

DECLARATION OF JUDGE IWASAWA

Applicability of the clean hands doctrine to the present case — Anti-terrorism conventions also require consular access to be granted without delay — Relationship between the Vienna Convention and subsequent agreements — If the 2008 Agreement was intended to allow limitation of consular access in cases of espionage, Article 36 of the Vienna Convention would prevail over the 2008 Agreement.

1. I have voted in favour of all the Court’s findings in the operative paragraph (Judgment, para. 149) and agree for the most part with the reasoning set out in the Judgment. I offer here additional explanations for my support for the findings and set forth my views on some issues not dealt with by the Court in the Judgment.

I. THE CLEAN HANDS DOCTRINE

2. The Court rejected an objection based on the clean hands doctrine five months ago in *Certain Iranian Assets*. In that case, the Court noted that “the United States has not argued that Iran, through its alleged conduct, has violated the Treaty of Amity, upon which its Application is based”, and then declared that

“[w]ithout having to take a position on the ‘clean hands’ doctrine, the Court considers that, even if it were shown that the Applicant’s conduct was not beyond reproach, this would not be sufficient per se to uphold the objection to admissibility raised by the Respondent on the basis of the ‘clean hands’ doctrine” (*Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2019*, p. 44, para. 122; see also *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 38, para. 47; *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 2017*, p. 52, para. 142).

3. In the present case, Pakistan gives three grounds for its objection based on the clean hands doctrine: the fact that India provided Mr. Jad-

DÉCLARATION DE M. LE JUGE IWASAWA

[Traduction]

Applicabilité en l'espèce de la doctrine des « mains propres » — Conventions antiterroristes prévoyant elles aussi que l'Etat de résidence doit permettre sans retard la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi — Rapport entre la convention de Vienne sur les relations consulaires et les accords ultérieurs — Article 36 de la convention de Vienne l'emportant sur les dispositions de l'accord de 2008 même si celui-ci avait été conclu dans l'intention de limiter l'exercice du droit d'un ressortissant de l'Etat d'envoi de communiquer avec les autorités consulaires de son pays s'il est soupçonné d'espionnage.

1. J'ai voté pour toutes les conclusions énoncées par la Cour dans le dispositif de son arrêt (par. 149) et partage pour l'essentiel le raisonnement sur lequel elles sont fondées. Je me propose d'exposer dans la présente déclaration les raisons qui, outre celles invoquées par la Cour dans son raisonnement, m'ont amené à souscrire à ses conclusions, et d'exprimer ma position sur certaines questions que la Cour n'a pas abordées dans son arrêt.

I. LA DOCTRINE DES « MAINS PROPRES »

2. Il y a cinq mois, la Cour a rejeté une exception préliminaire d'irrecevabilité fondée sur la doctrine des « mains propres » en l'affaire relative à *Certains actifs iraniens*. Dans son arrêt, elle a dit que « les Etats-Unis n'[avaient] pas soutenu que, par son comportement, l'Iran aurait violé le traité d'amitié sur lequel il fond[ait] sa requête », et a ensuite déclaré ce qui suit :

« Sans avoir à prendre position sur la doctrine des « mains propres », la Cour considère que, même s'il était démontré que le comportement du demandeur n'était pas exempt de critique, cela ne suffirait pas pour accueillir l'exception d'irrecevabilité soulevée par le défendeur sur le fondement de la doctrine des « mains propres » (*Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 38, par. 47; *Délimitation maritime dans l'océan Indien (Somalie c. Kenya)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2017, p. 52, par. 142). » (*Certains actifs iraniens (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019, p. 44, par. 122.)

3. En la présente affaire, le Pakistan a cité trois raisons qui l'avaient conduit à soulever une exception d'irrecevabilité fondée sur la doctrine

hav with an authentic Indian passport bearing a false identity; India's failure to provide any substantive response to Pakistan's request for mutual legal assistance; and the fact that India sent Mr. Jadhav into the territory of Pakistan to conduct espionage and terrorist activities. These allegations do not relate to the Vienna Convention on Consular Relations (VCCR) upon which India's Application is based. In the circumstances of the present case, as in *Certain Iranian Assets*, I agree that Pakistan's objection based on the clean hands doctrine does not by itself render India's Application inadmissible (see Judgment, para. 61). An objection based on the clean hands doctrine may make an application inadmissible only in exceptional circumstances.

II. THE RIGHT TO CONSULAR ACCESS

4. Subsequent to the conclusion of the VCCR in 1963, States have concluded a number of anti-terrorism conventions in which they have included the right of a person suspected of terrorism to have access without delay to the representative of the State of which he is a national. For example, the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation of 1971 provides that "[a]ny person in custody [for the purpose of prosecution or extradition for an offence under the Convention] shall be assisted in communicating immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he is a national" (Art. 6, para. 3). Comparable provisions are also found in the Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft, of 1963 (Art. 13, para. 3), the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, of 1973 (Art. 6, para. 2), the International Convention against the Taking of Hostages, of 1979 (Art. 6, para. 3), the Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, of 1994 (Art. 17, para. 2), the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, of 1997 (Art. 7, para. 3), the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, of 1999 (Art. 9, para. 3) and the International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism, of 2005 (Art. 10, para. 3). In the present case, Mr. Jadhav was charged with espionage and terrorism. Although they are different crimes, they have in common that the receiving State may be inclined to delay consular access in both cases. The aforementioned conventions nevertheless require that consular access be granted without delay in cases of terrorism. According to the rules of treaty interpretation reflected in the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), together with the context, subsequent practice in the

des «mains propres»: la délivrance par l'Inde à M. Jadhav d'un passeport authentique établi à un faux nom; le refus de l'Inde de répondre sur le fond aux demandes d'entraide judiciaire qu'il lui avait adressées; et le fait que l'Inde avait selon lui envoyé M. Jadhav au Pakistan pour qu'il s'y livre à des activités d'espionnage et des activités terroristes. Ces allégations sont sans rapport avec la convention de Vienne sur les relations consulaires (ci-après «la convention de Vienne»), sur laquelle l'Inde a fondé sa requête. Vu les circonstances de la présente affaire, je conviens, au terme du même raisonnement que celui suivi par la Cour en l'affaire relative à *Certains actifs iraniens*, que l'invocation par le Pakistan de la doctrine des «mains propres» ne suffisait pas en elle-même à justifier que la Cour accueille l'exception d'irrecevabilité de la requête de l'Inde soulevée par lui (voir le paragraphe 61 du présent arrêt). Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'une exception fondée sur la doctrine des «mains propres» peut être retenue.

II. LE DROIT À LA COMMUNICATION ENTRE LES AUTORITÉS CONSULAIRES ET LES RESSORTISSANTS DE L'ÉTAT D'ENVOI

4. Plusieurs conventions antiterroristes postérieures à la convention de Vienne disposent qu'une personne soupçonnée de terrorisme a le droit d'entrer sans retard en communication avec des représentants de l'Etat dont elle a la nationalité. Par exemple, la convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, conclue en 1971, prévoit ce qui suit: «Toute personne détenue [aux fins de poursuites ou d'extradition pour des infractions visées par la présente convention] peut communiquer immédiatement avec le plus proche représentant qualifié de l'Etat dont elle a la nationalité.» (Art. 6, par. 3.) Des dispositions similaires figurent dans la convention de 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs (art. 13, par. 3), la convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale (art. 6, par. 2), la convention internationale de 1979 contre la prise d'otages (art. 6, par. 3), la convention de 1994 sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 17, par. 2), la convention internationale de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (art. 7, par. 3), la convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme (art. 9, par. 3) et la convention internationale de 2005 pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (art. 10, par. 3). En la présente affaire, M. Jadhav a été inculpé pour espionnage et terrorisme. Bien que différents, ces deux crimes ont un point commun, à savoir que l'Etat de résidence peut être porté à retarder l'entrée en communication des personnes qui en sont accusées avec les autorités consulaires de l'Etat d'envoi. Néanmoins, les conventions susmentionnées disposent que des personnes accusées de terrorisme doivent pouvoir entrer sans retard en communication avec les autorités consu-

application of the treaty (Art. 31 (3) (*b*)) and any relevant rules of international law (Art. 31 (3) (*c*)) should be taken into account, and recourse may be had to supplementary means of interpretation (Art. 32). In my view, the anti-terrorism conventions offer helpful guidance on the practice of the parties to the VCCR in respect of consular access, thus providing additional support for the interpretation that Article 36 of the VCCR requires consular access without delay also for persons suspected of espionage.

III. ARTICLE 73, PARAGRAPH 2, OF THE VIENNA CONVENTION ON CONSULAR RELATIONS

5. Article 73 of the VCCR addresses the relationship between the Convention and agreements concluded between certain of its parties. It deals with *prior* agreements in paragraph 1 and *subsequent* agreements in paragraph 2.

6. Paragraph 1 provides: “The provisions of the present Convention shall not affect other international agreements in force as between States parties to them.” Until 1963, when the VCCR was adopted, consular issues were mostly regulated by a network of bilateral agreements whose content varied. The drafters of Article 73, paragraph 1, intended prior international agreements to remain intact. It is clear from this provision that if the VCCR conflicts with a prior agreement, the prior agreement prevails.

7. Paragraph 2 relates to subsequent agreements. Given that consular matters were regulated by bilateral agreements in various ways, the purpose of the VCCR was to set, to the extent possible, uniform and minimum standards on consular relations, especially on the privileges and immunities of consular officers. It is in this context that Article 73, paragraph 2, provides: “Nothing in the present Convention shall preclude States from concluding international agreements confirming or supplementing or extending or amplifying the provisions thereof.” This provision authorizes the parties to the VCCR to conclude subsequent agreements “confirming or supplementing or extending or amplifying” the provisions of the VCCR. Thus, States may conclude agreements which would regulate matters not dealt with by the VCCR or facilitate the application of the VCCR, such as those stipulating the location of consular posts and the number of consular staff. States may

lares de leur pays. Selon les règles d'interprétation énoncées dans la convention de Vienne sur le droit des traités, un traité doit être interprété en tenant compte, en même temps que du contexte, de toute pratique ultérieure suivie dans son application (art. 31, par. 3, alinéa *b*)), ainsi que de toute règle pertinente de droit international (art. 31, par. 3, alinéa *c*)), en employant au besoin des moyens d'interprétation complémentaires (art. 32). A mon avis, les conventions antiterroristes sont un bon indicateur de la pratique que les Etats parties à la convention de Vienne sur les relations consulaires ont suivie en matière de communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi, et cette pratique vient étayer l'interprétation selon laquelle la disposition de l'article 36 de la convention prévoyant que l'Etat de résidence doit permettre sans retard aux ressortissants de l'Etat d'envoi de communiquer avec les autorités consulaires de celui-ci s'applique également aux personnes soupçonnées d'espionnage.

III. LE PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE 73 DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LES RELATIONS CONSULAIRES

5. L'article 73 de la convention de Vienne traite du rapport entre celle-ci et les accords conclus entre certains de ses Etats parties. Son paragraphe 1 porte sur les accords *antérieurs* à la conclusion de la convention, et son paragraphe 2 sur les accords *ultérieurs*.

6. Le paragraphe 1 de l'article est libellé comme suit : « Les dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte aux autres accords internationaux en vigueur dans les rapports entre les Etats parties à ces accords. » Jusqu'à la conclusion en 1963 de la convention de Vienne, les questions consulaires étaient essentiellement régies par un entrelacs d'accords bilatéraux dont le contenu n'était pas uniforme. Les rédacteurs du paragraphe 1 de l'article 73 ont voulu que les accords internationaux antérieurs restent intacts. Il est clair que, selon ce paragraphe, c'est l'accord antérieur qui l'emporte sur la convention s'il est en conflit avec elle.

7. Le paragraphe 2 de l'article porte sur les accords ultérieurs. Etant donné que, avant sa conclusion, les questions consulaires étaient régies par un ensemble hétéroclite d'accords bilatéraux, la convention de Vienne a été conçue dans le but de fixer, dans la mesure du possible, des règles minima uniformes, en particulier pour ce qui concerne les privilèges et immunités des fonctionnaires consulaires. C'est compte tenu de ce contexte que le paragraphe 2 de l'article 73 a été rédigé dans les termes suivants : « Aucune disposition de la présente convention ne saurait empêcher les Etats de conclure des accords internationaux confirmant, complétant ou développant ses dispositions, ou étendant leur champ d'application. » Cette disposition permet aux Etats parties de conclure des accords ultérieurs « confirmant, complétant ou développant ses dispositions, ou étendant leur champ d'application ». Les Etats peuvent donc conclure des accords régissant des questions qui ne sont pas traitées dans

also conclude agreements which would raise the standards between them, for example by conferring more extensive privileges and immunities.

8. Article 73, paragraph 2, sets out conditions to be fulfilled by subsequent agreements in order for them to be legitimate under the VCCR. They must only confirm, supplement, extend or amplify the provisions of the VCCR. Subsequent agreements not meeting these conditions are “preclude[d]” by Article 73, paragraph 2. Thus, in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms in their context and in the light of the object and purpose of the VCCR, Article 73, paragraph 2, should be interpreted as not allowing the parties to the VCCR to conclude subsequent agreements which would derogate from the obligations of the VCCR.

9. This interpretation of Article 73, paragraph 2, is confirmed by the *travaux préparatoires* of the VCCR. Paragraph 2 has its origin in an amendment to Article 73 proposed by India at the Vienna Conference in 1963. During the discussion, the amendment was understood as limiting “the scope of future agreements to provisions which confirmed, supplemented, extended or amplified those of the multilateral convention” (*Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations, Vienna, 4 March-22 April 1963* (United Nations, doc. A/CONF.25/16), Vol. I, p. 235, para. 26 (Chile)). India itself explained that “[a] new convention could supplement, extend or amplify the provisions of the multilateral convention, but it must not reverse those provisions”, because “[i]t was undesirable to leave States free to contract out of the basic rules of international law laid down in order to rationalize and harmonize consular law” (*ibid.*, p. 234, paras. 11-12 (India)).

10. Moreover, the interpretation indicated above is in line with the account given by the International Law Commission (ILC) in 1966, three years after the adoption of the VCCR, in its commentary to draft Article 30 of the VCLT. The ILC stated that some clauses inserted in treaties for the purpose of determining the relation of their provisions to those of other treaties entered into by the contracting States, such as

“paragraph 2 of article 73 of the Vienna Convention of 1963 on Consular Relations, which recognizes the right to *supplement* its provisions by bilateral agreements, merely confirm the legitimacy of bilateral agreements which do not derogate from the obligations of the general Convention” (*Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 214, para. 4, emphasis in the original).

la convention, ou ayant pour but d'en faciliter l'application, comme c'est le cas des accords précisant l'emplacement de tous les postes consulaires des parties et indiquant le nombre de fonctionnaires consulaires affectés à chacun. Ils peuvent aussi conclure des accords établissant entre eux des règles qui vont au-delà de celles prévues par la convention, par exemple pour étendre les privilèges et immunités des fonctionnaires consulaires.

8. Le paragraphe 2 de l'article 73 fixe les conditions auxquelles doivent satisfaire les accords ultérieurs pour qu'ils soient compatibles avec la convention. Ces accords ne peuvent que confirmer, compléter ou développer ses dispositions, ou en étendre le champ d'application. Le paragraphe 2 «exclut» donc la conclusion d'accords ultérieurs qui ne rempliraient pas ces conditions. Interprété suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de la convention de Vienne, le paragraphe 2 de l'article 73 de celle-ci ne permet donc pas aux Etats parties de conclure des accords ultérieurs qui dérogeraient aux obligations qu'elle impose.

9. Cette interprétation du paragraphe 2 de l'article 73 est confirmée par les travaux préparatoires de la convention. Ce qui est devenu le paragraphe 2 de l'article 73 était à l'origine un amendement à cet article proposé par l'Inde pendant la conférence tenue à Vienne en 1963. Il ressort du débat sur cet amendement qu'il était entendu comme ayant pour objet de limiter «la portée des accords futurs aux dispositions qui confirment, complètent ou développent celles de la convention multilatérale, [ou] étend[ent] leur champ d'application» (*Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, Vienne, 4 mars-22 avril 1963* (Nations Unies doc. A/CONF.25/16), vol. I, p. 252, par. 26 (Chili)). L'Inde a elle-même expliqué qu'«[u]ne nouvelle convention pourrait ... compléter, élargir ou développer les dispositions de la convention multilatérale, mais ... ne devrait pas les rendre inopérantes», parce qu'il était «contre-indiqué de laisser les Etats libres de se soustraire par contrat aux règles fondamentales du droit international, qui ont été posées pour rendre le droit consulaire plus rationnel et pour l'harmoniser» (*ibid.*, p. 251, par. 11-12 (Inde)).

10. Qui plus est, l'interprétation indiquée ci-dessus est confirmée par ce que la Commission du droit international (CDI) en a dit en 1966, trois ans après l'adoption de la convention, dans son commentaire du projet d'article 30 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Elle a dit que certaines clauses inscrites dans des traités en vue d'établir le rapport entre leurs dispositions et celles d'autres traités conclus par les Etats contractants qui,

«comme celle qui figure au paragraphe 2 de l'article 73 de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires et qui reconnaît que les parties ont le droit de *compléter* les dispositions de la convention par des accords bilatéraux, ne font que confirmer la légitimité des accords bilatéraux qui ne dérogent pas aux obligations découlant de la convention générale» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 234, par. 4; les italiques sont dans l'original).

11. The VCLT contains Article 30 on the “Application of successive treaties relating to the same subject-matter” and Article 41 on “Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only”. These provisions set forth rules on the relationship between successive treaties relating to the same subject-matter. Article 41, in particular, sheds light on the relationship between a prior multilateral treaty and a subsequent agreement concluded between certain of its parties and on the role that Article 73, paragraph 2, of the VCCR may play in this regard. Thus, Articles 30 and 41 of the VCLT are relevant to the examination of the relationship between the VCCR and the 2008 Agreement. In fact, both Parties in this case referred to Article 41 of the VCLT in their arguments. However, as neither India nor Pakistan is a party to the VCLT, I only mention Articles 30 and 41 of the VCLT in passing and refrain from discussing them in detail in this declaration.

12. A subsequent agreement which derogates from the obligations of the VCCR would not be invalidated because it does not meet the conditions set forth in Article 73, paragraph 2. In the discussion held by the ILC on the effects of subsequent agreements not meeting the conditions stipulated in Article 41 of the VCLT, it was generally agreed that such agreements would not be invalidated. While they are not invalidated, they are inapplicable between the parties concerned. Article 73, paragraph 2, of the VCCR allows only subsequent agreements meeting certain conditions. A subsequent agreement not meeting those conditions should not prevail over the VCCR. Otherwise, the purpose of limiting the scope of subsequent agreements to those meeting certain conditions would be defeated. Thus, if a subsequent agreement derogates from the obligations of the VCCR, the VCCR prevails over the agreement and is applied to the relations between the parties concerned. These conclusions would also find support in the rules set forth in Article 41 of the VCLT.

13. Accordingly, in my view, even assuming *arguendo* that the 2008 Agreement was intended to allow limitation of consular access in cases of espionage, Article 36 of the VCCR would prevail over the 2008 Agreement and would apply in the relations between India and Pakistan.

(Signed) Yuji IWASAWA.

11. Les articles 30 et 41 de la convention de Vienne sur le droit des traités portent respectivement sur l'«application de traités successifs portant sur la même matière» et les «accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement». Ces dispositions régissent les rapports entre les traités successifs portant sur la même matière. L'article 41 éclaire en particulier le rapport entre un traité multilatéral et un accord conclu ultérieurement par certaines des parties à ce traité, ainsi que le rôle que le paragraphe 2 de l'article 73 de la convention de Vienne sur les relations consulaires peut jouer pour la détermination de ce rapport. Les articles 30 et 41 de la convention de Vienne sur le droit des traités sont donc pertinents aux fins de l'examen du rapport entre la convention de Vienne sur les relations consulaires et l'accord de 2008. D'ailleurs, les Parties à la présente instance ont toutes deux invoqué l'article 41 de la convention sur le droit des traités, bien que ni l'une ni l'autre n'y soit partie. Je ne mentionne qu'au passage les articles 30 et 41 de cette convention et n'ai pas l'intention de les analyser ici en détail.

12. Un accord ultérieur qui dérogerait aux obligations prévues par la convention de Vienne sur les relations consulaires, et ne satisferait donc pas aux conditions énoncées au paragraphe 2 de son article 73, ne pourrait pas pour autant être déclaré invalide. En effet, les membres de la Commission du droit international, lorsqu'ils ont examiné les effets des accords ultérieurs qui ne remplissaient pas les conditions posées à l'article 41 de la convention de Vienne sur le droit des traités, ont jugé dans leur majorité que ces accords ne seraient pas pour autant invalidés. Néanmoins, même s'ils restent valides, de tels accords sont inapplicables entre deux parties à la convention de Vienne sur les relations consulaires, faute de satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe 2 de son article 73. Un accord ultérieur ne remplissant pas ces conditions ne saurait l'emporter sur les dispositions de la convention. S'il en était autrement, il ne servirait à rien de stipuler des conditions limitant la portée des accords ultérieurs. Si un accord ultérieur déroge aux obligations prévues par la convention de Vienne, c'est donc celle-ci qui l'emporte entre les Etats parties concernés. Ces conclusions sont aussi corroborées par les règles énoncées à l'article 41 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

13. Au vu de ce qui précède, je considère que, à supposer même, pour les besoins de la démonstration, que l'accord de 2008 ait été conclu dans l'intention de permettre de limiter l'exercice du droit à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi en cas d'espionnage, le paragraphe 36 de la convention de Vienne l'emporterait sur lui et s'appliquerait dans les relations entre l'Inde et le Pakistan.

(Signé) Yuji IWASAWA.