

DECLARATION OF JUDGE BHANDARI

1. I am in agreement with the Court’s decision to indicate provisional measures in the present case. However, I wish to place on record my views concerning India’s Request for provisional measures in more detail.

THE FACTS

2. On 8 May 2017, India filed with the Court a case against Pakistan concerning the alleged violation of India’s rights under the 1963 Vienna Convention on Consular Relations (“VCCR”)¹. India argued that

“Pakistan arrested, detained, tried and sentenced to death on 10 April 2017 an Indian national, Mr. Kulbhushan Sudhir Jadhav, in egregious violation of the rights of consular access guaranteed by Article 36, paragraph 1, of the [VCCR]”².

According to India, Mr. Jadhav was kidnapped from Iran, where he was carrying out business following his retirement from the Indian Navy, and transported into Pakistani territory³. However, a Pakistani press release submitted by India stated that Mr. Jadhav was arrested in Balochistan⁴, on Pakistani soil, on 3 March 2016⁵.

3. India was made aware of Mr. Jadhav’s arrest on 25 March 2016. Starting on 30 March 2016, India sent 13 Notes Verbales to Pakistan⁶. By way of such Notes Verbales, India requested Pakistan to allow consular

¹ United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 596, p. 261.

² Request for provisional measures, para. 3. See also CR 2017/5, p. 11, para. 1 (Mittal).

³ Application instituting proceedings, para. 13. See also CR 2017/5, p. 12, para. 8 (Mittal).

⁴ *Ibid.*, Ann. 4.

⁵ *Ibid.*, para. 4.

⁶ Request for provisional measures, para. 4. See Application instituting proceedings, Annex 1: Note Verbale No. ISL/103/1/2016 (25 March 2016); Note Verbale No. ISL/103/14/2016 (30 March 2016); Note Verbale No. ISL/103/14/2016 (6 May 2016); Note Verbale No. ISL/103/14/2016 (10 June 2016); Note Verbale No. ISL/103/14/2016 (11 July 2016); Note Verbale No. ISL/103/14/2016 (26 July 2016); Note Verbale No. ISL/103/14/2016 (22 August 2016); Note Verbale No. ISL/103/14/2016 (3 November 2016); Note Verbale No. ISL/103/14/2016 (19 December 2016); Note Verbale No. J/411/08/2016

DÉCLARATION DE M. LE JUGE BHANDARI

[Traduction]

1. Bien que souscrivant à la décision de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires en l'espèce, je tiens à exposer plus en détail mes vues au sujet de la demande qui a été présentée à cet effet par l'Inde.

LES FAITS

2. Le 8 mai 2017, l'Inde a introduit devant la Cour une instance contre le Pakistan concernant la violation alléguée de ses droits au regard de la convention de Vienne sur les relations consulaires (ci-après, la «convention de Vienne»)¹. Elle soutenait que le Pakistan avait

«arrêté, détenu, jugé et condamné à mort le 10 avril 2017 un ressortissant indien, M. Kulbhushan Sudhir Jadhav, en violation flagrante des droits de l'Inde, énoncés au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, de communiquer avec lui par l'entremise de ses autorités consulaires»².

Selon le demandeur, l'intéressé avait été enlevé en Iran, où il se livrait à des activités commerciales après avoir pris sa retraite de la marine indienne, et emmené en territoire pakistanais³. Dans un communiqué de presse du Pakistan qui a été produit par l'Inde, il était cependant indiqué que M. Jadhav avait été arrêté au Baloutchistan⁴, sur le sol pakistanais, le 3 mars 2016⁵.

3. L'Inde a été informée de l'arrestation de l'intéressé le 25 mars 2016. A compter du 30 mars de la même année, elle a adressé treize notes verbales au Pakistan⁶. Par ces communications, elle demandait à celui-ci de

¹ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 596, p. 261.

² Demande en indication de mesures conservatoires, par. 3. Voir également CR 2017/5, p. 11, par. 1 (Mittal).

³ Requête introductive d'instance, par. 13. Voir également CR 2017/5, p. 12, par. 8 (Mittal).

⁴ *Ibid.*, annexe 4.

⁵ *Ibid.*, par. 4.

⁶ Demande en indication de mesures conservatoires, par. 4. Voir requête introductive d'instance, annexe 1: note verbale n° ISL/103/1/2016 (25 mars 2016); note verbale n° ISL/103/14/2016 (30 mars 2017); note verbale n° ISL/103/14/2016 (6 mai 2016); note verbale n° ISL/103/14/2016 (10 juin 2016); note verbale n° ISL/103/14/2016 (11 juillet 2016); note verbale n° ISL/103/14/2016 (26 juillet 2016); note verbale n° ISL/103/14/2016 (22 août 2016); note verbale n° ISL/103/14/2016 (3 novembre 2016); note verbale n° ISL/103/14/2016 (19 décembre 2016); note verbale n° J/411/08/2016 (3 février 2017); note

access in accordance with paragraph 1 of Article 36 of the VCCR. Under that provision:

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

- (a) consular officers shall be free to communicate with nationals of the sending State and to have access to them. Nationals of the sending State shall have the same freedom with respect to communication with and access to consular officers of the sending State;
- (b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph;
- (c) consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation. They shall also have the right to visit any national of the sending State who is in prison, custody or detention in their district in pursuance of a judgement. Nevertheless, consular officers shall refrain from taking action on behalf of a national who is in prison, custody or detention if he expressly opposes such action.”

4. However, Pakistan allegedly did not reply to any such Note Verbale⁷. According to India, Pakistan has

“refused to communicate, to the consular officers, the charges against Jadhav and the evidence and other material adduced against him in the so-called trial so as to enable them to arrange for his legal representation”⁸.

(3 February 2017); Note Verbale No. ISL/103/14/2016 (3 March 2017); Note Verbale No. ISL/103/14/2016 (31 March 2017); Note Verbale No. J/411/8/2016 (10 April 2017).

⁷ Request for provisional measures, para. 4.

⁸ CR 2017/5, p. 18, para. 6 (Salve).

lui permettre de communiquer avec son ressortissant par l'entremise de ses autorités consulaires, conformément au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. Cette disposition se lit comme suit :

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

- a) Les fonctionnaires consulaires doivent avoir la liberté de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi et de se rendre auprès d'eux. Les ressortissants de l'Etat d'envoi doivent avoir la même liberté de communiquer avec les fonctionnaires consulaires et de se rendre auprès d'eux ;
- b) Si l'intéressé en fait la demande, les autorités compétentes de l'Etat de résidence doivent avertir sans retard le poste consulaire de l'Etat d'envoi lorsque, dans sa circonscription consulaire, un ressortissant de cet Etat est arrêté, incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention. Toute communication adressée au poste consulaire par la personne arrêtée, incarcérée ou mise en état de détention préventive ou toute autre forme de détention doit également être transmise sans retard par lesdites autorités. Celles-ci doivent sans retard informer l'intéressé de ses droits aux termes du présent alinéa ;
- c) Les fonctionnaires consulaires ont le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui est incarcéré, en état de détention préventive ou toute autre forme de détention, de s'entretenir et de correspondre avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice. Ils ont également le droit de se rendre auprès d'un ressortissant de l'Etat d'envoi qui, dans leur circonscription, est incarcéré ou détenu en exécution d'un jugement. Néanmoins, les fonctionnaires consulaires doivent s'abstenir d'intervenir en faveur d'un ressortissant incarcéré ou mis en état de détention préventive ou toute autre forme de détention lorsque l'intéressé s'y oppose expressément. »

4. Selon le demandeur, le Pakistan n'a toutefois répondu à aucune de ces notes verbales⁷, et

« n'a pas permis à l'Inde d'envoyer ses agents consulaires auprès de M. Jadhav. Il a également refusé d'indiquer de quels chefs d'accusation M. Jadhav devait répondre et quelles preuves ou autres éléments étaient retenus contre lui dans le cadre de son prétendu procès, ce qui leur aurait permis d'assurer la représentation en justice de leur compatriote. »⁸

verbale n° ISL/103/14/2016 (3 mars 2017) ; note verbale n° ISL/103/14/2016 (31 mars 2017) ; note verbale n° J/411/8/2016 (10 avril 2017).

⁷ Demande en indication de mesures conservatoires, par. 4.

⁸ CR 2017/5, p. 18, par. 6 (Salve).

Instead, on 23 January 2017 Pakistan requested India's co-operation in investigating Mr. Jadhav's alleged violations of Pakistani law⁹. India never responded. Pakistan stated that "India could and should have responded to [the letter] seeking India's assistance to investigate [Mr. Jadhav's] criminal activity and links with people in India"¹⁰. On 10 April 2017, India received a Note Verbale from Pakistan's Ministry of Foreign Affairs stating that "consular access . . . shall be considered, in the light of India's response to Pakistan's request for assistance in the investigation process"¹¹.

5. During his detention in Pakistan, Mr. Jadhav was put on trial before a Field General Court Martial, in accordance with the Pakistan Army Act 1952¹². According to the 1952 Act, "[t]he decision of the court martial, under Section 105, is by an absolute majority of votes, and in the event death sentence is to be awarded it has to be unanimous"¹³. A death sentence must subsequently be confirmed by a convening officer designated by the Federal Government or by the Chief of Army Staff¹⁴. As explained above, Mr. Jadhav was sentenced to death by the court martial, and his sentence was confirmed by the Chief of Army Staff. However, against such a sentence the 1952 Act allows for a petition to the Federal Government under Section 131¹⁵. In addition to such a petition, an appeal could be filed in a court of law under Section 133 (B) of the 1952 Act. Under that provision:

"the Court of Appeal is to consist, in cases of award of death sentence after 1992, of the Chief of Army Staff or one or more of the officers designated by him [on his] behalf and presided by an officer not below the rank of Brigadier in the case of a Field General Court Martial as in this case. The decision of the Court of Appeal is final and cannot be called in question before any court or other authority."¹⁶

6. Mr. Jadhav's mother filed both a petition under Section 131, and an appeal pursuant to Section 133 (B) of the 1952 Act¹⁷. However, Mr. Harish Salve, counsel for India, argued that

"[t]he appeal has been filed [by Mr. Jadhav's mother] as a measure of desperation, without knowing the charges against Jadhav, the evi-

⁹ CR 2017/5, p. 18, para. 6 (Salve).

¹⁰ CR 2017/6, p. 9, para. 11 (Faisal).

¹¹ Application instituting proceedings, Annex 4.

¹² *Ibid.*, para. 53.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, para. 54.

¹⁵ *Ibid.*, para. 55.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, para. 56.

Au lieu de cela, le Pakistan a, le 23 janvier 2017, sollicité la coopération de l'Inde dans le cadre de l'enquête sur les prétendues violations du droit pakistanais commises par M. Jadhav⁹. L'Inde n'a jamais répondu à cette demande. A l'audience, le Pakistan a affirmé qu'elle «aurait pu, et aurait dû, répondre à la [lettre] dans laquelle [il] sollicitait son assistance pour enquêter sur l'activité criminelle du commandant Jadhav et ses liens avec des personnes en Inde»¹⁰. Le 10 avril 2017, l'Inde a reçu une note verbale du ministère pakistanais des affaires étrangères indiquant que «la possibilité, pour ses autorités consulaires, d'entrer en communication avec l'intéressé serait étudiée à la lumière de la suite qu'elle donnerait à la demande d'assistance aux fins d'enquête du Pakistan»¹¹.

5. Au cours de sa détention au Pakistan, M. Jadhav a été jugé par une cour martiale générale, en application de la loi militaire pakistanaise de 1952¹². «Conformément à l'article 105 [de ladite loi, cette cour] rend sa décision à la majorité absolue, et toute condamnation à mort est décidée à l'unanimité.»¹³ Pareille condamnation doit ensuite être confirmée par un officier ainsi habilité par le Gouvernement fédéral ou le chef d'état-major de l'armée¹⁴. Ainsi que cela a été précisé ci-dessus, M. Jadhav a été condamné à mort par la cour martiale, et cette condamnation a été confirmée par le chef d'état-major de l'armée. La loi de 1952 prévoit toutefois la possibilité d'introduire un recours auprès du Gouvernement fédéral contre une telle condamnation¹⁵. Il peut en outre être fait appel de cette décision en vertu de l'article 133 B de cette même loi. Aux termes de cette disposition,

«la cour d'appel est constituée — s'agissant des condamnations à mort prononcées après 1992 et lorsque l'appel concerne, comme c'est le cas en l'espèce, la décision d'une cour martiale générale — du chef d'état-major de l'armée ou d'un ou plusieurs officiers désignés par lui à cet effet, et elle est présidée par un officier ayant au moins le rang de général de brigade. L'arrêt de la cour d'appel est définitif et ne peut être contesté devant aucune instance judiciaire ou autre autorité.»¹⁶

6. La mère de l'intéressé a introduit un recours en vertu de l'article 131 de la loi de 1952, et formé un appel en vertu de l'article 133 B de cette même loi¹⁷. M. Harish Salve, conseil de l'Inde, a toutefois précisé que

«[l']appel [de la mère de M. Jadhav] a[vait] été interjeté en désespoir de cause, sans connaître la nature des accusations portées contre l'in-

⁹ CR 2017/5, p. 18, par. 6 (Salve)

¹⁰ CR 2017/6, p. 9, par. 11 (Faisal).

¹¹ Requête introductive d'instance, annexe 4.

¹² *Ibid.*, par. 53.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, par. 54.

¹⁵ *Ibid.*, par. 55.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*, par. 56.

dence against him which has been relied upon to convict him, and without having access even to the judgment and order of conviction and sentence.”¹⁸

7. Mr. Salve submitted that “the more serious the charge [against Mr. Jadhav], the greater the need for the procedural safeguards to ensure that the accused gets a fair trial”¹⁹. Hence, in India’s view, any remedy against Mr. Jadhav’s death sentence available in Pakistan are “illusory”²⁰. First, the death sentence was confirmed by the Chief of Army Staff, which entails that an appeal filed with a court presided by the Chief of Army Staff “would be an appeal *from Caesar to Caesar*”²¹. Second, Pakistan’s Government made it clear that they agree with the death sentence issued against Mr. Jadhav²². Third, India argued that the Court of Appeal could be seen not to be independent in a case like Mr. Jadhav’s²³. Fourth, given the stance of the Pakistani Government on Mr. Jadhav’s criminal responsibility, India took the position that the Court of Appeal constituted under Section 133 (B) of the 1952 Act would not be “free from pressures so as to constitute a real and effective remedy”²⁴. Fifth, “[e]ven in the course of the appeal, Pakistan has clearly refused consular access”²⁵. Sixth, the Lahore Bar Association passed a resolution on 14 April 2017 by which it decided “to cancel the membership of the lawyer(s) found pursuing an appeal on behalf of [Mr. Jadhav]”, which entails that Mr. Jadhav would not be able to have proper legal assistance in the appeal against his death sentence²⁶.

8. India stated that “Pakistan continues to deny consular access and to provide any information regarding the proceedings against the Indian national including whether an appeal has been filed in the matter”²⁷. On 27 April 2017:

“[t]he External Affairs Minister of India wrote a letter to the Adviser to the Pakistan Prime Minister on Foreign Affairs . . . in which she reiterated the requests for certified copies of the charge sheet against

¹⁸ CR 2017/5, p. 24, para. 27 (Salve).

¹⁹ *Ibid.*, p. 40, para. 91 (Salve).

²⁰ Application instituting proceedings, para. 57.

²¹ *Ibid.*, para. 57 (a) [emphasis added].

²² *Ibid.*, para. 57 (b).

²³ *Ibid.*, para. 57 (c).

²⁴ *Ibid.*, para. 57 (d).

²⁵ *Ibid.*, para. 57 (e).

²⁶ *Ibid.*, para. 57 (f).

²⁷ Request for provisional measures, para. 11.

téressé ni les éléments du dossier à charge ayant conduit à sa condamnation, et sans même pouvoir consulter le jugement ni la décision par laquelle M. Jadhav a été reconnu coupable et condamné»¹⁸.

7. Selon M. Salve, «plus les accusations [contre M. Jadhav étaient] graves, plus le respect des garanties procédurales prévues [était] nécessaire pour assurer un procès équitable à l'accusé»¹⁹. Or, l'Inde estimait que tout recours contre la condamnation à mort de l'intéressé était «illusoire»²⁰. Premièrement, la condamnation à mort avait été confirmée par le chef d'état-major de l'armée, ce qui impliquait que tout appel interjeté devant un tribunal présidé par celui-ci «reviendrait à saisir *César contre César*»²¹. Deuxièmement, le Gouvernement du Pakistan avait indiqué clairement qu'il souscrivait à la condamnation à mort prononcée contre M. Jadhav²². Troisièmement, l'Inde a affirmé que la cour d'appel ne pouvait pas être considérée comme indépendante dans une affaire comme celle de M. Jadhav²³. Quatrièmement, compte tenu de la position du Gouvernement pakistanais sur la responsabilité pénale de l'intéressé, l'Inde a jugé que la cour d'appel constituée en application de l'article 133 B de la loi de 1952 ne serait pas suffisamment «hermétique aux pressions pour pouvoir constituer une voie de recours réelle et efficace»²⁴. Cinquièmement, «[m]ême dans le cadre de la procédure d'appel, le Pakistan a[vait] clairement refusé de permettre au ressortissant et aux autorités consulaires de l'Inde de communiquer»²⁵. Sixièmement, le barreau de la High Court de Lahore avait adopté, le 14 avril 2017, une résolution par laquelle il avait décidé «de radi[er] le ou les avocats qui interjetteraient effectivement appel [au] nom [de M. Jadhav] devant un tribunal militaire», ce qui impliquait que l'intéressé ne pourrait pas bénéficier d'une assistance juridique appropriée dans le cadre de la procédure d'appel de sa condamnation à mort²⁶.

8. L'Inde a déclaré que «[l]e Pakistan continu[ait] de refuser [à ses] autorités consulaires ... d'entrer en communication avec leur ressortissant et de fournir toute information relative à la procédure contre celui-ci, y compris sur le point de savoir s'il a[vait] été interjeté appel de la décision du tribunal»²⁷. Elle a en outre précisé ce qui suit :

«Par lettre du 27 avril 2017 adressée au conseiller pour les affaires étrangères auprès du premier ministre du Pakistan ... la ministre des affaires étrangères de l'Inde a, une nouvelle fois, demandé à se voir

¹⁸ CR 2017/5, p. 24, par. 27 (Salve).

¹⁹ *Ibid.*, p. 40, par. 91 (Salve).

²⁰ Requête introductive d'instance, par. 57.

²¹ *Ibid.*, par. 57 a) [les italiques sont de moi].

²² *Ibid.*, par. 57 b).

²³ *Ibid.*, par. 57 c).

²⁴ *Ibid.*, par. 57 d).

²⁵ *Ibid.*, par. 57 e).

²⁶ *Ibid.*, par. 57 f).

²⁷ Demande en indication de mesures conservatoires, par. 11.

Mr. . . . Jadhav, proceedings of the Court of Inquiry, the summary of evidence in the case, the judgment, appointment of a defence lawyer and his contact details and certified copy of medical report of Mr. Jadhav. She also reiterated the requested [*sic*] for the visa for the parents of Mr. Jadhav. She sought the personal intervention of the Adviser on the matter. No response has been received to this missive.”²⁸

Dr. Deepak Mittal, Agent of India before the Court, stated that:

“Mr. Jadhav [was] incarcerated in Pakistan for more than a year on concocted charges, deprived of his rights and protection accorded under the [VCCR], being held incommunicado without contact with his family and the home State, [and] is facing imminent execution. All notions of human rights now considered by the global community as basic to behaviour in civilized nations, have been thrown to the winds.”²⁹

Moreover, Mr. Mittal also submitted to the Court that:

“Pakistan has not provided any information or documents, including the charge-sheet, proceedings of the Court of Inquiry, the summary of evidence, the judgment. Request for appointment of a defence lawyer for Mr. Jadhav has also not elicited any response.”³⁰

9. The core of India’s argument is that:

“Pakistan failed to comply with all its obligations under Article 36. It denied India its right to consular access to its national. India has been seeking consular access incessantly since March 2016 when India was informed of the detention of Mr. . . . Jadhav by Pakistan.”³¹

India submitted that it “has a strong prima facie case as to the jurisdiction of the Court and on merits, sufficient to justify seeking provisional measures”³². For its part, Pakistan considers India’s Application a means to have Mr. Jadhav’s death sentence reviewed by the Court, which, as

²⁸ Application instituting proceedings, para. 23.

²⁹ CR 2017/5, p. 11, para. 3 (Mittal).

³⁰ *Ibid.*, p. 13, para. 11 (Mittal). See also Mr. Mittal’s submissions at *ibid.*, p. 14, para. 16 (Sharma).

³¹ *Ibid.*, p. 16, para. 7 (Sharma).

³² *Ibid.*, p. 42, para. 95 (Salve).

communiquer des copies certifiées conformes de l'acte d'accusation établi contre M. ... Jadhav, des procès-verbaux relatifs à l'enquête, du résumé des éléments de preuve versés au dossier, du jugement, de l'acte de désignation de l'avocat de la défense et des informations relatives à ce dernier, ainsi que du rapport médical concernant M. Jadhav; elle a par ailleurs réitéré la demande de visas introduite par les parents de M. Jadhav. La ministre a prié le conseiller d'intervenir personnellement dans cette affaire. Sa lettre n'a reçu aucune réponse.»²⁸

M. Deepak Mittal, agent de l'Inde près la Cour, a déclaré que

«M. Jadhav [était] incarcéré au Pakistan depuis plus d'un an sur le fondement d'accusations fabriquées de toutes pièces, privé de ses droits et de la protection accordée par la convention de Vienne, détenu au secret sans aucun contact avec sa famille ou les autorités de son Etat d'origine, et désormais en attente d'une exécution imminente. Les droits de l'homme, dont le respect est aujourd'hui mondialement reconnu comme une règle de conduite élémentaire de toute nation civilisée, ont été purement et simplement foulés aux pieds.»²⁹

Et M. Mittal d'ajouter :

«Le Pakistan n'a communiqué aucune information ni aucun document, comme l'acte d'accusation, les procès-verbaux relatifs à l'enquête, le résumé des éléments de preuve ou le texte du jugement. Il n'a pas davantage répondu à la demande visant à la commission d'un avocat pour défendre M. Jadhav.»³⁰

9. L'argument central de l'Inde était que

«le Pakistan a[vait] manqué à toutes les obligations qui lui incomb[ai]ent au titre de l'article 36. Il a privé l'Inde du droit de communiquer avec son ressortissant par l'entremise de ses autorités consulaires. Pourtant, depuis qu'elle a été informée, en mars 2016, de la détention de M. ... Jadhav par le Pakistan, l'Inde n'a cessé de demander qu'une telle communication consulaire soit permise.»³¹

L'Inde considérait qu'elle «a[vait] avancé de solides arguments *prima facie* quant à la compétence de la Cour et au fond de l'affaire et que, ce faisant, elle a[vait] suffisamment démontré le bien-fondé de sa demande en indication de mesures conservatoires»³². Le Pakistan, pour sa part,

²⁸ Requête introductive d'instance, par. 23.

²⁹ CR 2017/5, p. 11, par. 3 (Mittal).

³⁰ *Ibid.*, p. 13, par. 11 (Mittal). Voir également les conclusions de M. Mittal, *ibid.*, p. 14, par. 16.

³¹ *Ibid.*, p. 16, par. 7 (Sharma).

³² *Ibid.*, p. 42, par. 95 (Salve).

Pakistan stated, “cannot exercise a criminal appellate jurisdiction”³³. In its prayer for relief, India requests the Court to exercise its power under Article 41 of the Statute and indicate the following provisional measures:

- (a) that Pakistan take all measures necessary to ensure that Mr. Jadhav is not executed;
- (b) that Pakistan report to the Court the action it has taken in pursuance of such measures necessary to ensure that Mr. Jadhav is not executed;
- (c) that Pakistan ensure that no action is taken that might prejudice the rights of India or Mr. Jadhav with respect to any decision the Court may render on the merits of the case³⁴.

THE LAW

The Test for Indicating Provisional Measures

10. According to established jurisprudence, the Court indicates provisional measures provided that four requirements are met: (i) the Court has prima facie jurisdiction over the merits of the case; (ii) the rights asserted by the Applicant State on the merits are plausible; (iii) there is a real and imminent risk of irreparable prejudice to the rights of the applicant State pending the settlement of the dispute by the Court; and (iv) there is a link between the measures requested and the rights claimed by the applicant State on the merits³⁵. Each requirement is analysed in turn.

The 2008 Agreement on Consular Access

11. Preliminarily, it should be noted that on 21 May 2008 India and Pakistan concluded the Agreement on Consular Access, whose provisions touch on issues relating to, as the title suggests, consular access, such as the immediate notification to the other State of the arrest, detention or imprisonment of one of its nationals³⁶. Primarily, India stated that the claim brought by it exclusively relates to the VCCR, and does not concern the rights and obligations of the Parties arising under the 2008 Agreement³⁷. In addition, India argued that the “2008 Agreement . . . is not registered with the United Nations under Article 102 of the Charter,

³³ CR 2017/6, p. 17 (Qureshi).

³⁴ Request for provisional measures, para. 22.

³⁵ *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, *Provisional Measures, Order of 7 December 2016*, I.C.J. Reports 2016 (II), pp. 1155, 1165-1166 and 1168, paras. 31, 71-72 and 82-83.

³⁶ Application instituting proceedings, Ann. 10, para. (ii).

³⁷ *Ibid.*

estimait que la requête de l'Inde était un moyen d'obtenir que la Cour, qui n'est pourtant pas une «juridiction d'appel pénale»³³, réexamine la condamnation à mort de M. Jadhav. Dans les conclusions de sa demande, l'Inde priait la Cour d'exercer le pouvoir qu'elle tient de l'article 41 du Statut en indiquant les mesures conservatoires suivantes :

- a) que le Pakistan prenne toutes les mesures nécessaires pour que M. Jadhav ne soit pas exécuté ;
- b) que le Pakistan porte à la connaissance de la Cour les mesures qu'il aura prises pour que M. Jadhav ne soit pas exécuté ;
- c) que le Pakistan fasse en sorte qu'il ne soit prise aucune mesure qui puisse porter atteinte aux droits de l'Inde ou de M. Jadhav en ce qui concerne toute décision que la Cour pourrait prendre sur le fond de l'affaire³⁴.

LE DROIT

Les critères régissant l'indication de mesures conservatoires

10. Selon une jurisprudence bien établie, la Cour indique des mesures conservatoires lorsque quatre conditions sont remplies : i) elle a compétence *prima facie* pour connaître du fond du différend ; ii) les droits allégués par le demandeur au fond sont plausibles ; iii) il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits du demandeur avant que la Cour ne règle le différend ; et iv) il existe un lien entre les mesures sollicitées et les droits revendiqués par le demandeur au fond³⁵. Ces conditions seront examinées tour à tour ci-après.

L'accord de 2008

11. A titre préliminaire, il convient de relever que, le 21 mai 2008, l'Inde et le Pakistan ont conclu un accord sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi, dont les dispositions ont trait à la notification immédiate à ce dernier de toute arrestation, de toute détention ou de tout emprisonnement de l'un de ses ressortissants³⁶. L'argument principal de l'Inde consistait à préciser que sa demande se rapportait exclusivement à la convention de Vienne, et ne portait pas sur l'accord de 2008³⁷. L'Inde a indiqué que «cet accord n'[était] pas enregistré auprès de l'Organisation des Nations Unies comme le prévoit l'article 102 de la Charte,

³³ CR 2017/6, p. 17 (Qureshi).

³⁴ Demande en indication de mesures conservatoires, par. 22.

³⁵ *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016 (II)*, p. 1155, par. 31, p. 1165-1166, par. 71-72, et p. 1168, par. 82-83.

³⁶ Requête introductive d'instance, annexe 10, par. ii).

³⁷ *Ibid.*

and therefore under paragraph 2 of Article 102 this Agreement cannot be invoked before any organ of the United Nations”³⁸.

12. According to India, the argument that the 2008 Agreement exhaustively regulates the matter of consular access between the Parties “lacks merit both because of the express provisions of the [VCCR], as well as the plain language of the [2008 Agreement]”³⁹. India pointed out that:

“[i]n the [2008] Agreement, (. . .) the two signatory States (. . .) agreed to certain measures. They included release and repatriation of persons within one month of confirmation of their national status and completion of sentences. The Agreement recognized that in case of arrest, detention or sentence made on political or security grounds, each side may examine the case on its own merits, and that in special cases which call for or require compassionate and humanitarian considerations, each side may exercise its discretion subject to its laws and regulations to allow early release and repatriation of persons.”⁴⁰

13. India more specifically argued that the 2008 Agreement was irrelevant for four reasons:

- “(a) India does not rely upon the [2008] Agreement . . . It bases its claim solely upon the [VCCR]. India’s claim in its Application is *de hors* this Bilateral Agreement.
- (b) Article 102 (2) of the United Nations Charter 1945 proscribes invocation of any Agreement, unless it is registered. This Agreement is admittedly not registered.
- (c) Article 73 of the [VCCR] recognizes that the [VCCR] does not affect other international agreements in force. It also, however, expressly does not ‘preclude States from concluding international agreements confirming or supplementing or extending or amplifying the provisions thereof’.
- (d) Article 41 of the Vienna Convention on the Law of Treaties recognizes and expostulates the established principle of international law that two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty between themselves, if the possibility of such a modification is provided for by the treaty, or the modification in question is not prohibited by the treaty, and does not relate to a provision, the derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole . . . Article 73 of the [VCCR]

³⁸ CR 2017/5, p. 17, para. 16 (Sharma).

³⁹ Application instituting proceedings, para. 44.

⁴⁰ *Ibid.*, para. 45.

si bien que, en application du paragraphe 2 de cette même disposition, il ne saurait être invoqué devant un organe de l'Organisation»³⁸.

12. Selon l'Inde, l'argument suivant lequel l'accord de 2008 régirait entièrement la question de la communication des autorités consulaires avec les ressortissants de l'Etat d'envoi entre les Parties était «infondé au regard tant des dispositions expresses de la convention de Vienne que des termes mêmes de cet accord bilatéral»³⁹. Le demandeur a souligné que,

«[d]ans cet instrument, ... l'Inde et le Pakistan [étaient] convenus de certaines mesures, notamment de libérer et de rapatrier les intéressés un mois au plus tard après expiration de leur peine et confirmation de leur nationalité. Les signataires reconnaissaient que, en cas d'arrestation, de détention ou de condamnation pour des motifs politiques ou relatifs à la sécurité, chacun d'eux pourrait examiner l'affaire au fond et, dans les circonstances spéciales requérant de faire preuve de compassion et d'humanité, exercer son pouvoir discrétionnaire, en tant que permis par ses lois et règlements, pour autoriser une libération et un rapatriement anticipés.»⁴⁰

13. L'Inde a plus particulièrement considéré que l'accord de 2008 n'était pas pertinent pour quatre raisons :

- a) L'Inde n'invoque pas [cet] accord... Elle invoque exclusivement, à l'appui de sa revendication, la convention de Vienne. La revendication que formule l'Inde dans sa requête ne relève donc pas de cet accord bilatéral.
- b) Le paragraphe 2 de l'article 102 de la Charte des Nations Unies de 1945 proscrit l'invocation de tout accord qui n'a pas été enregistré. Or l'on sait que l'accord susmentionné ne l'a pas été.
- c) Il est précisé, à l'article 73 de la convention de Vienne, que celle-ci ne porte pas atteinte aux autres accords internationaux en vigueur. Toutefois, cette convention précise expressément qu'elle ne vise pas à «empêcher les Etats de conclure des accords internationaux confirmant, complétant ou développant ses dispositions, ou étendant leur champ d'application».
- d) L'article 41 de la convention de Vienne sur le droit des traités consacre et explique le principe établi de droit international selon lequel deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles, si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité, ou si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité

³⁸ CR 2017/5, p. 17, par. 16 (Sharma).

³⁹ Requête introductive d'instance, par. 44.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 45.

recognizes that there is scope for parties to supplement and amplify the provisions of the [VCCR] — it does not, certainly does not, countenance a dilution of the principles embodied in the [VCCR].”⁴¹

14. The Court correctly noted that:

“In respect of the 2008 Agreement, . . . the Court considers that there is no sufficient basis to conclude at this stage that the 2008 Agreement prevents it from exercising its jurisdiction under Article I of the Optional Protocol over disputes relating to the interpretation of the application of Article 36 of the [VCCR].”⁴²

Prima Facie Jurisdiction

15. The Court may indicate provisional measures only if it satisfies itself that it has prima facie jurisdiction over the merits of the dispute⁴³. India’s Co-Agent, Mr. V. D. Sharma, stated that “India relies upon the jurisdiction of this Court under paragraph 1 of Article 36 of the Statute of this Court”⁴⁴. This was reiterated by Mr. Salve, who submitted that “India does not seek to assert jurisdiction for its Application in paragraph 2 of Article 36 of the Statute”⁴⁵, but on “the jurisdiction of the Court conferred by Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court, and Article I of the Optional Protocol Concerning Compulsory Settlement of Disputes”⁴⁶. Article I states that:

“[d]isputes arising out of the interpretation or application of the Convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice and may accordingly be brought before the Court by an application made by any party to the dispute being a Party to the present Protocol”.

16. In its Order, the Court upheld India’s position, insofar as it stated that

“the Applicant seeks to ground [the Court’s] jurisdiction in Article 36, paragraph 1, of the Statute, and Article I of the Optional Protocol [to the VCCR]; it does not seek to rely on the Parties’ declarations under Article 36, paragraph 2, of the Statute”⁴⁷.

⁴¹ CR 2017/5, pp. 34-35, para. 66 (Salve).

⁴² Order, para. 33.

⁴³ *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, Provisional Measures, Order of 3 March 2014, I.C.J. Reports 2014, p. 151, para. 18.

⁴⁴ CR 2017/5, p. 16, para. 8 (Sharma).

⁴⁵ *Ibid.*, p. 30, para. 53 (Salve).

⁴⁶ *Ibid.*, p. 29, para. 49 (Salve).

⁴⁷ Order, para. 26.

pris dans son ensemble... [S]i l'article 73 de la convention de Vienne laisse aux parties la possibilité de compléter et développer les dispositions de cet instrument, il n'encourage certainement pas l'édulcoration des principes qui y sont consacrés.»⁴¹

14. Sur ce point, la Cour a relevé à juste titre ce qui suit :

«En ce qui concerne l'accord de 2008, ... la Cour considère ... qu'elle ne dispose pas à ce stade d'éléments suffisants pour conclure que [cet instrument] fait obstacle à sa compétence au titre de l'article premier du protocole de signature facultative à l'égard des différends ayant trait à l'interprétation ou à l'application de l'article 36 de la convention de Vienne.»⁴²

Compétence prima facie

15. La Cour ne peut indiquer des mesures conservatoires que si elle a établi qu'elle était compétente *prima facie* pour connaître du différend au fond⁴³. Le coagent de l'Inde, M. V. D. Sharma, a déclaré que «[l']Inde entend[ait] fonder la compétence de la Cour sur le paragraphe 1 de l'article 36 du Statut»⁴⁴. Cela a été répété par M. Salve, qui a précisé que «[l']Inde ne cherch[ait] pas à fonder la compétence de la Cour, relativement à sa requête, sur le paragraphe 2 de l'article 36»⁴⁵, mais «sur la compétence que tire la Cour du paragraphe 1 de l'article 36 de son Statut et de l'article premier du protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends de 1963»⁴⁶. Cette dernière disposition se lit comme suit :

«Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention relèvent de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice qui, à ce titre, pourra être saisie par une requête de toute partie au différend qui sera elle-même partie au présent Protocole.»

16. Dans son ordonnance, la Cour a fait droit à la position de l'Inde en précisant ceci :

«le demandeur entend établir sa compétence sur le paragraphe 1 de l'article 36 du Statut et l'article premier du protocole de signature facultative; il n'invoque pas les déclarations faites par les Parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut»⁴⁷.

⁴¹ CR 2017/5, p. 34-35, par. 66 (Salve).

⁴² Ordonnance, par. 33.

⁴³ *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014, p. 151, par. 18.

⁴⁴ CR 2017/5, p. 16, par. 8 (Sharma).

⁴⁵ *Ibid.*, p. 30, par. 53 (Salve).

⁴⁶ *Ibid.*, p. 29, par. 49 (Salve).

⁴⁷ Ordonnance, par. 26.

17. In *LaGrand*, Germany based the Court's jurisdiction on the same legal instrument as India in the present case. Similarly to the present case, neither Germany nor the United States had made any reservation to the Optional Protocol to the VCCR. The Court found that it was satisfied "that, prima facie, it has jurisdiction under Article I of the aforesaid Optional Protocol to decide the dispute between Germany and the United States of America"⁴⁸. The facts of this case, which concern the arrest, detention and sentencing to death of Mr. Jadhav, are similar to those in *LaGrand*. In addition, the jurisdictional basis invoked by India in the present case and by Germany in *LaGrand* are identical. In both cases, neither State made reservations to Article I of the Optional Protocol to the VCCR. Consistency with the Court's earlier prima facie jurisdiction jurisprudence requires the Court to reach in the present case the same conclusion it reached in *LaGrand*.

18. Moreover, India showed that a dispute prima facie exists between the Parties. In its Order on provisional measures in the present case, the Court endorsed the necessity to enquire into whether a dispute prima facie exists between the Parties⁴⁹, as previously held in *Equatorial Guinea v. France*⁵⁰. The existence of a dispute is clearly evidenced by the 13 Notes Verbales sent by the High Commission of India and the Ministry of Foreign Affairs of India to Pakistan's Ministry of Foreign Affairs, annexed to India's Application instituting proceedings. Such Notes Verbales show that the Parties hold opposing views concerning the interpretation and application of Article 36, paragraph 1, of the VCCR in respect of Mr. Jadhav. India's case could be regarded as being even stronger than *LaGrand* from the perspective of the prima facie existence of a dispute, owing to India's thirteen requests to have consular access to Mr. Jadhav since his arrest. In addition, while India argued for an unfettered right to consular access under the VCCR, Pakistan seemed to contend that it can be subjected to certain conditions, such as, in this case, India's response to Pakistan's request for mutual judicial assistance. On the prima facie existence of a dispute between the Parties, the Court stated, in the Order on provisional measures, that "the Parties do indeed appear to have differed, and still differ today, on the question of India's consular assistance to Mr. Jadhav under the [VCCR]"⁵¹. At this stage, this is enough evidence to conclude that a dispute prima facie exists between the Parties.

⁴⁸ *LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Report 1999 (I)*, p. 14, para. 18.

⁴⁹ Order, para. 28.

⁵⁰ *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Provisional Measures, Order of 7 December 2016, I.C.J. Reports 2016 (II)*, p. 1157, para. 37.

⁵¹ Order, para. 29.

17. Dans l'affaire *LaGrand*, l'Allemagne avait fondé la compétence de la Cour sur le même instrument juridique que l'Inde en la présente espèce. De même qu'en la présente espèce, ni l'Allemagne ni les Etats-Unis d'Amérique n'avaient formulé de réserve au protocole de signature facultative à la convention de Vienne. La Cour était parvenue à la conclusion «qu'elle a[vait] *prima facie* compétence en vertu de l'article premier du protocole susmentionné pour connaître de l'affaire»⁴⁸. Les faits de la présente espèce, qui avaient trait à l'arrestation, à la détention et à la condamnation à mort de M. Jadhav, étaient analogues à ceux de l'affaire *LaGrand*. En outre, la base de compétence invoquée par l'Inde en la présente espèce et par l'Allemagne dans l'affaire *LaGrand* était la même, aucun Etat partie à ces deux affaires n'ayant formulé de réserve à l'article premier du protocole de signature facultative à la convention de Vienne. Par souci de cohérence avec sa décision antérieure relative à sa compétence *prima facie*, la Cour devait donc, en la présente espèce, parvenir à la même conclusion.

18. L'Inde a par ailleurs démontré qu'il existait, *prima facie*, un différend entre les Parties. Dans son ordonnance, la Cour a confirmé qu'il lui fallait rechercher si tel était le cas⁴⁹, comme elle l'avait déjà précisé dans l'affaire *Guinée équatoriale c. France*⁵⁰. Or, l'existence d'un différend en la présente espèce ressortait clairement des treize notes verbales, annexées à la requête introductive d'instance, qui avaient été adressées au ministère des affaires étrangères du Pakistan par le haut-commissariat ou le ministère des affaires étrangères de l'Inde. Ces notes verbales montraient que les Parties avaient, en ce qui concerne le cas de M. Jadhav, des vues divergentes quant à l'interprétation et à l'application du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. Compte tenu des treize demandes tendant à pouvoir entrer en communication avec M. Jadhav qui avaient été formulées après l'arrestation de celui-ci, la position de l'Inde pouvait être considérée comme étant plus solide encore, du point de vue de l'existence *prima facie* d'un différend, que celle de l'Allemagne en l'affaire *LaGrand*. De plus, tandis que l'Inde affirmait que son droit de communiquer avec l'intéressé en vertu de la convention de Vienne était inconditionnel, le Pakistan semblait soutenir que ce droit pouvait être soumis à certaines conditions, telles que, en l'occurrence, la suite qui serait donnée à sa demande d'assistance judiciaire. S'agissant de l'existence *prima facie* d'un différend, la Cour a estimé, dans son ordonnance, que «les Parties apparaiss[ai]ent bien s'être opposées, et s'opposer aujourd'hui encore, sur la question de l'assistance consulaire de l'Inde à M. Jadhav au titre de la convention de Vienne»⁵¹. A ce stade, cela suffisait pour établir qu'il existait, *prima facie*, un différend entre les Parties.

⁴⁸ *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 14, par. 18.

⁴⁹ Ordonnance, par. 28.

⁵⁰ *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016 (II), p. 1157, par. 37.

⁵¹ Ordonnance, par. 29.

19. In *Equatorial Guinea v. France*, the Court went further, and found that “[i]n order to determine whether it has jurisdiction — even prima facie — the Court must also ascertain whether . . . a dispute is one over which it might have jurisdiction *ratione materiae* . . .”⁵². This entails that the Court should satisfy itself that the facts, as presented by India, prima facie give rise to a dispute falling within the scope of Article I of the Optional Protocol to the VCCR. The Court emphasized this point in its Order on provisional measures, as it found that “[in] order to determine whether it has jurisdiction — even prima facie — the Court must also ascertain whether such a dispute is one over which it might have jurisdiction *ratione materiae* on the basis of Article I of the Optional Protocol”⁵³. The Court rightly found that:

“the acts alleged by India are capable of falling within the scope of Article 36, paragraph 1, of the [VCCR], which, *inter alia*, guarantees the right of the sending State to communicate with and have access to its nationals in the custody of the receiving State . . . as well as the right of its nationals to be informed of their rights . . .”⁵⁴.

The Court’s assessment is correct. Pakistan’s actions, of which India complains, prima facie fall within the scope of the rights conferred on India by Article 36, paragraph 1, of the VCCR. India alleged that Pakistan breached its international obligations to grant consular access in accordance with the VCCR, especially by denying Mr. Jadhav the chance to communicate with the Indian consular authorities, as well as by preventing such authorities from entering into contact with Mr. Jadhav. Therefore, the dispute which India brought before the Court is one which prima facie falls within the scope *ratione materiae* of the VCCR.

20. The facts presented by India concern the arrest, detention and conviction of an Indian national, who was allegedly deprived of consular assistance to which he was entitled under Article 36, paragraph 1, of the VCCR. Mr. Khawar Qureshi, counsel for Pakistan, contended that persons suspected of espionage or terrorism are excluded from the scope of the VCCR, since “there must be no interference in the internal affairs of the receiving State”⁵⁵, as required under Article 55 of the VCCR⁵⁶. In this perspective, allowing consular access to a person suspected of espionage would be tantamount to interfering with the internal affairs of a State,

⁵² *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, *Provisional Measures, Order of 7 December 2016, I.C.J. Reports 2016 (II)*, p. 1164, para. 67.

⁵³ Order, para. 30.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ CR 2017/6, pp. 20-21 (Qureshi).

⁵⁶ Article 55, paragraph 1, of the VCCR states that “[w]ithout 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 the State.”

19. Dans l'affaire *Guinée équatoriale c. France*, la Cour était allée plus loin en jugeant que, «[à] l'effet d'établir sa compétence, même *prima facie*, [elle devait] encore rechercher si pareil différend [était] de ceux dont elle pourrait connaître *ratione materiae*»⁵². Cela signifie que, en la présente espèce, le Cour devait s'assurer que les faits, tels que présentés par l'Inde, avaient, *prima facie*, donné naissance à un différend relevant de l'article premier du protocole de signature facultative à la convention de Vienne. Elle l'a d'ailleurs souligné dans son ordonnance en précisant que, «[a]ux fins de déterminer si elle a[avait] compétence, même *prima facie*, [elle devait] encore rechercher si ce différend [était] de ceux dont elle pourrait connaître *ratione materiae* sur le fondement de l'article premier du protocole de signature facultative»⁵³. A cet égard, elle a estimé à juste titre que

«les actes allégués par l'Inde [étaient] susceptibles de relever du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, qui garantit notamment à l'Etat d'envoi le droit de communiquer avec ses ressortissants détenus dans l'Etat de résidence et de se rendre auprès d'eux ... et garantit auxdits ressortissants celui d'être informés de leurs droits...»⁵⁴.

Cette appréciation de la Cour est correcte. Les actes du Pakistan, dont l'Inde tirait grief, entraient *prima facie* dans le cadre des droits que celle-ci tient du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. L'Inde affirmait que le Pakistan avait manqué à son obligation internationale découlant de cet instrument de lui permettre d'entrer en communication avec son ressortissant, notamment en privant l'intéressé de tout accès aux autorités consulaires indiennes et en ne permettant pas à ces dernières d'entrer en contact avec lui. Par conséquent, le différend dont l'Inde avait saisi la Cour relevait, *prima facie*, du champ d'application *ratione materiae* de la convention de Vienne.

20. Les faits présentés par l'Inde concernaient l'arrestation, la détention et la condamnation d'un ressortissant indien qui aurait été privé du droit de communiquer avec ses autorités consulaires que lui confère le paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. A cet égard, M. Khawar Qureshi, conseil du Pakistan, a affirmé que les personnes soupçonnées d'espionnage ou de terrorisme étaient exclues du champ d'application de la convention de Vienne, puisque, selon l'article 55 de cet instrument⁵⁵, «il ne doit pas y avoir d'ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat de résidence»⁵⁶. Selon le défendeur, si une personne

⁵² *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016 (II)*, p. 1164, par. 67.

⁵³ Ordonnance, par. 30.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ CR 2017/6, p. 20-21 (Qureshi).

⁵⁶ Le paragraphe 1 de l'article 55 de la convention de Vienne se lit comme suit : «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.»

and thus a breach of the VCCR. The Court rightly noted that the VCCR “does not contain express provisions excluding from its scope persons suspected of espionage or terrorism”⁵⁷. Yet, this argument wades into the merits of the case and it is premature to examine it at this stage of the proceedings. The Court showed awareness of this, as it stated that

“[a]t this stage, it cannot be concluded that Article 36 of the [VCCR] cannot apply in the case of Mr. Jadhav so as to exclude on a prima facie basis the Court’s jurisdiction under the Optional Protocol”⁵⁸.

21. The title of jurisdiction invoked by India is Article I of the Optional Protocol to the VCCR, and not the Parties’ declarations under Article 36, paragraph 2, of the Court’s Statute. India explained that, even assuming that the Parties’ Optional Clause declarations were relevant,

“where the Court has jurisdiction based on both optional declarations and compulsory jurisdiction clauses in treaties, . . . each title is autonomous and ranks equally with the others”⁵⁹.

This principle is borne out by the Court’s jurisprudence, especially *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*⁶⁰, *Border and Transborder Armed Actions*⁶¹, *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*⁶², as well as *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*⁶³. Therefore, even if the Parties’ declarations under Article 36, paragraph 2, of the Statute were relevant, and even assuming that Pakistan’s declaration effectively excluded the Court’s jurisdiction in the present case on a prima facie level, the Court could still assert prima facie jurisdiction on the basis of the Optional Protocol to the VCCR, in full accordance with its established jurisprudence.

⁵⁷ Order, para. 32.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ CR 2017/5, p. 30, para. 55 (Salve).

⁶⁰ *Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Judgment, 1939, P.C.I.J., Series A/B, No. 77, p. 76.*

⁶¹ *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988, p. 78, para. 20.*

⁶² *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (II), p. 918, para. 54 (separate opinion Abraham).*

⁶³ *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgment, I.C.J. Reports 1972, p. 60, para. 25.*

soupçonnée d'espionnage était autorisée à communiquer avec ses autorités consulaires, cela constituerait une ingérence dans les affaires intérieures de l'État et, partant, une violation de la convention de Vienne. Sur ce point, la Cour a observé à juste titre que cet instrument « ne cont[enait] pas de dispositions expresses excluant de son champ d'application les personnes soupçonnées d'espionnage ou de terrorisme »⁵⁷. Quoi qu'il en soit, l'argument du Pakistan touchait au fond de l'affaire, et il était prématuré de l'examiner à ce stade de l'instance. La Cour en était bien consciente, puisqu'elle a indiqué que,

« [à] ce stade, l'on ne saurait conclure que l'article 36 de la convention de Vienne ne peut s'appliquer au cas de M. Jadhav de manière à exclure, *prima facie*, la compétence de la Cour au titre du protocole de signature facultative »⁵⁸.

21. La base de compétence invoquée par l'Inde était l'article premier du protocole de signature facultative à la convention de Vienne, et non les déclarations faites par les Parties en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut. L'Inde a précisé que, même à supposer que ces déclarations fussent pertinentes,

« [L]orsque la Cour est compétente à la fois au titre des déclarations faites en vertu de la clause facultative et de clauses de juridiction obligatoire [contenues dans des instruments conventionnels], ... chaque titre de compétence est indépendant et ... aucun ne prévaut sur les autres »⁵⁹.

Ce principe ressort de la jurisprudence de la Cour et, en particulier, des affaires suivantes: *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*⁶⁰, *Actions armées frontalières et transfrontalières*⁶¹, *Différend territorial et maritime*⁶² et *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*⁶³. Dès lors, même si les déclarations faites par les Parties en vertu de la clause facultative avaient été pertinentes, et même si celle du Pakistan avait effectivement exclu, *prima facie*, sa compétence en la présente espèce, la Cour pouvait se déclarer compétente *prima facie* sur la base du protocole de signature facultative à la convention de Vienne, et ce, de manière tout à fait cohérente avec sa jurisprudence bien établie.

⁵⁷ Ordonnance, par. 32.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ CR 2017/5, p. 30, par. 55 (Salve).

⁶⁰ *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série AIB n° 77, p. 76.*

⁶¹ *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 78, par. 20.*

⁶² *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (II), p. 918, par. 54 (opinion individuelle de M. le juge Abraham).*

⁶³ *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan), arrêt, C.I.J. Recueil 1972, p. 60, par. 25.*

Plausibility

22. In order to indicate provisional measures, the Court should also satisfy itself that the rights claimed by India on the merits are plausible⁶⁴. In *Certain Activities*, the Court stated that it “may exercise [the] power [to indicate provisional measures] only if it is satisfied that the rights asserted by a party are at least plausible”⁶⁵. In its most recent Order on provisional measures in *Ukraine v. Russian Federation*, the Court found that it “need only decide whether the rights claimed by [the applicant State] on the merits, and for which it is seeking protection, are plausible”⁶⁶. Furthermore, the Court also found that, in order for the rights claimed by the applicant State on the merits to be plausible, the acts alleged by the applicant State itself must fall within the scope *ratione materiae* of the treaty whose violation is alleged⁶⁷.

23. In this instance, India alleged that Pakistan violated Article 36, paragraph 1, of the VCCR. Specifically, India argued that in cases in which a foreign national is being prosecuted for actions which

“carry the sanction of capital punishment, and the trial is by a military court, the need for consular access and the opportunity to arrange for legal representation in the course of the trial, as covenanted in the [VCCR], is all the more greater”⁶⁸.

24. The 1961 ILC Commentary to the Draft Articles that became the VCCR states, with respect to the predecessor of Article 36, that “the receiving State must permit the consular official to visit a national of the sending State who is in custody, prison or detention in his consular district, to converse with him, and to arrange for his legal representation”⁶⁹. The ILC Commentary specifies that this also applies in “cases where the judgment convicting the national has become final”⁷⁰. Based on the material provided by the Parties, it is currently unclear whether an appeal

⁶⁴ CR 2017/5, p. 19, para. 11 (Salve).

⁶⁵ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 18, para. 53.

⁶⁶ *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017, p. 126, para. 64.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 131-132, para. 75. In *Ukraine v. Russia*, the issue concerned whether the acts alleged by Ukraine were plausibly acts of terrorism in the sense of Article 2 of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, and thus plausibly fell within the scope of that treaty.

⁶⁸ CR 2017/5, p. 29, para. 47 (Salve).

⁶⁹ *Yearbook of the International Law Commission* (1961), Vol. II, p. 112, para. 4 (c).

⁷⁰ *Ibid.*, p. 113, para. 4 (c).

Plausibilité

22. Pour pouvoir indiquer des mesures conservatoires, la Cour devait également s'assurer que les droits invoqués par l'Inde au fond étaient plausibles⁶⁴. Dans l'affaire relative à *Certaines activités*, elle a déclaré qu'elle «ne [pouvait] exercer ce pouvoir que si les droits allégués par une partie apparaiss[ai]ent au moins plausibles»⁶⁵. Dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires la plus récente, celle qu'elle a rendue en l'affaire *Ukraine c. Russie*, la Cour a jugé qu'«il lui [fallait] seulement déterminer si les droits que [le demandeur] revendiqu[ait] au fond et dont [il] sollicit[ait] la protection [étaient] plausibles»⁶⁶. Elle a en outre estimé que, pour que les droits revendiqués par le demandeur au fond soient plausibles, il fallait que les actes auxquels le demandeur se référait entrent dans le champ d'application *ratione materiae* du traité dont la violation était invoquée⁶⁷.

23. En la présente espèce, l'Inde soutenait que le Pakistan avait violé le paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne. Elle faisait plus particulièrement valoir que, dans des affaires dans lesquelles un ressortissant étranger était poursuivi pour des actes qui

«sont sanctionnés par la peine capitale, et [lors]que le procès se déroule devant un tribunal militaire, il [était] d'autant plus important de garantir la communication consulaire et la représentation en justice appropriée de l'intéressé tout au long de son procès, comme le prévoit la convention de Vienne»⁶⁸.

24. Dans son commentaire de 1961 relatif aux projets d'articles qui allaient former la convention de Vienne, la CDI a, au sujet de l'article 36, précisé que «l'Etat de résidence [devait] permettre au fonctionnaire consulaire de rendre visite à un ressortissant de l'Etat d'envoi détenu ou incarcéré dans sa circonscription consulaire, de s'entretenir avec lui et de pourvoir à sa représentation en justice»⁶⁹, précisant que cela visait aussi «le cas où la sentence condamnant le ressortissant est devenue définitive»⁷⁰. Au vu des éléments présentés par les Parties à la présente espèce,

⁶⁴ CR 2017/5, p. 19, par. 11 (Salve).

⁶⁵ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 18, par. 53.

⁶⁶ *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017, p. 126, par. 64.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 131-132, par. 75. Dans l'affaire *Ukraine c. Russie*, la question était de savoir si les actes allégués par l'Ukraine constituaient plausiblement des actes de terrorisme au sens de l'article 2 de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et, partant, entraient dans le champ d'application de cet instrument.

⁶⁸ CR 2017/5, p. 29, par. 47 (Salve).

⁶⁹ *Annuaire de la Commission du droit international* (1961), vol. II, p. 117, par. 4 c).

⁷⁰ *Ibid.*

against Mr. Jadhav's death sentence is still pending. In any event, Article 36, paragraph 1, of the VCCR applies irrespective of whether proceedings against a foreign national are still pending.

25. India alleged that it was denied access to Mr. Jadhav after having been made aware of its arrest and of the judicial proceedings against him. The facts alleged by India plausibly fall within the scope of Article 36, paragraph 1, of the VCCR, insofar as they concern the denial of consular assistance to a person entitled to it under the Convention. As evidenced from the record, the Indian authorities repeatedly contacted the Pakistani authorities in order to obtain consular access to Mr. Jadhav. Questions of consular access fall squarely within the scope of the VCCR, and specifically of Article 36, paragraph 1. It follows that the rights claimed by India on the merits are plausible.

Real and Imminent Risk of Irreparable Prejudice

26. The Court may indicate provisional measures only if there is a real and imminent risk of irreparable prejudice to the rights of the applicant State. According to recent orders on provisional measures, prejudice to a State's rights is "irreparable" if, without indicating provisional measures, it would be impossible to restore the *status quo ante* once the dispute is finally settled⁷¹. Furthermore, there is a real and imminent risk of irreparable prejudice if "action prejudicial to the rights of either party is likely to be taken before [a] final decision is given"⁷².

27. The facts of the present case are similar to those in *Breard*, *LaGrand* and *Avena*, as they all dealt with the scheduled execution of a foreign national. In *Breard*, a Paraguayan national, Mr. Angel Francisco Breard, had been sentenced to death in Virginia, and his execution was scheduled to take place on 14 April 1998⁷³. On 3 April 1998, Paraguay filed a case with the Court against the United States of America on the grounds that Mr. Breard had not been given consular access after his arrest and during

⁷¹ *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, Provisional Measures, Order of 7 December 2016, I.C.J. Reports 2016 (II), p. 1169, para. 90; *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, Provisional Measures, Order of 3 March 2014, I.C.J. Reports 2014, p. 154, para. 32.

⁷² *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991, p. 17, para. 23.

⁷³ *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I.C.J. Reports 1998, p. 249, para. 3.

il était, pour l'heure, difficile d'établir si un appel de la condamnation à mort de M. Jadhav était encore pendant. En tout état de cause, le paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne s'appliquait, que la procédure visant un ressortissant étranger demeure pendante ou non.

25. L'Inde soutenait que toute communication avec M. Jadhav lui avait été refusée après qu'elle avait été informée de l'arrestation de celui-ci et de la procédure judiciaire dont il faisait l'objet. Les faits allégués par elle relevaient donc plausiblement du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne, puisqu'ils avaient trait au refus d'accorder l'assistance consulaire à une personne qui y avait droit en application de la convention. Ainsi que cela appert du dossier de l'affaire, les autorités indiennes avaient contacté à maintes reprises les autorités pakistanaises afin de pouvoir entrer en communication avec l'intéressé. Or, les questions relatives à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi relèvent clairement de la convention de Vienne et, plus particulièrement, du paragraphe 1 de son article 36. Il s'ensuit que les droits revendiqués par l'Inde au fond étaient plausibles.

Risque réel et imminent de préjudice irréparable

26. La Cour ne peut indiquer des mesures conservatoires que s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits de l'Etat demandeur. Conformément à certaines ordonnances récentes en indication de mesures conservatoires, le préjudice causé aux droits d'un Etat est «irréparable» si, à défaut de mesures conservatoires, il serait impossible de rétablir le *statu quo ante* une fois le différend définitivement réglé⁷¹. Il existe en outre un risque réel et imminent de préjudice irréparable «s'il est probable qu'une action préjudiciable aux droits de l'une ou de l'autre Partie sera commise avant qu'un ... arrêt définitif ne soit rendu»⁷².

27. Les faits de la présente espèce étaient analogues à ceux des affaires *Breard*, *LaGrand* et *Avena*, puisque tous se rapportaient à l'exécution prévue d'un ressortissant étranger. Dans l'affaire *Breard*, un ressortissant paraguayen, M. Angel Francisco Breard, avait été condamné à mort en Virginie, et la date de son exécution avait été fixée au 14 avril 1998⁷³. Le 3 avril 1998, le Paraguay avait introduit une instance devant la Cour contre les Etats-Unis d'Amérique, au motif que ses autorités consulaires

⁷¹ *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016 (II)*, p. 1169, par. 90; *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014*, p. 154, par. 32.

⁷² *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark), mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991*, p. 17, par. 23.

⁷³ *Application de la convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998*, p. 249, par. 3.

the pendency of the criminal proceedings against him⁷⁴. Paraguay also requested the Court to indicate, as provisional measures under Article 41 of the Statute, that the United States of America “take the measures necessary to ensure that Mr. Breard not be executed pending the disposition of this case”⁷⁵. On the issue of irreparable prejudice, the Court found that, since Mr. Breard’s execution was already scheduled, the carrying out of such an execution “would render it impossible for the Court to order the relief that Paraguay seeks [on the merits] and thus cause irreparable harm to the rights it claims”⁷⁶.

28. In *LaGrand*, two German brothers, Karl and Walter LaGrand, had been sentenced to death in Arizona⁷⁷. Similarly to *Breard*, the two brothers had not been given consular access to the German authorities⁷⁸. Karl LaGrand was executed on 24 February 1999⁷⁹, and Walter LaGrand was scheduled to be executed on 3 March 1999⁸⁰. On 2 March 1999, Germany sought to stop Walter LaGrand’s execution by filing a case with the Court and requesting urgent provisional measures under Article 41 of the Statute. The Court held no hearings owing to the extreme urgency of the matter⁸¹, and indicated, as provisional measures, that the United States of America shall take all measures to ensure a stay of the execution of Walter LaGrand⁸². From the point of view of irreparable prejudice, the Court found that the “execution [of Walter LaGrand] would cause irreparable harm to the rights claimed by Germany”⁸³.

29. *Avena* is comparable to *Breard* and *LaGrand*. In *Avena*, Mexico filed with the Court an Application against the United States of America, as well as a Request for provisional measures seeking to protect the rights of a number of Mexican nationals on death row in the United States of America⁸⁴. Mexico grounded its claim in the alleged violation by the United States of America of Article 36, paragraph 1, of the VCCR⁸⁵, since the United States of America had not given consular access to the individuals Mexico was seeking to protect. A number of such individuals

⁷⁴ *I.C.J. Reports 1998*, p. 249, para. 3.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 251, para. 9.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 257, para. 37.

⁷⁷ *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, *I.C.J. Reports 1999 (I)*, p. 15, para. 24.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 10, para. 2.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 12, para. 8.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*, p. 14, para. 21.

⁸² *Ibid.*, p. 16, para. 29.

⁸³ *Ibid.*, p. 15, para. 24.

⁸⁴ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 5 February 2003, *I.C.J. Reports 2003*, p. 78, para. 2.

⁸⁵ *Ibid.*

n'avaient pas pu communiquer avec M. Breard après son arrestation et durant la procédure pénale engagée contre lui⁷⁴. Le Paraguay avait également prié la Cour d'indiquer, en tant que mesure conservatoire au titre de l'article 41 du Statut, que les Etats-Unis d'Amérique «[feraient] en sorte que M. Breard ne soit pas exécuté tant que la décision n'aura[it] pas été rendue en la présente instance»⁷⁵. S'agissant de la question du préjudice irréparable, la Cour avait jugé que, la date de l'exécution de l'intéressé ayant d'ores et déjà été fixée, cette exécution «rendrait impossible l'adoption de la solution demandée par le Paraguay [au fond] et porterait ainsi un préjudice irréparable aux droits revendiqués par celui-ci»⁷⁶.

28. Dans l'affaire *LaGrand*, deux frères, Karl et Walter LaGrand, ressortissants allemands, avaient été condamnés à mort en Arizona⁷⁷. De même que dans l'affaire *Breard*, les intéressés s'étaient vu refuser de communiquer avec leurs autorités consulaires⁷⁸. Karl LaGrand avait été exécuté le 24 février 1999⁷⁹, et Walter LaGrand devait l'être le 3 mars 1999⁸⁰. Le 2 mars 1999, l'Allemagne avait tenté d'obtenir qu'il soit sursis à l'exécution de l'intéressé en introduisant une instance devant la Cour et en demandant l'indication de mesures conservatoires urgentes en vertu de l'article 41 du Statut. Compte tenu de l'extrême urgence de la question⁸¹, la Cour n'avait pas tenu d'audiences et avait décidé, à titre de mesure conservatoire, que les Etats-Unis d'Amérique devaient prendre toutes les mesures dont ils disposaient pour qu'il soit sursis à l'exécution de Walter LaGrand⁸². S'agissant de la question du préjudice irréparable, elle avait jugé que l'«exécution [de Walter LaGrand] porterait un préjudice irréparable aux droits revendiqués par l'Allemagne»⁸³.

29. L'affaire *Avena* est comparable aux affaires *Breard* et *LaGrand*. Dans cette affaire, le Mexique avait introduit devant la Cour une instance contre les Etats-Unis d'Amérique, ainsi qu'une demande en indication de mesures conservatoires tendant à protéger les droits d'un certain nombre de ressortissants mexicains condamnés à mort aux Etats-Unis⁸⁴. Il fondait sa demande sur la violation alléguée, par les Etats-Unis d'Amérique, du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne⁸⁵, puisque ceux-ci ne l'avaient pas autorisé à communiquer, par l'entremise de ses

⁷⁴ *C.I.J. Recueil 1998*, p. 249, par. 3.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 251, par. 9.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 257, par. 37.

⁷⁷ *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, *C.I.J. Recueil 1999 (I)*, p. 15, par. 24.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 10, par. 2.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 12, par. 8.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*, p. 14, par. 21.

⁸² *Ibid.*, p. 16, par. 29.

⁸³ *Ibid.*, p. 15, par. 24.

⁸⁴ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 5 février 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 78, par. 2.

⁸⁵ *Ibid.*

had had their execution dates fixed, while others had not⁸⁶. The Court indicated provisional measures only in respect of those individuals whose execution had been scheduled, and decided that the United States of America shall take all measures to ensure that the executions of these individuals not be carried out pending the final judgment in the case⁸⁷. Concerning irreparable prejudice, the Court found, in respect of the Mexican nationals scheduled to be executed in the United States of America, that “their execution would cause irreparable prejudice to any rights that may subsequently be adjudged by the Court to belong to Mexico”⁸⁸.

30. In the present case, the facts as presented by India closely resemble those in *Breard*, *LaGrand* and *Avena*. Mr. Jadhav, an Indian national, has similarly been sentenced to death by a Pakistani military tribunal. Should this sentence be carried out, as it would be likely to occur if Mr. Jadhav’s appeal were to fail, the harm would be irreparable to India’s underlying case, as no relief could return India to the *status quo ante*.

31. In addition to finding that there exists a risk of irreparable prejudice to the rights claimed, the risk must be imminent, or, in the Court’s language, there must be urgency in the circumstances⁸⁹. This has previously been described by the Court as situations that are “unstable and could rapidly change”⁹⁰. In the present case, the exact date of Mr. Jadhav’s execution is unknown. In *Avena*, the Court decided not to award provisional measures to protect those Mexican nationals whose date of execution had not been set⁹¹, while indicating provisional measures with respect to those Mexican nationals whose execution was already scheduled. The Court did not comment on whether a time scale of days, weeks or months would be determinative of a finding of urgency, as Pakistan suggested⁹².

32. However, the facts and circumstances of this case are vastly different. In the United States of America, execution dates are communicated to the public, generally with several weeks of notice, if not longer. This seemed to have a significant bearing on whether Mexico’s Request for

⁸⁶ *I.C.J. Reports 2003*, p. 81, para. 11.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 91-92, para. 59.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 91, para. 55. This paragraph of the Order on provisional measures in *Avena* was quoted by Mr. Salve at CR 2017/5, p. 23, para. 23.

⁸⁹ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 15 October 2008, I.C.J. Reports 2008*, p. 392, para. 129.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 396, para. 143.

⁹¹ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 5 February 2003, I.C.J. Reports 2003*, pp. 91-92, para. 59.

⁹² CR 2017/6, p. 15 (Qureshi).

autorités consulaires, avec ses ressortissants qu'il cherchait à protéger. La date de l'exécution d'un certain nombre d'entre eux avait été fixée; pour d'autres, tel n'était pas le cas⁸⁶. La Cour n'avait indiqué des mesures conservatoires qu'en ce qui concerne les premiers, décidant que les Etats-Unis d'Amérique prendraient toute mesure pour que les intéressés ne soient pas exécutés tant que l'arrêt définitif en l'affaire n'aurait pas été rendu⁸⁷. S'agissant de la question du préjudice irréparable, elle avait jugé, au sujet des ressortissants mexicains dont l'exécution aux Etats-Unis d'Amérique était prévue, que celle-ci «porterait un préjudice irréparable aux droits que l'arrêt de la Cour pourrait éventuellement reconnaître au Mexique»⁸⁸.

30. En la présente espèce, les faits allégués par l'Inde étaient fort semblables à ceux des affaires *Breard*, *LaGrand* et *Avena*. M. Jadhav, un ressortissant indien, avait lui aussi été condamné à mort, et ce, par une cour martiale pakistanaise. Dans l'hypothèse où il aurait été exécuté, ce qui aurait été probable si son appel avait été rejeté, le préjudice porté aux droits sous-jacents de l'Inde aurait été irréparable, puisqu'aucune décision de la Cour n'aurait pu rétablir le *statu quo ante*.

31. Outre le fait qu'il doit y avoir un risque qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits revendiqués, ce risque doit être imminent ou, pour reprendre les termes de la Cour, la situation doit présenter un caractère d'urgence⁸⁹. La Cour a, par le passé, qualifié pareilles situations d'«instable[s] et pou[vant] changer rapidement»⁹⁰. En la présente espèce, la date exacte de l'exécution de M. Jadhav était inconnue. Dans l'affaire *Avena*, la Cour avait décidé de ne pas indiquer de mesures conservatoires pour protéger les ressortissants mexicains dont la date de l'exécution n'avait pas été fixée⁹¹, mais d'en indiquer en ce qui concerne les intéressés pour qui cette date avait été fixée. La Cour n'a pas réellement cherché à déterminer si le caractère d'urgence était fonction du point de savoir si l'exécution devait intervenir dans un délai de quelques jours, de quelques semaines ou de quelques mois, comme le Pakistan l'y invitait⁹².

32. Quoi qu'il en soit, les faits et circonstances de la présente espèce étaient fort différents. Aux Etats-Unis d'Amérique, les dates d'exécution sont en effet communiquées au public, généralement plusieurs semaines à l'avance, si ce n'est davantage. Cet élément semble avoir eu une incidence

⁸⁶ C.I.J. Recueil 2003, p. 81, par. 11.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 91-92, par. 59.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 91, par. 55. Ce paragraphe de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue en l'affaire *Avena* a été cité par M. Salve. Voir le CR 2017/5, p. 23, par. 23.

⁸⁹ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008, p. 392, par. 129.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 396, par. 143.

⁹¹ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 5 février 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 91-92, par. 59.

⁹² CR 2017/6, p. 15 (Qureshi).

provisional measures was urgent. However, in the case of Pakistan, it is unclear both whether his date of execution would be communicated in advance to the public and the Indian authorities, and by which means. India has argued that a panel to consider the appeal against Mr. Jadhav's death sentence has already been constituted, and that the decision on such an appeal could be handed down at any moment. In the oral proceedings, India stated that Pakistan, "while suggesting the availability of 'remedies', fails to provide a clear assurance that until this Court is in seisin of this Application, the sentence will not be executed"⁹³. According to counsel for Pakistan, Mr. Jadhav may have recourse to the clemency process under Pakistani law, which "[t]he Application conveniently glossed over"⁹⁴. In this regard, Pakistan stated that "[a] period of 150 days is provided for . . ., which even if it started on 10 April 2017 — which is the date of conviction at first instance — could extend to well beyond August 2017"⁹⁵.

33. Pakistan's argument is not convincing. Urgency is not assessed based on the number of weeks or months likely to elapse before Mr. Jadhav is executed. Urgency is assessed based on whether it is likely that the rights claimed by India on the merits would be irreparably prejudiced during the pendency of the proceedings before the Court. So long as there is a real risk that Mr. Jadhav could be executed before the Court finally disposes of this dispute, it does not matter whether his execution would take place in two days, two weeks, two months or two years. If the Court handed down the final judgment in this case within a two-year time frame, there would be urgent need for provisional measures if it were likely that Mr. Jadhav could be executed within that same time frame.

34. However, the issue is not only the fact that Mr. Jadhav faces execution that may be imminent, but, more specifically, that Pakistan continues to deny the Indian authorities consular access to Mr. Jadhav, violating Article 36 of the VCCR on a prima facie level. The continued denial of consular access already constitutes an on-going breach of the VCCR. Therefore, India's rights under Article 36, paragraph 1, of the VCCR could be seen to be already prejudiced. Should Mr. Jadhav be executed, such prejudice would become irreparable. Even if Mr. Jadhav's execution were stayed pending proceedings before the Court, the protracted denial of consular access would irreparably prejudice India's rights. Without consular access, India could not adequately assess and contribute to Mr. Jadhav's defence in the current court proceedings in Pakistan, and similarly could not ensure that Mr. Jadhav is humanely treated while in

⁹³ CR 2017/5, p. 24, para. 26 (Salve).

⁹⁴ CR 2017/6, p. 15 (Qureshi).

⁹⁵ *Ibid.*, p. 10, para. 16 (Faisal).

importante sur la question de savoir si la demande en indication de mesures conservatoires du Mexique était urgente. Dans le cas du Pakistan, en revanche, il était difficile de savoir si la date de l'exécution de l'intéressé serait communiquée à l'avance au public et aux autorités indiennes et, le cas échéant, par quel biais. L'Inde a soutenu qu'un jury avait d'ores et déjà été constitué pour examiner l'appel formé contre la condamnation à mort de M. Jadhav, et que la décision pouvait être rendue d'un moment à l'autre. A l'audience, elle a estimé que le Pakistan, « tout en évoquant l'existence de « voies de recours », ne garanti[ssait] pas clairement que la peine ne sera[it] pas exécutée tant que la Cour sera[it] saisie de la présente requête »⁹³. Selon le conseil du Pakistan, M. Jadhav pouvait demander un recours en grâce en vertu de la loi pakistanaise, ce que « [l]a requête omet[tait] fort opportunément de mentionner »⁹⁴. A cet égard, le conseil a déclaré que « l'intéressé dispos[ait] d'une période de 150 jours qui, même si elle avait démarré le 10 avril 2017 — date à laquelle M. Jadhav a été déclaré coupable par le tribunal — [,] pourrait se prolonger bien au-delà du mois d'août 2017 »⁹⁵.

33. L'argument du Pakistan n'était pas convaincant. En effet, le caractère d'urgence ne devait pas être apprécié au regard du nombre de semaines ou de mois qui pouvaient s'écouler avant l'exécution de M. Jadhav; il devait l'être en recherchant s'il était probable que les droits revendiqués par l'Inde au fond subissent un préjudice irréparable *pendente lite*. Dès lors qu'il existait un risque réel que M. Jadhav puisse être exécuté avant que la Cour ne se prononce définitivement sur le présent différend, il importait peu de savoir si l'exécution de l'intéressé interviendrait dans un délai de quelques jours, de deux semaines, de deux mois ou de deux ans. Ainsi, dans l'hypothèse d'un délai de deux ans pour que la Cour rende son arrêt en l'affaire, il aurait été urgent d'indiquer des mesures conservatoires s'il était probable que M. Jadhav soit exécuté dans ce même délai.

34. Le problème n'était cependant pas seulement que M. Jadhav risquait d'être exécuté de manière imminente, mais, plus particulièrement, que le Pakistan continuait de refuser aux autorités consulaires indiennes de communiquer avec l'intéressé, et ce, en violation *prima facie* de l'article 36 de la convention de Vienne. Ce refus persistant constituait déjà une violation continue dudit instrument. Il était donc permis de considérer qu'il avait déjà été porté préjudice aux droits que l'Inde tient du paragraphe 1 de l'article 36. Si M. Jadhav avait été exécuté, ce préjudice serait devenu irréparable. Toutefois, même s'il est sursis à cette exécution pendant la durée de l'instance devant la Cour, le refus persistant de permettre à l'Inde d'entrer en communication avec son ressortissant par l'entremise de ses autorités consulaires porterait un préjudice irréparable aux droits de cet Etat. Faute de pouvoir communiquer avec son ressortissant, l'Inde

⁹³ CR 2017/5, p. 24, par. 26 (Salve).

⁹⁴ CR 2017/6, p. 15 (Qureshi).

⁹⁵ *Ibid.* p. 10, par. 16 (Faisal).

custody. The facts alleged by India show that there is a real and imminent risk of irreparable prejudice to the rights it asserts on the merits.

Link between the Rights Invoked and the Provisional Measures Requested

35. In *Certain Activities*, the Court stated that “a link must exist between the rights which form the subject of the proceedings before the Court on the merits of the case and the provisional measures being sought”⁹⁶. Similarly, in *Belgium v. Senegal* the Court held that “a link must . . . be established between the provisional measures requested and the rights which are the subject of the proceedings before the Court as to the merits of the case”⁹⁷. India is requesting the Court to indicate the following provisional measures:

- (a) that Pakistan take all measures necessary to ensure that Mr. Kulbhushan Sudhir Jadhav is not executed;
- (b) that Pakistan report to the Court the action it has taken in pursuance of such measures necessary to ensure that Mr. Kulbhushan Sudhir Jadhav is not executed;
- (c) that Pakistan ensure that no action is taken that might prejudice the rights of India or Mr. Kulbhushan Sudhir Jadhav with respect to any decision the Court may render on the merits of the case.

36. On their face, such measures appear to be linked to the rights claimed by India on the merits, namely the rights arising under Article 36 of the VCCR. This is similarly supported by the provisional measures ordered in *Avena*, *LaGrand*, and *Breard*. In each of these three cases, the Court indicated that the United States of America take all measures necessary to ensure that the foreign nationals concerned were not executed pending the final judgment⁹⁸. India requested the Court to indicate this very same provisional measure in respect of Mr. Jadhav⁹⁹. In addition, in *Avena* the Court also indicated that the United States of America “shall

⁹⁶ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 18, para. 54.

⁹⁷ *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 151, para. 56.

⁹⁸ *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 9 April 1998, I.C.J. Reports 1998, p. 258, para. 41; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I.C.J. Reports 1999 (I), p. 16, para. 29; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 5 February 2003, I.C.J. Reports 2003, pp. 91-92, para. 59.

⁹⁹ Request for provisional measures, para. 22 (a).

ne pourrait en effet contribuer à la défense de celui-ci dans le cadre de la procédure judiciaire en cours au Pakistan, ni s'assurer que l'intéressé soit traité humainement pendant sa détention. Les faits allégués par l'Inde montraient donc qu'il existait un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits qu'elle revendique au fond.

Lien entre les droits invoqués et les mesures conservatoires sollicitées

35. Dans l'affaire relative à *Certaines activités*, la Cour a précisé qu'« un lien [devait] exister entre les droits qui font l'objet de l'instance pendante devant [elle] sur le fond de l'affaire et les mesures conservatoires sollicitées »⁹⁶. De même, en l'affaire *Belgique c. Sénégal*, elle a jugé « qu'un lien [devait] être établi entre les mesures conservatoires sollicitées et les droits qui font l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur le fond de l'affaire »⁹⁷. L'Inde demandait à la Cour d'indiquer les mesures conservatoires suivantes :

- a) que le Pakistan prenne toutes les mesures nécessaires pour que M. Kulbhushan Sudhir Jadhav ne soit pas exécuté ;
- b) que le Pakistan porte à la connaissance de la Cour les mesures qu'il aurait prises pour que M. Kulbhushan Sudhir Jadhav ne soit pas exécuté ;
- c) que le Pakistan fasse en sorte qu'il ne soit prise aucune mesure qui puisse porter atteinte aux droits de la République de l'Inde ou de M. Kulbhushan Sudhir Jadhav en ce qui concerne toute décision que la Cour pourrait prendre sur le fond de l'affaire.

36. A première vue, ces mesures semblaient bel et bien liées aux droits revendiqués par l'Inde au fond, à savoir ceux qui découlent de l'article 36 de la convention de Vienne. Cela était étayé par les mesures conservatoires qui avaient été indiquées dans les affaires *Avena*, *LaGrand* et *Breard*. Dans chacune de ces affaires, la Cour a en effet indiqué que les Etats-Unis d'Amérique devaient prendre toutes les mesures nécessaires pour que les ressortissants étrangers ne soient pas exécutés avant qu'elle ne rende son arrêt au fond⁹⁸. L'Inde priait la Cour d'indiquer exactement la même mesure en ce qui concerne M. Jadhav⁹⁹. Dans l'affaire *Avena*, la Cour a

⁹⁶ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 18, par. 54.

⁹⁷ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 151, par. 56.

⁹⁸ *Application de la convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 258, par. 41 ; *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 16, par. 29 ; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 5 février 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 91-92, par. 59.

⁹⁹ Demande en indication de mesures conservatoires, par. 22 a).

inform the Court of all measures taken in implementation of [the Order]¹⁰⁰. India also requested the Court to indicate this provisional measure¹⁰¹, which previous jurisprudence suggests to be linked to the rights India claims on the merits.

CONCLUSION

37. In its request for provisional measures, India stated that “[i]nternational law recognizes the sanctity of human life”¹⁰². In cases in which a foreign national is arrested, convicted and sentenced to death, the right to consular access, and to seek the assistance of their home country “fulfils the aspiration of a fair trial in a foreign state”¹⁰³. I agree with this statement.

38. A clear case has been made out for the indication of provisional measures in accordance with Article 41 of the Court’s Statute. Consequently, Mr. Kulbhushan Sudhir Jadhav shall not be executed during the pendency of these proceedings before the Court.

(Signed) Dalveer BHANDARI.

¹⁰⁰ *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Provisional Measures, Order of 5 February 2003*, *I.C.J. Reports 2003*, p. 92, para. 59.

¹⁰¹ Request for provisional measures, para. 22 (b).

¹⁰² *Ibid.*, para. 17.

¹⁰³ *Ibid.*

en outre décidé que les Etats-Unis d'Amérique «portera[ient] à [sa] connaissance ... toute mesure prise en application de [l']ordonnance»¹⁰⁰. Cette mesure conservatoire, dont la jurisprudence donnait à penser qu'elle était effectivement liée aux droits que l'Inde revendique au fond, figurait elle aussi parmi celles qui étaient sollicitées en la présente espèce¹⁰¹.

CONCLUSION

37. Dans sa demande en indication de mesures conservatoires, l'Inde a déclaré que «le droit international reconnai[ssait] le caractère sacré de la vie humaine»¹⁰². Dans des affaires dans lesquelles un ressortissant étranger est arrêté, détenu et condamné à mort, son droit de communiquer avec ses autorités consulaires et de solliciter l'aide de son pays d'origine «conditionne [l']impartialité» de son procès¹⁰³. Je souscris à cette déclaration.

38. En la présente espèce, des arguments de poids avaient été présentés en faveur de l'indication de mesures conservatoires au titre de l'article 41 du Statut de la Cour. En conséquence, M. Kulbhushan Sudhir Jadhav ne devait pas être exécuté *pendente lite*.

(Signé) Dalveer BHANDARI.

¹⁰⁰ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 5 février 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 92, par. 59.*

¹⁰¹ Demande en indication de mesures conservatoires, par. 22 b).

¹⁰² *Ibid.*, par. 17.

¹⁰³ *Ibid.*