certaines questions ont été délibérément laissées hors du champ d'application de la convention de Vienne. A l'audience, le conseil du Pakistan a développé ce point, déclarant notamment ce qui suit :

«Avant la conclusion, en 1963, de la convention de Vienne sur les relations consulaires et la réaffirmation des règles de droit international coutumier qui y figure expressément, la pratique des Etats ne comprenait pas la facilitation de la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi... A supposer que la convention soit applicable au cas d'un individu qui est *prima facie* impliqué dans une affaire d'espionnage, lui permettre de communiquer avec les autorités consulaires de l'Etat d'envoi serait une violation de son article 5, alinéa *a*), et de son article 55, ainsi que du principe du respect du droit international et du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des Etats.» (CR 2019/2, p. 18, par. 21 (Qureshi).)

30. Cet aspect de l'application de la convention de Vienne était important en l'espèce, vu que M. Jadhav a été arrêté parce qu'il était soupçonné d'espionnage et de terrorisme, c'est-à-dire d'actes entrant dans une catégorie de cas pour laquelle le droit international coutumier prévoit un traitement spécial de la question de la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi et de l'assistance consulaire. Dans ses écritures, le Pakistan a judicieusement cité divers exemples tirés de la pratique des Etats et des travaux préparatoires de la convention, qui montrent que la communication avec les autorités consulaires et l'assistance consulaire sont soumises à des restrictions ou refusées lorsque sont en cause des agents secrets, des personnes ayant la double nationalité ou des demandeurs d'asile (voir CMP, par. 291-315.5). Les Etats qui ont négocié la convention de Vienne n'avaient pas l'intention qu'elle s'applique aux personnes relevant de ces cas spéciaux. Ils ont considéré que les cas dans lesquels de telles personnes seraient impliquées devaient continuer d'être régis par le droit international coutumier et des accords bilatéraux antérieurs ou postérieurs à la conclusion de la convention. Les travaux de juristes datant de l'époque de l'adoption de la convention de Vienne montrent aussi que, dans la pratique des Etats, «il [était] souvent dérogé au droit des fonctionnaires consulaires de protéger leurs concitoyens et de se rendre auprès d'eux en prison» lorsqu'il s'agissait d'espions

tice (1965), reproduced in RP, para. 117 and CMP, Vol. 5, Ann. 117). Pakistan's argument that neither the text of Article 36 nor the International Law Commission's (hereinafter "ILC") Commentary on the draft of Article 36 demonstrates that it was intended to embrace individuals arrested for purported espionage, is well-founded. In fact, through the ILC's Commentary on the draft Articles, it has managed to demonstrate to the Court that at the time of drafting of the Convention, the application of the Vienna Convention to espionage cases was brought up in discussion but was not definitively decided upon due to its sensitive nature. On the contrary, the Commentary recognized that there would be circumstances where States would be entitled to hold persons incommunicado for a certain time period for the purposes of criminal investigations. As noted in the Commentary, "[t]he expression 'without undue delay' used in paragraph (1) (b) allows for cases where it is necessary to hold a person incommunicado for a certain period for the purposes of the criminal investigation". (A. Watts (ed.), *The International Law Commission 1949-1998, Volume One: The Treaties, Part 1* (OUP, 2000), p. 274, para. 6; reproduced in CMP, Vol. 5, Ann. 92.) There has been no evidence presented by India to the Court which sufficiently demonstrates that customary international law and State practice provide for obligatory granting of consular access to individuals accused of espionage. However, as argued by Pakistan, State practice from the Cold War demonstrates that requests for consular access between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics for individuals accused of espionage activities were either denied or were granted on severely restricted terms. In light of the text of Article 36, its drafting history, and customary international law, it is tenable to conclude that there is no absolute right of consular access under Article 36.

31. Espionage and terrorism are illegal acts in international law and the Vienna Convention cannot be used to protect a State indulging in espionage and terrorist missions. The Court's disregard of the legal effect and content of the 2008 Agreement is highly damaging not only to the integrity and sacredness of that Agreement, but also raises a question mark as to the legal effect of other bilateral agreements concluded after the entry into force of the Vienna Convention on Consular Relations. In fact, it would put in doubt every bilateral agreement signed

(L. T. Lee, *Consular Law and Practice* (1961), extrait reproduit dans la duplique du Pakistan, par. 116, et dans son contre-mémoire, vol. 5, annexe 112.1, p. 125). De même, Biswanath Sen, conseiller juridique honoraire du ministère indien des affaires étrangères, a noté ce qui suit: «[c]omme le montre la pratique des Etats, il est souvent dérogé au droit des fonctionnaires consulaires de protéger les ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux en prison lorsque les détenus sont accusés d'espionnage» (B. Sen, *A Diplomat's Handbook to International Law and Practice* (1965), extrait reproduit dans la duplique du Pakistan, par. 117, et dans son contre-mémoire, vol. 5, annexe 117). Le Pakistan a avancé à ce sujet un argument solidement fondé, à savoir que ni le texte de l'article 36 de la convention ni le commentaire que la Commission du droit international (CDI) lui a consacré lorsqu'il était à l'état de projet ne montrent que ses rédacteurs entendaient qu'il s'appliquât aux individus arrêtés parce que soupçonnés d'espionnage. De fait, en se référant au commentaire de la CDI sur le projet d'article 36, le Pakistan a montré à la Cour que la question de l'applicabilité de celle-ci en cas d'espionnage a été abordée, mais n'a pas été tranchée en raison de son caractère sensible. La CDI est même allée jusqu'à admettre dans son commentaire que les Etats seraient en droit de maintenir les détenus *incommunicado* pendant un certain temps pour les besoins de l'instruction. La CDI a notamment indiqué ce qui suit: «[l]'expression «sans retard injustifié» utilisée à l'alinéa b) du paragraphe 1 tient compte des cas où les intérêts de l'instruction criminelle exigent que l'arrestation d'une personne soit tenue secrète pendant un certain temps» (A. Watts (dir. publ.), *The International Law Commission 1949-1998, Volume One: The Treaties, Part 1* (OUP, 2000), p. 274, par. 6, extrait reproduit dans le contre-mémoire du Pakistan, vol. 5, annexe 92.) Aucun des moyens de preuve produits par l'Inde ne suffit à démontrer que, selon le droit international coutumier et la pratique des Etats, il est obligatoire de permettre aux individus accusés d'espionnage de communiquer avec les autorités consulaires de leur pays. En revanche, comme l'a fait valoir le Pakistan, l'étude de la pratique des Etats pendant la guerre froide montre que, dans les rapports entre les Etats-Unis et l'URSS, la permission de communiquer avec des individus accusés d'espionnage était souvent refusée aux autorités consulaires de l'Etat d'envoi, ou accordée sous des conditions très restrictives. Au vu de son libellé et de l'historique de sa rédaction, et eu égard au droit international coutumier, on peut plausiblement conclure que l'article 36 ne confère pas un droit absolu à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi.

31. L'espionnage et le terrorisme sont des faits internationalement illicites, et la convention de Vienne ne saurait être invoquée pour sa protection par un Etat qui organise sans vergogne des missions d'espionnage et des opérations terroristes. En ne tenant pas compte de la teneur de l'accord de 2008 et de son effet juridique, la Cour, outre qu'elle a porté gravement atteinte à l'intégrité et au caractère sacré de cet instrument, a jeté le doute sur l'effet juridique des autres accords bilatéraux conclus après l'entrée en vigueur de la convention de Vienne. De fait, ce doute pourrait

between India and Pakistan, or between any two countries, which have faced hostilities and threats of terrorism. It was thus imperative, in my humble view, for the Court to carefully consider the object and purpose of the 2008 Agreement, which in my opinion was meant to qualify within the meaning of Article 73, paragraph 2, certain provisions of the Vienna Convention on Consular Relations in the context of special circumstances faced by the two countries.

32. Notwithstanding the serious charges levelled against Mr. Jadhav and the exception of not providing consular access in cases of espionage, as reflected in customary international law, Pakistan was still prepared to grant consular access subject to India co-operating in the investigation into the crimes committed by Mr. Jadhav.

33. There is no denial by India that the allegations levelled against Mr. Jadhav and the confession made by him, if found to be credible, constitute serious criminal offences under the Anti-Terrorism Act 1997 and Pakistan Army Act 1952. Similarly, India has not denied that if the allegations are found to be true, the acts also constitute offences under the Indian Passport Act 1967 and/or Passport Rules 1980. It was on account of such laws in the Indian legal system that Pakistan had offered to extradite Jadhav if India was prepared to prosecute him under its law. However, there was no positive response. There is nothing on record to suggest that there was a plain refusal by Pakistan to provide consular access. Rather, Pakistan conveyed to India that its request for consular access would be considered in the light of India's assistance in the pending investigation against Mr. Jadhav. India in fact acknowledged "the willingness of Pakistan side to provide consular access" (CMP, Vol. 2, Ann. 13.12). It appears from Pakistan's conduct that it was of the view that — on account of Mr. Jadhav's confession and the fact that potential evidence regarding which it had requested India for assistance had yet to be collected — the investigation was at a sensitive stage. If Mr. Jadhav had been provided immediate consular access, he could have resiled from his confession and any potential evidence sought to be collected from India could have been compromised (see CMP, paras. 60-61). Article 36 of the Vienna Convention itself does not evince immediate consular access prior to investigation. As the Court observed in the *Avena* case:

"As for the object and purpose of the Convention, the Court observes that Article 36 provides for consular officers to be free to

s'étendre non seulement à tous les accords bilatéraux qui lient l'Inde et le Pakistan, mais à tous ceux conclus entre des Etats en butte à des hostilités ou menacés par le terrorisme. A mon humble avis, il était impératif que la Cour examine soigneusement l'objet et le but de l'accord de 2008, que j'estime avoir été conclu dans l'intention de préciser, au sens du paragraphe 2 de l'article 73 de la convention de Vienne, les modalités d'application de certaines des dispositions de celle-ci dans les circonstances particulières aux relations entre les deux Etats.

32. Nonobstant les charges graves portées contre M. Jadhav et les dérogations à l'obligation de permettre la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi qu'autorise le droit international coutumier en cas d'espionnage, le Pakistan était disposé à permettre à l'intéressé d'entrer en communication avec le consulat de l'Inde si celle-ci acceptait de collaborer à l'enquête sur les actes criminels commis par lui.

33. L'Inde n'a pas contesté que, si les allégations formulées contre M. Jadhav et les aveux de celui-ci étaient jugés crédibles, ses actes constituaient des crimes graves tombant sous le coup de la loi pakistanaise contre le terrorisme de 1997 et de la loi de 1952 sur l'armée pakistanaise. L'Inde n'a pas non plus nié que, si les faits allégués étaient avérés, ils relevaient du champ d'application de la loi indienne de 1967 et de la réglementation indienne de 1980 sur les passeports. C'est en connaissance de ces textes législatifs et réglementaires indiens que le Pakistan avait proposé d'extrader M. Jadhav vers l'Inde si elle était prête à exercer contre lui des poursuites selon sa propre législation. Or, l'Inde n'a pas donné suite à cette proposition. Rien dans le dossier de l'affaire ne donne à penser que le Pakistan aurait opposé un refus absolu aux demandes d'autorisation de communiquer par la voie consulaire avec le détenu que l'Inde lui a adressées. Le Pakistan a en effet informé l'Inde que ses demandes seraient examinées en fonction du concours qu'elle apporterait à l'enquête ouverte contre M. Jadhav. L'Inde a d'ailleurs pris note «de la volonté exprimée par le Pakistan de [l']autoriser à communiquer» avec M. Jadhav (CMP, vol. 2, annexe 13.12). Il ressort du comportement du Pakistan qu'il considérait que, à la suite des aveux de M. Jadhav et dans l'attente d'éléments de preuve qui ne pouvaient être recueillis qu'avec le concours de l'Inde, l'enquête traversait une phase délicate. Si M. Jadhav avait été autorisé à entrer immédiatement en communication avec le consulat indien, il aurait pu rétracter ses aveux, et la tentative du Pakistan d'obtenir de l'Inde d'éventuels éléments de preuve aurait risqué d'être compromise (voir CMP, par. 60-61). Rien dans le libellé de l'article 36 de la convention de Vienne n'indique que la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi doit être permise immédiatement, avant même l'ouverture d'une enquête. Comme elle l'a indiqué en l'affaire *Avena*

«[s]’agissant de l’objet et du but de la convention, la Cour relève que l’article 36 prévoit que les fonctionnaires consulaires doivent avoir la

communicate with nationals of the sending State, to have access to them, to visit and speak with them and to arrange for their legal representation. It is not envisaged, either in Article 36, paragraph 1, or elsewhere in the Convention, that consular functions entail a consular officer himself or herself acting as the legal representative or more directly engaging in the criminal justice process. Indeed, this is confirmed by the wording of Article 36, paragraph 2, of the Convention. Thus, neither the terms of the Convention as normally understood, nor its object and purpose, suggest that ‘without delay’ is to be understood as ‘immediately upon arrest and before interrogation’.” (*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 48, para. 85.)

III. PAKISTAN HAS NOT BREACHED ARTICLE 36 OF THE VIENNA CONVENTION

34. I disagree with the Court’s finding that Pakistan has breached the rights set out in paragraph 1 of Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations. The rights set out in that provision must be exercised in accordance with the domestic law of the receiving State (CMP, para. 340). In this respect, paragraph 2 of Article 36 of the Vienna Convention provides that

“[t]he rights referred to in paragraph 1 of this article [Article 36 of the Vienna Convention] shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the receiving State, subject to the proviso, however, that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended.”

35. As the Court noted in both *LaGrand* and *Avena* cases, Article 36 (1) is “an interrelated régime designed to facilitate the implementation of the system of consular protection” (*LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2001*, p. 492, para. 74; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 39, para. 50). Further, as the Court stressed in the *Avena* Judgment:

“Article 36, paragraph 1 (*b*), contains three separate but interrelated elements: the right of the individual concerned to be informed without delay of his rights under Article 36, paragraph 1 (*b*); the right of the consular post to be notified without delay of the individual’s detention, if he so requests; and the obligation of the receiving State to forward without delay any communication addressed to the consular

liberté de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi, de se rendre auprès d'eux, de leur rendre visite et de s'entretenir avec eux et de pourvoir à leur représentation en justice. Il n'est pas prévu, que ce soit au paragraphe 1 de l'article 36 ou ailleurs dans la convention, que les fonctions consulaires permettent à leurs titulaires de faire office eux-mêmes de représentants en justice, ni d'intervenir plus directement dans le système de justice pénale. C'est ce que confirme en effet le libellé du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention. Par conséquent, ni les termes de la convention dans leur sens ordinaire, ni son objet et son but ne permettent de penser que «sans retard» doit s'entendre par «immédiatement après l'arrestation et avant l'interrogatoire.» (*Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 48, par. 85.)

III. LE PAKISTAN N'A PAS CONTREVENU À L'ARTICLE 36 DE LA CONVENTION DE VIENNE

34. Je ne suis pas d'accord avec la Cour lorsqu'elle dit que le Pakistan n'a pas respecté les droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. Ces droits doivent en effet être exercés conformément au droit interne de l'Etat de résidence (CMP, par. 340). Le paragraphe 2 de l'article 36 de la convention dispose à cet égard ce qui suit :

«Les droits visés au paragraphe 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article.»

35. Comme la Cour l'a noté en l'affaire *LaGrand* et en l'affaire *Avena*, le paragraphe 1 de l'article 36 définit «un régime dont les divers éléments sont interdépendants et qui est conçu pour faciliter la mise en œuvre du système de protection consulaire» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 492, par. 74; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004 (I)*, p. 39, par. 50). De plus, dans son arrêt en l'affaire *Avena*, la Cour a souligné ce qui suit :

«[l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36] contient trois éléments distincts mais liés entre eux : le droit de l'intéressé d'être informé sans retard des droits qui lui sont reconnus par ledit alinéa ; le droit du poste consulaire de recevoir sans retard notification de la mise en détention de l'intéressé, si ce dernier en fait la demande ; et l'obligation de l'Etat de résidence de transmettre sans retard toute commu-

post by the detained person.” (*Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 43, para. 61.)

36. There was a delay of three weeks in notifying the Indian consular authorities about the arrest of Mr. Jadhav. Such a delay is understandable in a sensitive case where Mr. Jadhav made disclosure of his involvement in espionage and of organizing and executing terrorist acts in two cities of Pakistan. He named several accomplices. The investigation of a sensitive case like that must have spread over a few days, besides requiring confidentiality. This Court has already had the occasion to clarify the meaning of “without delay” in Article 36 (1) (b), of the Vienna Convention:

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

Although, by application of the usual rules of interpretation, ‘without delay’ as regards the duty to inform an individual under Article 36, paragraph 1 (b), is not to be understood as necessarily meaning ‘immediately upon arrest’, there is nonetheless a duty upon the arresting authorities to give that information to an arrested person as soon as it is realized that the person is a foreign national, or once there are grounds to think that the person is probably a foreign national.” (*Ibid.*, p. 49, paras. 87-88.)

37. In the peculiar circumstances of this case and having regard to the seriousness of offences committed by Mr. Jadhav, the threat these have posed to the national security of Pakistan and the fact that several of his named accomplices were still to be investigated, I consider that a period of three weeks between the arrest and notification is reasonable and thus does not amount to a breach of Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention.

38. As for paragraph 1 (a) and (c) of Article 36 of the Vienna Convention, and the lack of consular access and assistance to Mr. Jadhav, the present case is further distinguishable from *Avena* and *LaGrand* for the following reasons.

39. Firstly, in both *Avena* and *LaGrand*, the nationals of the sending States and the sending States were not accused of espionage or of orga-

nication adressée au poste consulaire par la personne détenue» (*Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 43, par. 61).

36. L'arrestation de M. Jadhav a été notifiée aux autorités consulaires indiennes au bout de trois semaines. Ce délai est compréhensible vu le caractère sensible d'une affaire dans laquelle l'intéressé avait révélé qu'il se livrait à des activités d'espionnage et qu'il était impliqué dans l'organisation et l'exécution d'actes terroristes visant deux grandes villes pakistanaises. Il a nommé plusieurs de ses complices. Dans une affaire aussi délicate, l'enquête initiale, qui devait rester confidentielle, a dû prendre quelques jours. La Cour a déjà eu l'occasion de préciser le sens de l'expression «sans retard» employée à l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention :

«l'expression «sans retard» ne doit pas nécessairement être interprétée comme signifiant «immédiatement» après l'arrestation. [La Cour] observe en outre que, au cours des débats de la conférence à ce sujet, aucun représentant ne fit le moindre lien entre cette expression et la question de l'interrogatoire. [Elle] considère que la disposition figurant à l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36, qui impose aux autorités de l'Etat de résidence d'informer «sans retard ... l'intéressé de ses droits», ne saurait être interprétée comme signifiant qu'il faut nécessairement fournir cette information avant tout interrogatoire, si bien que commencer un interrogatoire avant que l'information ne soit donnée constituerait une violation de l'article 36.

Même si, en application des règles habituelles d'interprétation, l'expression «sans retard» visant l'obligation d'informer un individu conformément à l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 ne doit pas nécessairement être comprise comme signifiant «immédiatement» après l'arrestation, les autorités ayant procédé à l'arrestation n'en ont pas moins l'obligation de donner cette information à toute personne arrêtée aussitôt que sa nationalité étrangère est établie, ou dès qu'il existe des raisons de croire que cette personne est probablement un ressortissant étranger.» (*Ibid.*, p. 49, par. 87-88.)

37. Etant donné les circonstances très particulières de l'affaire, la gravité des actes reprochés à M. Jadhav, le danger que ceux-ci faisaient peser sur la sécurité du Pakistan et le fait que plusieurs des complices que l'intéressé avait nommé désignés n'avaient pas encore fait l'objet d'une enquête, je considère que les trois semaines qui se sont écoulées entre l'arrestation et sa notification sont un délai raisonnable qui ne constitue pas une violation de l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention.

38. Si l'on considère le refus de permettre à M. Jadhav de communiquer avec les autorités consulaires indiennes et de bénéficier de leur assistance au regard des dispositions des alinéas *a)* et *c)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention, la différence entre la présente affaire et les affaires *Avena* et *LaGrand* apparaît plus grande encore, comme je vais maintenant l'expliquer.

39. Premièrement, en l'affaire *Avena* comme en l'affaire *LaGrand*, les ressortissants des Etats d'envoi et ces Etats eux-mêmes n'étaient accusés

nizing and perpetuating terrorist acts, whereas in the case of Mr. Jadhav, a serving officer of the Indian Navy, he was apprehended from within Pakistan. He confessed to having been dispatched by RAW and Indian intelligence agencies and to have engaged in espionage and of organizing and executing terrorist acts with a view to destabilize Pakistan. India, unlike Mexico and Germany (sending States in *Avena* and *LaGrand*, respectively) in dispatching its national, for a mission of the kind he was involved in, betrays a blatant disregard of international law and its obligations as Member of the United Nations.

40. Secondly, unlike the United States in *Avena* and *LaGrand*, Pakistan did not withhold information regarding the arrest of Mr. Jadhav. Pakistan informed India of the circumstances in which Mr. Jadhav was apprehended, how he confessed and his confession led to the conviction and a criminal case under the laws of Pakistan. Pakistan requested India for co-operation in the investigation in the case registered against Mr. Jadhav. There was no request from the United States to Mexico and Germany (sending States in *Avena* and *LaGrand* respectively) for co-operation in investigation.

41. Thirdly, in *Avena* and *LaGrand*, there was no bilateral agreement between the sending States (Mexico and Germany) and the receiving State (United States) governing the issue of consular access to individuals apprehended in the receiving State. In the case in hand, India (sending State) and Pakistan (receiving State) have a bilateral agreement in force which governs consular access in the event a national of either contracting State is arrested in the territory of the other contracting State. In fact, it governs specifically the cases of consular access and assistance to a national arrested or detained on political or security-related grounds and thus aims to clarify and inform the general régime as set out in Article 36 of the Vienna Convention.

42. Finally, contrary to the *Avena* and *LaGrand* cases, where both the sending States were not accused of any wrongdoing or illegal conduct, the conduct of the sending State (India) in the present case has a direct bearing on the Court's analysis of Article 36 rights and obligations. The illegal conduct of India, according to Pakistan, is "the provision to [Mr.] Jadhav of an authentic Indian passport clothing him with a false Muslim identity in the name of 'Hussein Mubarak Patel'" (CMP, paras. 188, 210-216). In my view, there are several instances that taint India's hands when bringing this case before the Court and show that India has abused its right to benefit from consular access to its national under the Vienna Convention:

— India has failed to co-operate with Pakistan, in relation to the latter's request for assistance in respect of the investigation into the crimes

ni d'espionnage, ni d'organiser et perpétrer des actes de terrorisme, alors que, en la présente espèce, M. Jadhav officier d'active de la marine indienne appréhendé sur le territoire pakistanais, a avoué y avoir été envoyé par la RAW et les services secrets indiens, et avoir pris part à des activités d'espionnage ainsi qu'à l'organisation et l'exécution d'actes de terrorisme ayant pour but de déstabiliser le Pakistan. A la différence du Mexique et de l'Allemagne (Etats d'envoi dans les affaires *Avena* et *LaGrand*, respectivement), l'Inde a manifesté un mépris flagrant du droit international et des obligations qui lui incombent en tant que membre de l'Organisation des Nations Unies en envoyant au Pakistan l'un de ses ressortissants chargé d'une telle mission.

40. Deuxièmement, à la différence des Etats-Unis qui, dans les affaires *Avena* et *LaGrand*, avaient gardées secrètes les arrestations auxquelles ils avaient procédé, le Pakistan a avisé l'Inde des circonstances dans lesquelles M. Jadhav avait été appréhendé, ainsi que de ses aveux, dont la teneur a motivé l'ouverture d'une instruction criminelle conformément à la législation pakistanaise, suivie de la condamnation de l'intéressé. Il a demandé à l'Inde de coopérer avec lui dans le cadre de l'information judiciaire ouverte contre M. Jadhav. Dans les affaires *Avena* et *LaGrand*, les Etats-Unis n'avaient pas demandé aux Etats d'envoi (Mexique et Allemagne) de collaborer aux enquêtes.

41. Troisièmement, il n'existait entre les Etats d'envoi (Mexique et Allemagne) et l'Etat de résidence (Etats-Unis) aucun accord bilatéral régissant la question de la communication entre les autorités consulaires de l'Etat d'envoi et les ressortissants de celui-ci appréhendés sur le territoire de l'Etat de résidence. En la présente affaire, l'Etat d'envoi et l'Etat de résidence ont conclu un accord bilatéral, toujours en vigueur, qui régit la communication avec les autorités consulaires en cas d'arrestation d'un ressortissant de l'un sur le territoire de l'autre. De fait, cet accord régit expressément la communication avec les autorités consulaires et l'assistance consulaire en cas d'arrestation ou de détention pour des raisons politiques ou de sécurité, et vise donc à préciser et mieux articuler le régime général défini à l'article 36 de la convention de Vienne.

42. Enfin, alors que, dans les affaires *Avena* et *LaGrand*, les Etats d'envoi n'étaient accusés d'aucun fait ou comportement illicite, le comportement de l'Etat d'envoi, en l'affaire, aurait dû avoir une incidence directe sur l'analyse par la Cour des droits et obligations découlant de l'article 36 de la convention. Selon le Pakistan, le comportement illicite de l'Inde a consisté à «délivr[er] [à M.] Jadhav ... un passeport indien authentique lui prêtant une fausse identité «musulmane» sous le nom de «Hussein Mubarak Patel»» (CMP, par. 188, 210-216). Je considère que l'Inde, en portant l'affaire devant la Cour alors qu'elle s'était plusieurs fois sali les mains, a abusé du droit de communiquer avec ses ressortissants par la voie consulaire selon la convention de Vienne; en effet :

— l'Inde n'a pas voulu coopérer avec le Pakistan en donnant suite à sa demande d'assistance aux fins de l'enquête ouverte sur les crimes

allegedly committed by Mr. Jadhav, including espionage and terrorism (CMP, para. 206 and Vol. 2, Ann. 33);

- India has failed to provide assistance pursuant to Pakistan’s MLA Request in obtaining statements of 13 identified individuals and access to records and materials (CMP, para. 206); and
- India has failed to register an offence, under the laws of India, against Mr. Jadhav for possession of a false passport and identity, contrary to its domestic law (CMP, para. 122).

43. Moreover, the Court in its observations and findings has totally ignored the fact that, even if the Vienna Convention was applicable, the conduct of India in sending Commander Jadhav on a mission to engage in acts of espionage constituted a blatant violation of Article 5 (a) and Article 55, paragraph 1, of the Vienna Convention which provide as follows:

“Article 5

- (a) protecting in the receiving State the interests of the sending State and of its nationals, both individuals and bodies corporate, within the limits permitted by international law;

.....

Article 55

- (1) Without prejudice to their privileges and immunities, it is the duty of all persons enjoying such privileges and immunities to respect the laws and regulations of the receiving State. They also have a duty not to interfere in the internal affairs of that State.”

44. In light of the foregoing, I strongly disagree with the Court’s conclusion that “Pakistan has breached the obligations incumbent on it under Article 36, paragraph 1 (a) and (c), of the Vienna Convention” (Judgment, para. 119).

IV. THE RELIEF ORDERED BY THE COURT IGNORES THE EXISTING
LEGAL FRAMEWORK IN PAKISTAN

45. In paragraph 147 of the Judgment, the Court concluded that “Pakistan is under an obligation to provide, by means of its own choosing, effective review and reconsideration of the conviction and sentence of Mr. Jadhav”. However, the reasoning employed by the Court is rather inconsistent with this conclusion. The Court reached this conclusion on the basis of two manifestly erroneous assumptions. First, in paragraph 141 of the Judgment, the Court found that “it is not clear whether judicial review of a decision of a military court is available on the ground that

- imputés à M. Jadhav, comprenant des activités d’espionnage et des actes terroristes (CMP, vol. 1, par. 206, et vol. 2, annexe 33);
- l’Inde n’a pas donné suite à la demande d’entraide judiciaire par laquelle le Pakistan la priait de recueillir les déclarations de 13 personnes nommément désignées et de lui donner accès à divers dossiers et pièces (CMP, par. 206); et
- l’Inde, contrairement à sa propre législation, n’a pas retenu contre M. Jadhav le délit que constitue dans ce pays la possession d’un faux passeport et d’une fausse identité (CMP, par. 122).

43. Qui plus est, la Cour, dans l’exposé de ses observations et constatations, a totalement passé sous silence le fait que, à supposer que la convention de Vienne ait été applicable en l’espèce, le comportement de l’Inde, lorsqu’elle a envoyé le commandant Jadhav au Pakistan avec pour mission de prendre part à des activités d’espionnage, constituait une violation flagrante de l’alinéa *a*) de l’article 5 de cet instrument et du paragraphe 1 de son article 55, qui sont ainsi libellés :

« Article 5

- a)* Protéger dans l’Etat de résidence les intérêts de l’Etat d’envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, dans les limites admises par le droit international;

.....

Article 55

- 1) Sans préjudice de leurs privilèges et immunités, toutes les personnes qui bénéficient de ces privilèges et immunités ont le devoir de respecter les lois et règlements de l’Etat de résidence. Elles ont également le devoir de ne pas s’immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat.»

44. Compte tenu de ce qui précède, je suis en profond désaccord avec la conclusion de la Cour selon laquelle «le Pakistan a manqué aux obligations qui lui incombent au titre des alinéas *a*) et *c*) du paragraphe 1 de l’article 36 de la convention de Vienne» (arrêt, par. 119).

IV. LES REMÈDES PRESCRITS PAR LA COUR NE TIENNENT AUCUN COMPTE
DU SYSTÈME JURIDIQUE EN VIGUEUR AU PAKISTAN

45. La Cour dit, au paragraphe 147 de son arrêt, que «le Pakistan est tenu d’assurer, par les moyens de son choix, un réexamen et une révision effectifs du verdict de culpabilité rendu et de la peine prononcée contre M. Jadhav». Cependant, le raisonnement qu’elle a suivi n’est guère compatible avec cette conclusion. La Cour y est en effet parvenue en partant de deux suppositions manifestement erronées. Premièrement, au paragraphe 141 de son arrêt, elle conclut par exemple qu’il est «difficile de savoir si le réexamen judiciaire d’une décision rendue par un tribunal

there has been a violation of the rights set forth in Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention”. Second, in paragraph 146 of the Judgment, the Court held that “Pakistan shall take all measures to provide for effective review and reconsideration, including, if necessary, by enacting appropriate legislation”.

46. In my view, these assumptions are highly problematic for at least three reasons. First, if the Court was unclear about the existing legal framework of judicial review in Pakistan, it could have requested the Parties, pursuant to Article 62 of its Rules, “to produce such evidence or to give such explanations as the Court may consider to be necessary for the elucidation of any aspect of the matters in issue”.

47. Second, and more fundamentally, as provided in Article 199, paragraph 3, of the Constitution of Pakistan, the High Courts and the Supreme Court (Article 184 (3) of the Constitution) have the power of judicial review. There are several domestic judgments in which this provision has been invoked and commented upon. The High Courts and the Supreme Court have exercised judicial review over a decision of the Field General Court Martial on “the grounds of *coram non judice*, without jurisdiction or suffering from *mala fides*, including malice in law only” (see, for example, *Said Zaman Khan et al. v. Federation of Pakistan*, Supreme Court of Pakistan, Civil Petition No. 842 of 2016, 29 August 2016, para. 73, CMP, Vol. 4, Ann. 81). For example, in a 2018 judgment, the Peshawar High Court acquitted 72 convicts of military courts, *inter alia* on grounds of malice in law, cases of no evidence. The Peshawar High Court held that it had the power to review the decisions of military courts, “[i]f the case of the prosecution was based, *firstly*, on no evidence, *secondly*, insufficient evidence, *thirdly*, absence of jurisdiction, finally malice of facts and law” (*Abdur Rashid et al. v. Federation of Pakistan*, High Court of Peshawar, Writ Petition 536-P of 2018, 18 October 2018, pp. 147-148, PLD 2019 Peshawar 17). There is no evidence of any misconduct or abuse of the military courts of Pakistan in exercising their jurisdiction over the crimes of terrorism and offences affecting national security. Pakistan has an effective system in place providing for review jurisdiction, and Mr. Jadhav has not yet exhausted the local remedies available to him to challenge his conviction and sentence. Pakistan has referred the Court to ample evidence of the civil courts of Pakistan exercising their review jurisdiction in respect of death sentences issued by its military courts (RP, paras. 40-44; CMP, Vol. 1, Anns. 33-37), evidence that the Court has regrettably discarded.

militaire est possible au motif qu'il y a eu violation des droits énoncés au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne». Deuxièmement, elle dit au paragraphe 146 que «le Pakistan doit prendre toutes les mesures permettant d'assurer un réexamen et une revision effectifs, y compris, si nécessaire, en adoptant les mesures législatives qui s'imposent».

46. J'estime que ces suppositions sont fort sujettes à caution, et ce pour trois raisons au moins. Premièrement, si la Cour ne savait pas au juste dans quelles conditions le réexamen judiciaire est possible selon le système juridique pakistanais, elle aurait pu, comme le prévoit l'article 62 de son Règlement, inviter le Pakistan «à produire les moyens de preuve ou à donner les explications qu'elle considère comme nécessaires pour préciser tout aspect des problèmes en cause».

47. Deuxièmement, et c'est là une raison plus fondamentale, la Constitution pakistanaise prévoit que le réexamen judiciaire relève des attributions des hautes cours (art. 199, par. 3) et de la Cour suprême (art. 184, point 3)). Ces dispositions ont été invoquées et commentées dans plusieurs décisions de la justice pakistanaise. Les hautes cours et la Cour suprême ont procédé au réexamen judiciaire de décisions de la cour martiale générale de campagne «pour les motifs suivants: *coram non judge*, incompétence ou mauvaise foi, y compris l'intention implicite de nuire» (voir par exemple *Said Zaman Khan et al. v. Federation of Pakistan*, Supreme Court of Pakistan, Civil Petition No. 842 of 2016, 29 août 2016, par. 73, CMP, vol. 4, annexe 81). La Haute Cour de Peshawar a ainsi acquitté, en 2018, 72 personnes condamnées par des tribunaux militaires, au motif notamment que ces tribunaux avaient statué dans l'intention implicite de nuire, ou sans preuve. La Haute Cour de Peshawar a dit qu'elle avait le pouvoir de réexaminer les décisions des tribunaux militaires «[s]i l'argumentation de l'accusation, *premièrement*, n'était fondée sur aucun élément de preuve, *deuxièmement*, était fondée sur des éléments de preuve insuffisants, *troisièmement*, procédait d'un défaut de compétence ou, enfin, procédait de l'intention explicite ou implicite de nuire» (*Abdur Rashid et al. v. Federation of Pakistan*, High Court of Peshawar, Writ Petition 536-P of 2018, 18 octobre 2018, p. 147-148, PLD 2019 Peshawar 17). Il n'existe aucune preuve indiquant que les tribunaux militaires pakistanais agiraient illégalement ou abuseraient de leur pouvoir dans l'exercice de leur juridiction sur les crimes terroristes et les infractions portant atteinte à la sécurité nationale. Le Pakistan a un système efficace qui prévoit que certaines juridictions ont compétence pour procéder à un réexamen judiciaire, et M. Jadhav n'a pas encore épuisé les voies de recours interne qui lui sont ouvertes pour contester le verdict rendu et la sentence prononcée contre lui. Le Pakistan a produit devant la Cour d'abondants moyens de preuve montrant que les tribunaux civils pakistanais exercent effectivement leur compétence en matière de réexamen judiciaire en cas de condamnation à mort par des tribunaux militaires (DP, par. 40-44; CMP, vol. 1, annexes 33-37), et il est regrettable que la Cour les ait écartés.

48. Third and finally, the Court's conclusion in paragraph 146 of its Judgment to the effect that Pakistan should, if necessary, adopt appropriate legislation for effective review and reconsideration, is ill-founded. Not only is such legislation already in place in Pakistan, but it is also not the Court's role to dictate to the State the means by which it has to comply with its obligation to ensure effective review and reconsideration. The only precedent relied upon by the Court is that from its 2009 Judgment in the *Avena (Request for Interpretation)* case (*Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*), *Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 17, para. 44). That precedent however is distinguishable. First, in that case, Mexico seized the Court after the United States had not complied with the Court's ruling requesting the United States to provide for review and reconsideration. Second, while the issue before the Court in the present case relates to the existence of a judicial procedure for the review and reconsideration of a judgment of a military court in Pakistan, in *Avena* the question was one relating to a specific domestic law, namely the procedural default rule in the United States (a rule of the United States federal law that forbids federal courts to review State judgments if the State court rejected the proposed claim on procedural grounds). Third, the 2009 *Avena (Request for Interpretation)* Judgment followed the United States Presidential Memorandum of 28 February 2005 determining that the State courts were to give effect to the 2004 *Avena* Judgment, as well as the proceedings before the United States Supreme Court in *Medellin v. Texas (Supreme Court Reporter, Vol. 128, 2008, p. 1346)*. In its judgment, the United States Supreme Court found that the ICJ's 2004 *Avena* Judgment was not enforceable by federal courts against Texas, and did not pre-empt the State procedural bar to *Medellin's habeas* claim. It also found that the United States Presidential Memorandum did not create binding law that could be enforced against Texas. By contrast, in the present case, the High Courts and the Supreme Court of Pakistan already exercise the review over the judgments passed by the military courts. Fourth and finally, the Agent for Pakistan in the present proceedings has repeatedly given assurances as to the right of Mr. Jadhav to seek judicial review: "the systems of judicial review in Pakistan are potent and very effective" and "[s]hould [Mr. Jadhav] choose to enter into the domain of judicial review, he will have the right to choose his lawyer to represent him" (CR 2019/4, p. 31, paras. 13-14 (Khan)). The Agent for Pakistan further stressed that "fair trial is an absolute right and cannot be taken away. All trials are conducted in that manner, and if not, the process of judicial review is always available" (*ibid.*, p. 28, para. 4 (Khan)). In its jurisprudence, this Court has consistently refrained from mandating the specific means by which any given State should comply with its obligation to provide for an effective review and reconsideration. It is thus regrettable that the Court now appears to be restricting the liberty of States to choose amongst the most appro-

48. Enfin, troisièmement, la conclusion énoncée par la Cour au paragraphe 146 de son arrêt, selon laquelle le Pakistan doit adopter les mesures législatives qui s'imposent pour assurer un réexamen et une révision effectifs, est malvenue. Outre que cette législation existe déjà au Pakistan, il n'appartient pas à la Cour de dicter à un Etat les moyens qu'il doit employer pour remplir son obligation d'assurer le réexamen et la révision effectifs. Le seul précédent invoqué par la Cour à l'appui de cette conclusion est l'arrêt qu'elle a rendu en 2009 en l'affaire de la *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena* et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (*Mexique c. Etats-Unis d'Amérique*), arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 17, par. 44). Or, ce précédent porte sur une affaire qui n'est guère comparable à la présente espèce. Tout d'abord, dans cette affaire, le Mexique avait saisi la Cour parce que les Etats-Unis ne s'étaient pas conformés à la décision par laquelle elle leur avait demandé de pourvoir au réexamen et à la révision des jugements en cause. Deuxièmement, alors qu'a été mise en question dans la présente affaire l'existence au Pakistan d'une procédure de réexamen et de révision des décisions rendues par des tribunaux militaires, il s'agissait, en l'affaire *Avena*, d'un élément déterminé du système juridique des Etats-Unis, à savoir la règle de la «carence procédurale» (loi fédérale qui interdit à une juridiction fédérale de procéder au réexamen de la décision d'un tribunal d'Etat fédéré si le requérant soulève devant elle des moyens qui ont été rejetés par le tribunal d'Etat pour des motifs procéduraux). Troisièmement, avant le prononcé par la Cour de son arrêt de 2009 sur la *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena*, le président des Etats-Unis avait signé, le 28 février 2005, un mémorandum aux termes duquel les juridictions des Etats fédérés devaient donner effet à l'arrêt *Avena* de 2004, et la Cour suprême des Etats-Unis avait statué sur l'affaire *Medellin v. Texas* (*Supreme Court Reporter*, vol. 128, 2008, p. 1346). Celle-ci avait conclu que les tribunaux fédéraux n'avaient pas le pouvoir d'ordonner à l'Etat du Texas d'appliquer l'arrêt *Avena* de 2004, et qu'elle n'avait pas lieu d'invalider le rejet pour des motifs procéduraux du recours d'*habeas corpus* exercé par Medellin. Elle avait dit aussi que le mémorandum du président n'équivalait pas à un texte législatif contraignant, et ne pouvait donc pas être opposé à l'Etat du Texas. Dans la présente affaire, en revanche, les hautes cours et la Cour suprême du Pakistan ont déjà exercé leur pouvoir de réexaminer les décisions des tribunaux militaires. Enfin, quatrièmement, l'agent du Pakistan a maintes fois donné des assurances quant au droit de M. Jadhav de demander le réexamen judiciaire de la sentence rendue et de la peine prononcée contre lui: «les procédures de réexamen judiciaire sont très efficaces», a-t-il dit, et «[s]i M. Jadhav demande le réexamen judiciaire de son cas, il aura le droit de choisir l'avocat qui le représentera» (CR 2019/4, p. 31, par. 13-14 (Khan)). Il a aussi souligné que «le droit à un procès équitable est un droit absolu et ne saurait être refusé. Au Pakistan, tous les procès sont conduits en conséquence, et dans le cas contraire, la procédure de réexamen judiciaire demeure ouverte.» (*Ibid.*, p. 28, par. 4

priate means available to them to comply with their international obligations.

V. GENERAL CONCLUSION

49. In light of the foregoing, I disagree with the Judgment of the Court. First, India's Application should have been declared to be inadmissible. India's conduct of sending an espionage agent to destabilize the sovereignty and security of Pakistan and its subsequent reliance on the Vienna Convention before this Court amount to an abuse of rights. Second, the 2008 Agreement governs the cases of arrest and detention on political and security grounds and provides for the right of Pakistan to examine the case of Mr. Jadhav on the merits, including any question of consular access or assistance to him. Third, the Vienna Convention does not apply to Mr. Jadhav, as the scope of application of Article 36 of the Vienna Convention does not extend to espionage agents. Fourth, even if Article 36 of the Vienna Convention were to apply to Mr. Jadhav, Pakistan has not breached the said provision. Fifth and finally, the relief ordered by the Court is inappropriate, as Pakistan already allows for an effective review and reconsideration of convictions and sentences passed by military courts.

(Signed) Tassaduq Hussain JILLANI.

(Khan.) La jurisprudence de la Cour montre que celle-ci s'est toujours abstenue de spécifier les moyens par lesquels un État devait s'acquitter de son obligation d'assurer un réexamen et une révision effectifs. Il est regrettable qu'elle semble maintenant limiter la liberté dont jouissent les États d'exercer un choix entre les meilleurs moyens dont ils disposent pour s'acquitter de leurs obligations internationales.

V. CONCLUSION GÉNÉRALE

49. Compte tenu des considérations qui précèdent, je suis en désaccord avec l'arrêt que la Cour vient de rendre. Premièrement, elle aurait dû, selon moi, déclarer la requête de l'Inde irrecevable. Le comportement de l'Inde consistant à envoyer au Pakistan un agent secret en vue d'ébranler sa souveraineté et de compromettre sa sécurité, et à invoquer ensuite la convention de Vienne devant la Cour constitue un abus de droits. Deuxièmement, l'accord de 2008, qui régit entre les deux États les cas d'arrestation et de détention pour des raisons politiques ou de sécurité, conférait au Pakistan le droit d'examiner au fond le cas de M. Jadhav, droit qui s'étendait à toute question concernant la communication entre les autorités consulaires et l'intéressé ou l'assistance consulaire dont il pouvait bénéficier. Troisièmement, la convention de Vienne ne s'appliquait pas à M. Jadhav, parce que les cas d'espionnage ne sont pas compris dans le champ d'application de son article 36. Quatrièmement, à supposer même que l'article 36 de la convention de Vienne ait été applicable au cas de M. Jadhav, le Pakistan n'y aurait pas contrevenu. Enfin, cinquièmement, les remèdes ordonnés par la Cour sont inappropriés, parce que le Pakistan a déjà pourvu au réexamen et à la révision effectifs de verdicts et de sentences de tribunaux militaires.

(*Signé*) Tassaduq Hussain JILLANI.
