

Note: Cette traduction a été établie par le Greffe à des fins internes et n'a aucun caractère officiel

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

**AFFAIRE JADHAV
(INDE c. PAKISTAN)**

CONTRE-MÉMOIRE DE LA RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE DU PAKISTAN

13 décembre 2017

[Traduction du Greffe]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Page</i>
I. INTRODUCTION ET RÉSUMÉ	1
II. CONTEXTE FACTUEL.....	5
L'arrestation.....	5
Les aveux d'actes d'espionnage et d'activités terroristes	6
La notification de l'arrestation à l'Inde.....	7
Le dépôt de la plainte et l'ouverture de la procédure pénale	8
L'Inde identifie le commandant Jadhav	9
Les aveux devant un magistrat.....	10
Le Pakistan sollicite l'assistance de l'Inde pour son enquête relative aux activités terroristes	12
La condamnation et la peine	14
Déclaration à la presse du conseiller pour les affaires étrangères auprès du premier ministre du Pakistan	18
L'introduction par l'Inde de la présente instance.....	22
La suite des aveux du commandant Jadhav	24
III. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES FAISANT OBSTACLE À CE QUE LA COUR EXERCE SA COMPÉTENCE EN LA PRÉSENTE ESPÈCE	30
A. Abus de procédure.....	31
i) Quelques faits importants	32
ii) Le «piège» de l'Inde consistant à éviter les mécanismes de règlement des différends du protocole de signature facultative.....	34
Conclusion	36
B. Abus de droit/absence de bonne foi.....	36
i) Les principes juridiques.....	36
ii) L'abus.....	40
iii) Les violations du droit international public commises par l'Inde.....	41
C. <i>Ex turpi causa</i> (illicéité), principe des mains sales, <i>ex injuria jus non oritur</i>	44
Le 23 janvier 2017 et ultérieurement — Les demandes ont été ignorées	50
L'utilisation, par le commandant Jadhav, d'un passeport indien authentique sous le couvert d'une fausse identité.....	51
Le rapport Westgate	52
<i>Ex turpi causa</i>	53
IV. EN OUTRE, OU À TITRE SUBSIDIAIRE, MÊME S'IL EST SATISFAIT AUX CRITÈRES RÉGISSANT LA COMPÉTENCE DE LA COUR, LES QUESTIONS PRÉLIMINAIRES DEVRAIENT FAIRE OBSTACLE À L'OCTROI DE TOUTE RÉPARATION	54
V. LA CONVENTION DE VIENNE SUR LES RELATIONS CONSULAIRES DE 1963 N'EST PAS APPLICABLE	57
A. L'Inde n'a pas établi la nationalité du commandant Jadhav	61

Preuve de la nationalité — un passeport valide	61
B. La convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 ne trouve pas à s'appliquer dans les affaires d'espionnage.....	67
Le contexte historique des relations consulaires.....	68
L'historique de la convention de Vienne de 1963	68
Travaux préparatoires	70
Le droit international coutumier à l'époque de la convention de Vienne de 1963 : la pratique des Etats	74
VI. EN OUTRE, OU À TITRE SUBSIDIAIRE, DANS L'HYPOTHÈSE OÙ LA CONVENTION DE VIENNE SUR LES RELATIONS CONSULAIRES DE 1963 S'APPLIQUERAIT, LE PAKISTAN N'A COMMIS AUCUNE VIOLATION EN LA PRÉSENTE ESPÈCE.....	83
A. Les dispositions spécifiques de la convention de Vienne de 1963.....	83
La communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi n'est pas immédiatement requise	85
B. L'accord bilatéral de 2008 entre l'Inde et le Pakistan	87
Contexte	87
L'interaction entre la convention de Vienne de 1963 et l'accord de 2008	92
L'enregistrement de l'accord de 2008	96
Conclusions.....	97
VII. LES REMÈDES SOLLICITÉS PAR L'INDE SONT HORS DE SA PORTÉE OU INAPPROPRIÉS	98
Introduction.....	98
L'Inde simplifie à tort la nature et la portée des réparations.....	99
La Cour n'est pas une juridiction d'appel en matière criminelle	100
Les raisons pour lesquelles il n'existe pas de remède prévoyant de rétablir le <i>statu quo</i> en cas de violation de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires.....	103
L'invocation par l'Inde du principe énoncé en l'affaire de l' <i>Usine de Chorzów</i> n'est pas appropriée	105
«Réexamen et revision»	107
Les modalités/conditions du «réexamen et [de] la revision»	113
Les spécialistes du droit militaire : le rapport Paphiti/Garraway	114
Le commandant Jadhav a accès aux procédures pakistanaises de recours en grâce et il en fait usage	117
Le «réexamen et la revision» par les autorités judiciaires pakistanaises	119
VIII. CONCLUSIONS.....	122
CERTIFICATION.....	124
LISTE DES ANNEXES	124

I. INTRODUCTION ET RÉSUMÉ

1. La République islamique du Pakistan (ci-après le «Pakistan») a l'honneur de soumettre le présent contre-mémoire à la Cour, conformément à l'ordonnance de procédure que celle-ci a rendue le 13 juin 2017.

2. Le 8 mai 2017, la République de l'Inde (ci-après l'«Inde») a introduit une instance devant la Cour et déposé une demande en indication de mesures conservatoires, dans laquelle elle soutenait (au paragraphe 3) que «les autorités du Pakistan [avaient] 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 [sur les relations consulaires de 1963], de communiquer avec lui par l'entremise de ses autorités consulaires» (ci-après la «convention de Vienne de 1963» et l'«article 36»).

3. Le Pakistan rejette toute allégation selon laquelle il aurait manqué à quelque obligation lui incombant au regard du droit international public.

4. C'est l'Inde qui est tenue d'apporter la preuve de l'ensemble des faits et autres éléments sur lesquels elle s'appuie dans la requête, le mémoire et les demandes qu'elle a présentés, sauf lorsque ces faits et éléments sont expressément reconnus dans le présent contre-mémoire.

5. Les références aux annexes figurant dans cette pièce sont indiquées comme suit : [vol., annexe, p., par.].

Résumé

6. Le Pakistan soutient respectueusement que la requête de l'Inde est irrecevable. Les principaux arguments qu'elle contient ont été présentés le 15 mai 2017, dans le cadre de la procédure orale concernant la demande en indication de mesures conservatoires.

7. Il est donc regrettable que l'Inde n'ait pas utilisé son mémoire pour exposer plus précisément sa position ou s'efforcer de répondre aux arguments avancés par le Pakistan.

- i) L'Inde a cherché à créer de toutes pièces une situation d'«urgence» pour justifier l'indication de mesures conservatoires exceptionnelles sans que ne soient tenues des audiences et s'est délibérément abstenue d'appeler l'attention de la Cour sur certains faits ou éléments importants qui réfutent ses affirmations faisant état de l'exécution «imminente», d'«un jour à l'autre», de la condamnation du commandant Jadhav.
- ii) Il est fort préoccupant et regrettable que l'Inde n'ait pas expliqué comment le commandant Jadhav avait pu entrer au Pakistan en possession d'un authentique passeport indien lui attribuant une fausse identité musulmane. Au lieu de cela, s'appuyant sur le fait que le commandant Jadhav utilisait un faux nom musulman, elle a affirmé que «la question de l'authentification d'un document déclaré faux ne se pos[ait] pas» [vol. 2, annexe 33]. Il s'agit là (au mieux) d'un sophisme dilatoire visant, selon le Pakistan, à dissimuler l'acte illicite dont l'Inde s'est rendue coupable en fournissant au commandant Jadhav un passeport authentique présentant l'intéressé sous une fausse identité musulmane.

- 6 iii) Alors que l'Inde n'a jusqu'à présent fourni aucune explication au sujet du passeport, le Pakistan, quant à lui, a engagé un expert indépendant pour examiner ce document. Cet expert (qui a exercé pendant 13 ans les fonctions de responsable de l'immigration au sein de l'unité chargée de la lutte contre la fraude documentaire du Royaume-Uni) a confirmé que le passeport que possédait (sous un faux nom) le commandant Jadhav était un passeport indien authentique [vol. 7, annexe 141]. Celui-ci a dû être délivré au commandant Jadhav par les autorités indiennes, qui ont certainement attribué à l'intéressé une fausse identité musulmane (pour lui permettre de mener ses activités illicites).
- iv) En outre, l'Inde n'est toujours pas disposée à répondre aux demandes légitimes d'entraide judiciaire que lui a adressées le Pakistan. De fait, le porte-parole du ministère indien des affaires étrangères en personne a, le 13 avril 2017, admis que «[l]es autorités pakistanaises [avaient] demandé assistance [à l'Inde] pour achever [dans l']année l'enquête» concernant le commandant Jadhav [vol. 2, annexe 22, p. 6, par. 7]. Rien ne justifie de refuser de fournir pareille aide au Pakistan — sauf si l'on souhaite se dérober aux critiques — et de faire obstacle à l'enquête concernant le commandant Jadhav ainsi qu'aux poursuites engagées à son encontre.

8. Les faits et éléments ci-dessus mettent notamment au jour :

- 8.1. un abus de procédure ;
- 8.2. un abus de droit ;
- 8.3. l'illicéité ;
- 8.4. la doctrine des mains propres (*ex turpi causa*).

9. Compte tenu de la gravité et du caractère délibéré des actes et omissions de l'Inde, un simple examen préliminaire devrait suffire à rejeter les demandes que celle-ci a formulées.

10. En outre, ou à titre subsidiaire, les faits et éléments susmentionnés revêtent une pertinence particulière pour examiner l'affirmation de l'Inde selon laquelle le Pakistan a violé la convention de Vienne de 1963, et plus précisément son article 36.

11. L'article 36 ne s'applique pas tant que l'«Etat d'envoi» n'a pas fourni la preuve de la nationalité de la personne en cause.

12. En la présente espèce, alors que l'Inde déclare à présent que le Pakistan a toujours considéré que le commandant Jadhav était un espion d'origine indienne, il serait curieux qu'un passeport établi sous une fausse identité et l'aveu d'une activité illicite permettent à l'«Etat d'envoi» de se soustraire à l'obligation conventionnelle qui lui incombe d'établir la nationalité de la personne possédant ledit passeport. De fait, le porte-parole du ministère des affaires étrangères de l'Inde semble avoir reconnu qu'il s'agissait là d'une obligation puisque, lors de la conférence de presse qu'il a donnée le 13 avril 2017 [vol. 2, annexe 22, p. 3, par. 2], il a notamment indiqué que le fait que le commandant Jadhav est «indien ... avait été communiqué au Pakistan ... plus d'un an» auparavant. Or, à aucun moment (et malgré de nombreux rappels), l'Inde n'a fourni d'éléments prouvant la nationalité indienne du commandant Jadhav, et ce, assurément pour les raisons exposées ci-dessus.

7

13. Ni le droit international coutumier ni la pratique des Etats n'étaient (ou ne le font de manière claire et convaincante) l'assertion selon laquelle l'article 36 s'applique dans le cas d'une personne considérée *prima facie* comme étant coupable d'espionnage, *a fortiori* lorsque celle-ci est en possession d'un passeport authentique lui attribuant une fausse identité et que l'«Etat d'envoi» putatif refuse de fournir quelque explication à cet égard.

14. L'Inde elle-même a défendu l'adoption d'un accord bilatéral, lequel a finalement été conclu et est intitulé «Accord du 21 mai 2008 sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi» [vol. 7, annexe 160]. La clause vi) de cet instrument porte sur les cas spécifiques d'arrestation, de détention ou de condamnation «pour des motifs politiques ou relatifs à la sécurité», et prévoit que chacune des parties peut «examiner l'affaire au fond». Au stade de la demande en indication de mesures conservatoires, l'Inde a affirmé qu'elle n'avait pas invoqué l'accord de 2008, lequel «n'a[vait] pas à entrer en considération» [vol. 1, annexe 5.1, p. 34, par. 66]. Dans son mémoire (par. 89 à 99), elle a soutenu de manière assez vague que, si certaines parties de l'accord de 2008 «complét[ai]ent ou développ[ai]ent» la convention de Vienne de 1963, tel n'était pas le cas de la clause vi).

15. Là encore, pourtant, l'Inde a, le 13 avril 2017, par la voix de son porte-parole, exprimé une position officielle à la fois directe et précise en ce qui concerne son droit d'entrer en communication avec le commandant Jadhav [vol. 2, annexe 22, p. 5, dernier paragraphe] : «L'Inde et le Pakistan ont également conclu un accord bilatéral concernant la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi. Il n'est donc pas simplement question ici d'une pratique internationale, mais d'un accord bilatéral».

16. C'est sans nul doute sur la recommandation de ses conseils que l'Inde cherche à présent à s'écarter de sa position officielle (à savoir qu'elle s'appuyait encore sur l'accord de 2008 moins de trois semaines avant de déposer sa requête devant la Cour). De fait, elle entend désormais soutenir, fort opportunément, qu'il peut être fait abstraction de l'accord de 2008 sur un point essentiel. Or, cet accord était clairement censé produire des effets juridiques et ne peut être considéré que comme développant et complétant les dispositions de la convention de Vienne de 1963, laquelle est autrement applicable entre les deux Etats, dont la relation est parfois tendue.

17. Dans un contexte général d'abus de procédure, l'Inde sollicite une décision de la Cour (prescrivant au Pakistan de prononcer l'«acquittement/ la libération» du commandant Jadhav) dont celle-ci a pourtant indiqué à maintes reprises qu'elle n'était pas de son ressort. Si l'Inde a introduit la présente instance c'est donc pour se livrer à des gesticulations politiques et à une guerre médiatique et cybernétique, son objectif ultime étant d'utiliser la Cour comme une sorte de théâtre.

8

18. De fait, l'Inde emploie également des termes incendiaires pour insinuer que les juridictions militaires du Pakistan s'apparentent à des tribunaux fantoches. Cela est fort regrettable, d'autant que les tribunaux militaires des deux Etats ont la même origine. En outre, d'éminents experts indépendants en droit militaire du Royaume-Uni ont présenté un rapport [vol. 7, annexe 142] dans lequel ils indiquent notamment que les tribunaux militaires du Pakistan «reposent sur des bases ... solides» [vol. 7, annexe 142, p. vi, par. 3. b)], et n'estiment pas que «la compétence des tribunaux militaires du Pakistan en matière d'espionnage ... soit injuste en soi ou autrement abusive» [vol. 7, annexe 142, p. vii, par. 3. c)].

19. Quoi qu'il en soit, même si les arguments de l'Inde étaient fondés (ce qui n'est pas le cas), la Cour (à supposer que l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 s'applique et qu'il ait

été violé, ce que le Pakistan conteste) prescrirait tout au plus au défendeur de procéder au «réexamen et [à la] revision» de la décision en cause.

20. Les tribunaux pakistanais se sont largement acquittés de cette tâche, comme l'a confirmé la Cour suprême dans la décision qu'elle a rendue en l'affaire *Said Zaman Khan v. Federation of Pakistan through Secretary Ministry of Defence, Government of Pakistan* (Civil Petition n° 842 de 2016 [vol. 4, annexe 81, p. 50-52, par. 93 et p. 59-62, par. 103-104], dans laquelle elle a indiqué ce qui suit :

«93. Il est aujourd'hui bien établi en droit, comme cela ressort clairement des arrêts de la présente Cour mentionnés et reproduits plus haut, que les pouvoirs, conférés par l'article 199 de la Constitution de 1973 de la République islamique du Pakistan, de procéder à un réexamen judiciaire de verdicts de culpabilité et de condamnations prononcés par une cour martiale générale ne sont pas identiques, d'un point de vue juridique, aux pouvoirs d'une cour d'appel. Les éléments de preuve produits ne peuvent être analysés en détail pour écarter toute conclusion plausible ou probable à laquelle est parvenue la cour martiale générale, non plus que la Haute Cour ne peut s'aventurer dans la sphère du «fond» de l'affaire. Il lui est cependant toujours possible de s'assurer qu'il n'y a pas absence ou insuffisance de preuves, ni incompétence.»

.....

«103. La nature et l'étendue du pouvoir de procéder à un réexamen judiciaire dans des questions découlant d'une mesure prise conformément à la loi militaire pakistanaise de 1952 ont été largement définis par la présente Cour dans ses différents arrêts susmentionnés. Il est désormais clair que ni la Haute Cour ni elle-même ne peut statuer en recours sur les conclusions de la cour martiale générale, ni se livrer à une analyse des éléments de preuve présentés devant cette dernière ou s'attarder sur le «fond» de l'affaire. Nous avons cependant rapidement parcouru les preuves produites dans l'affaire en cause et la procédure conduite par la cour martiale générale. L'intéressé a plaidé coupable des charges retenues contre lui, plaidoyer qui a été transformé en non-coupable par l'application du droit. L'accusé était passé aux aveux devant un éminent magistrat de l'ordre judiciaire, qui les a recueillis en tant qu'élément de preuve et a témoigné. L'intéressé n'est jamais revenu sur ces aveux. D'autres preuves pertinentes, y compris des dépositions de témoins oculaires, ont également été produites. Les témoins à charge ont fait leurs déclarations sous serment et ont été soumis à un contre-interrogatoire par l'avocat de la défense. La possibilité de produire des éléments de preuve à décharge a été accordée, mais a été refusée. L'accusé a été autorisé à s'adresser à la Cour et a fait une déclaration dans laquelle il a de nouveau avoué sa culpabilité. Dès lors, il ne nous est pas possible de conclure à une absence ou insuffisance de preuves, et l'on ne saurait pas davantage considérer les conclusions auxquelles la cour martiale générale est parvenue comme manifestement déraisonnables ou tout à fait improbables.

9

104. La lecture du dossier de la cour martiale générale fait apparaître qu'il a été satisfait aux règles pertinentes visant à garantir un procès équitable et protéger les droits du détenu. Le résumé des éléments de preuve a été établi et présenté à la cour martiale générale, comme cela ressort du dossier de procédure. Un interprète a été désigné avec le consentement de l'accusé conformément à la règle 91 du règlement relatif à la loi militaire pakistanaise de 1954. La nature de l'infraction dont le détenu était accusé lui a été expliquée, tout comme la peine qu'il encourait, ainsi que le prescrit la règle 95. L'intéressé s'est vu accorder la possibilité de préparer sa défense et d'engager un avocat de la défense civile, s'il le souhaitait, conformément aux

règles 23 et 24. Après qu'il eut renoncé à l'exercice de ce droit, un avocat a été commis pour le défendre en application de la règle 81. L'intéressé a eu la possibilité de s'opposer à la constitution de la cour martiale générale, au procureur ainsi qu'à l'avocat de la défense, conformément à l'article 104 et à la règle 35 ; il n'a soulevé aucune objection à cet égard. Les membres de la cour martiale générale, le procureur, l'avocat de la défense et l'interprète ont dûment prêté serment, comme le prescrivent les règles 36 et 37. Le chef d'accusation a été officiellement formulé et, incidemment, le détenu a plaidé coupable. Cet élément de preuve a été recueilli sous serment. La cour martiale générale a accordé la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire, dont il n'a pas été fait usage, ainsi que celle de produire des éléments de preuve à décharge en vertu de la règle 142, qui a été déclinée. L'intéressé a par ailleurs été autorisé à faire consigner sa propre déclaration et à s'adresser à la Cour conformément à la règle 143, ce qu'il a fait en admettant sa culpabilité. La sentence a été prononcée, et a été ensuite confirmée conformément à l'article 130, et l'appel interjeté a été rejeté par l'autorité compétente. Il apparaît que les dispositions de la loi militaire pakistanaise et du règlement établi en conséquence applicables au procès à l'examen n'ont pas été violées. Même dans le cas contraire, les éventuels défauts de procédure ne pourraient vicier le procès au vu de la règle 132 du règlement relatif à la loi militaire pakistanaise de 1954 ; la Haute Cour n'avait pas non plus compétence pour aborder le domaine des irrégularités de procédure au vu du jugement, désigné *Mrs. Shahida Zahir Abbasi and 4 others* (voir ci-dessus), *a fortiori* parce qu'il ne semble pas qu'un préjudice ait été causé à l'accusé et que l'avocat de la défense n'a pas relevé, ni particulièrement fait valoir, devant la Haute Cour que l'intéressé ait subi pareil préjudice.» (Les italiques sont dans l'original.)

21. En conséquence, la demande présentée par l'Inde (à tous égards, y compris les remèdes sollicités), est (au mieux) audacieuse, au pire abusive, et doit être rejetée.

10

II. CONTEXTE FACTUEL

L'arrestation

22. Le 3 mars 2016, après être illégalement et clandestinement entré au Pakistan depuis le comté de Saravan, en Iran, un homme a été arrêté par les autorités pakistanaises dans le cadre d'une opération de contre-espionnage menée depuis Mashkel au Baloutchistan (vol. 2, annexe 17, p. 15, par. 5). Une carte représentant la région est jointe au présent contre-mémoire (vol. 6, annexe 139).

23. Bien qu'étant en possession d'un passeport indien (n° L9630722, délivré le 12 mai 2015 et expirant le 11 mai 2024) établi au nom musulman de Hussein Mubarak Patel (vol. 2, annexe 17, p. 12-14), l'intéressé a par la suite reconnu ou déclaré être le commandant Kulbhushan Sudhir Jadhav (ci-après le «commandant Jadhav»), officier de la marine indienne portant le numéro matricule 41558Z (vol. 2, annexe 17, p. 15, par. 1 et 3). Il serait né le 30 août 1968 et aurait donc, à la date du présent contre-mémoire, 49 ans (vol. 2, annexe 17, p. 12-14). Si l'Inde a affirmé qu'il était «retraité» de l'armée, le commandant Jadhav a pour sa part indiqué qu'il devait prendre sa retraite en 2022 (ainsi que cela apparaît dans ses premiers aveux, intégralement reproduits ci-après). De fait, il ressort de documents publics accessibles sur l'Internet qu'un officier de son grade ne peut partir à la retraite avant l'âge de 52 ans (vol. 6, annexe 140). L'Inde sera sans nul doute en mesure de confirmer l'exactitude de cette information. Il est donc curieux que, alors que le demandeur a (fort opportunément) affirmé que le commandant Jadhav avait déjà mis fin à sa carrière lorsqu'il a été interpellé pour espionnage au Pakistan, l'intéressé se soit référé à la date à laquelle il aurait le droit de prendre sa retraite — élément qui, bien que paraissant secondaire, n'est peut-être pas sans importance pour démontrer la fiabilité globale de ses aveux — et n'ait cessé de

s'y référer pendant plus d'un an, cette information ne pouvant qu'être utile aux autorités, aux magistrats, ainsi qu'à la Cour et au reste du monde.

24. Malgré l'incertitude qui subsiste par conséquent sur l'identité réelle de l'intéressé, celui-ci sera dénommé le «commandant Jadhav» dans ce contre-mémoire (et aux fins de la présente instance). L'Inde, quant à elle, persiste à affirmer (toujours sans avancer le moindre élément de preuve) qu'il a été «enlevé en Iran, où il résidait et se livrait à des activités commerciales après avoir pris sa retraite de la marine indienne» (mémoire, par. 57).

Les aveux d'actes d'espionnage et d'activités terroristes

25. Ainsi que cela a été rendu public le 25 mars 2016, le commandant Jadhav a, volontairement et de manière circonstanciée, avoué avoir facilité et commis des actes d'espionnage et de terrorisme au Pakistan sur l'ordre du RAW (pour «Research and Analysis Wing»), le principal service de renseignement extérieur de l'Inde. La transcription intégrale de ces aveux est reproduite ci-dessous :

«Transcription des aveux du commandant Kulbhushan Jadhav

11

1. Je suis le commandant Kulbhushan Jadhav, officier d'active portant le numéro matricule 41558Z et ingénieur de combat de la marine indienne. J'ai, sous le nom d'emprunt Hussein Mubarak Patel, collecté des renseignements pour le compte des autorités indiennes.

2. Je suis entré à l'académie de défense nationale en 1987, puis, en 1991, dans la marine indienne, où j'ai servi jusqu'aux alentours de décembre 2001, date de l'attentat commis contre le Parlement indien ; c'est à partir de ce moment-là que j'ai commencé à recueillir des informations et du renseignement sur le sol indien. Je vivais alors dans la ville de Mumbai, en Inde.

3. Je suis actuellement toujours en service et pourrai prendre ma retraite d'officier de la marine indienne en 2022. En 2003, après quatorze années de service, j'ai commencé à mener des opérations de renseignement et ouvert un petit commerce à Chabahar, en Iran. Etant parvenu à établir cette couverture et à me rendre clandestinement à Karachi en 2003 et 2004, et après avoir effectué quelques missions simples en Inde, j'ai été recruté par le RAW fin 2013. Depuis cette date, j'ai dirigé pour son compte différentes activités dans le Baloutchistan et à Karachi visant à fragiliser l'ordre public à Karachi. Je travaillais essentiellement pour M. Anil Kumar Gupta, *Joint Secretary* du service de renseignement extérieur, et pour ses agents au Pakistan, notamment au sein de l'organisation des étudiants baloutches.

4. Mon rôle consistait à établir des contacts avec les insurgés baloutches, qui m'aidaient à mener certaines activités. Il s'agissait d'actes de nature criminelle, antinationale et terroriste qui pouvaient causer des morts et blessés graves au sein de la population civile pakistanaise. J'ai ainsi réalisé que le RAW se livrait à des activités liées au mouvement de libération baloutche au Pakistan et dans la région environnante. Des fonds étaient envoyés par différents contacts ou par d'autres moyens pour alimenter le mouvement et soutenir ses objectifs et activités séparatistes, et les agents du RAW orchestraient des actes criminels et antinationaux pouvant causer des morts et des blessés graves au Pakistan. Ces actes, pour autant que je sache, avaient essentiellement pour cible les ports de Gwadar, Pasni et Jiwani ainsi que d'autres installations de la zone côtière, et ont causé des dégâts matériels importants

au Baloutchistan. Le but était donc d'instaurer, au sein du mouvement de libération baloutche, un état d'esprit criminel susceptible de créer l'instabilité au Pakistan.

5. Poursuivant les objectifs fixés par mes officiers traitants du RAW, j'ai, le 3 mars 2016, tenté d'entrer au Pakistan depuis le comté iranien de Saravan, et été arrêté par les autorités pakistanaises de l'autre côté de la frontière. J'avais alors pour mission principale de rencontrer des membres du mouvement nationaliste BSN au Baloutchistan pour discuter avec eux d'activités qu'ils projetaient d'entreprendre et recueillir les messages à transmettre aux autorités indiennes. Certaines de ces opérations devaient être mises en œuvre à très brève échéance, et c'est de cela dont nous devons discuter ; telle était la raison essentielle de ma venue au Pakistan.

12

6. Dès que j'ai réalisé que ma détention au Pakistan compromettrait mes opérations de renseignement, j'ai révélé que j'étais officier de la marine indienne ; à partir de là, les autorités pakistanaises ont radicalement changé d'attitude à mon égard, me traitant de manière tout à fait convenable et avec le respect et la considération qui m'étaient dus ; les agents pakistanais se sont toujours montrés professionnels et courtois et m'ont accordé tous les égards dus à un officier. Lorsque j'ai pris conscience que mes opérations de renseignement avaient été compromises, j'ai décidé de mettre fin à tout ce gâchis ; j'étais décidé à tourner la page et à coopérer avec les autorités pour en finir avec les problèmes dans lesquels je nous avais plongés, mes proches et moi-même. Tout ce que j'ai dit aujourd'hui est la vérité, je n'ai subi aucune contrainte ni aucune pression. Ma seule volonté est de mettre cartes sur table, d'exposer l'ensemble du système auquel je participe depuis quatorze ans.»

La notification de l'arrestation à l'Inde

26. Le 25 mars 2016, le *Foreign Secretary* du Pakistan a expressément informé le haut-commissaire indien à Islamabad de l'arrestation du commandant Jadhav. Le ministère des affaires étrangères du Pakistan a en outre adressé le même jour au haut-commissaire indien une communication lui faisant part des protestations et des plus vives inquiétudes du Pakistan concernant l'entrée illégale sur son sol d'un officier du renseignement extérieur indien et la participation de ce dernier à des activités subversives au Baloutchistan et à Karachi (vol. 2, annexe 11).

27. A la même date, le Pakistan a également notifié l'arrestation, entre autres éléments, aux membres permanents du Conseil de sécurité des Nations Unies — la Chine, les Etats-Unis d'Amérique, la France, la Russie et le Royaume-Uni — en leur communiquant un document d'information de dix pages qui contenait notamment les aveux détaillés du commandant Jadhav (tels que reproduits ci-dessus) ainsi que des photographies du passeport qui était en sa possession au moment de son arrestation (vol. 2, annexe 12). Ce ne sont pas là les actes d'un Etat qui chercherait à éluder ou à dissimuler son comportement ; ce sont les actes d'un Etat lésé engageant le dialogue avec l'«Etat d'envoi» de l'espion ou terroriste présumé ; ce sont les actes d'un Etat membre de l'Organisation des Nations Unies qui n'a rien à cacher au Conseil de sécurité et à la communauté internationale.

28. Le Pakistan demande, ce qui ne paraît pas déraisonnable, que l'Inde soit tenue pour responsable de son comportement. Compte tenu de la gravité de la violation du droit international qu'elle a commise, elle ne saurait, selon lui, obtenir gain de cause en usant, comme elle le fait, de la dissimulation, de la dérobade et de la contre-offensive comme moyens de défense.

29. Ce même 25 mars 2016, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a adressé au ministère des affaires étrangères du Pakistan une note verbale mentionnant «l'arrestation présumée d'un ressortissant indien au Baloutchistan» et demandant qu'il lui soit permis d'entrer en communication avec l'intéressé, sans toutefois préciser qu'il s'agissait du commandant Jadhav (vol. 2, annexe 13.1).

13

30. Dans une nouvelle note verbale adressée le 30 mars 2016 au ministère des affaires étrangères du Pakistan, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad, se référant de nouveau à «l'arrestation présumée d'un ressortissant indien au Baloutchistan», a demandé encore une fois à communiquer avec l'intéressé ; là encore, il n'a pas précisé que celui-ci était le commandant Jadhav (vol. 2, annexe 13.2).

Le dépôt de la plainte et l'ouverture de la procédure pénale

31. Le 8 avril 2016, une plainte, formalisée par un document «FIR n° 6/2016», a été déposée contre le commandant Jadhav (vol. 2, annexe 17, p. 5-9). Conformément à l'article 154 du code de procédure pénale du Pakistan de 1898 (vol. 5, annexe 82) — promulgué alors que l'Inde se trouvait encore sous domination britannique —, les renseignements fournis à la police concernant la commission d'une infraction recevable (c'est-à-dire du ressort des forces de l'ordre) doivent être consignés par écrit ; le procès-verbal dressé à cette occasion est communément désigné sous l'acronyme «FIR» pour «First Information Report». Une fois ce document établi, les autorités peuvent, conformément aux pouvoirs qui leur sont conférés, enquêter sur l'infraction alléguée (vol. 2, annexe 18).

32. En résumé, le FIR exposait les éléments suivants :

- 32.1. «Kulbhushan Jadhav, alias Hussein Mubarak Patel, est commandant de la marine indienne et travaille pour le compte du service de renseignement extérieur indien (RAW) ; il a été arrêté par les services pakistanais de renseignement et de sécurité le 3 mars 2015 après avoir franchi illégalement la frontière du Pakistan depuis le comté iranien de Saravan.» Le commandant Jadhav était en possession d'un passeport indien, de cartes du Baloutchistan ainsi que de dollars américains, de rials iraniens et de devises pakistanaises.
- 32.2. Officier dans la marine indienne devant partir à la retraite en 2022, le commandant Jadhav a commencé à effectuer des missions pour le RAW après les attentats perpétrés contre le Parlement indien en 2001.
- 32.3. L'intéressé a indiqué qu'il avait, sur les instructions du RAW (et sur ordre direct de M. Anil Kumar Gupta, le *Joint Secretary* de ce service), commencé à mener des opérations de renseignement et planifié et exécuté des attaques terroristes et des actes de guerre contre le Pakistan «en vue de causer la désintégration [de celui-ci] en fomentant des émeutes séparatistes au Baloutchistan». Il a, à cet effet, ouvert un petit commerce à Chabahar, en Iran, entre 2003 et 2004. Il a par ailleurs organisé, planifié, fomenté et soutenu des activités visant à faire la guerre au Pakistan par l'intermédiaire des insurgés baloutches, de l'organisation de libération du Baloutchistan, de l'organisation des étudiants baloutches ou encore du mouvement MQM (Muttahida Qaumi Movement).
- 32.4. En outre, le commandant Jadhav a recherché et obtenu des informations sensibles concernant les forces armées pakistanaises et leurs installations en vue de mener contre celles-ci des attaques ciblées, et a chargé un certain nombre de membres de la population locale, collaborateurs, complices, agents non gouvernementaux et membres d'organisations interdites de commettre des actes de terrorisme et des enlèvements contre

rançon destinés à créer un climat d'agitation et d'insurrection et à multiplier les assassinats, attentats-suicides et opérations ciblées pour lui permettre d'atteindre ses objectifs.

14

32.5. L'intéressé a par ailleurs déclaré avoir participé à la destruction de biens appartenant à la population civile et à des attaques visant les forces de l'ordre, notamment à Karachi et dans le Baloutchistan. Fournissant à ses collaborateurs un appui financier pour leur permettre de mener des activités subversives contre le Pakistan, il a également formé des agents non gouvernementaux à l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs et d'engins explosifs improvisés au Baloutchistan.

32.6. Le commandant Jadhav a indiqué que ces activités illicites visaient à déstabiliser le Pakistan et à entraver les efforts engagés par l'armée et les autres forces de l'ordre pour rétablir la paix au Baloutchistan et à Karachi. Elles étaient également destinées à faire échouer le CPEC («China-Pakistan Economic Corridor»). Selon les dires de l'intéressé, c'est avec l'aide de l'un de ses coaccusés et complices qu'il a pu entrer illégalement au Pakistan.

32.7. Le commandant Jadhav était soumis à la loi militaire pakistanaise de 1952 et a été traité conformément à celle-ci ; il a été détenu par l'armée pakistanaise.

33. Dans le document FIR, il était en outre précisé que l'accusé, qui subissait des interrogatoires, était aussi soupçonné d'avoir commis d'autres infractions ne relevant pas de la loi militaire pakistanaise de 1952 ; il était donc demandé que celles-ci soient examinées au regard des lois applicables.

34. Le 15 avril 2016, le ministère des affaires étrangères du Pakistan a adressé aux membres de la Ligue arabe et de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (l'ASEAN, établie à Islamabad) une communication les informant de l'arrestation du commandant Jadhav et présentant brièvement les aveux de ce dernier concernant les activités de subversion et de financement du terrorisme menées avec l'appui de l'Inde en vue de déstabiliser le Pakistan (vol. 2, annexe 16).

35. Entre le 2 et le 22 mai 2016, le commandant Jadhav a de nouveau été interrogé par les autorités pakistanaises (vol. 2, annexe 23, p. 2).

36. Le 6 mai 2016, le haut-commissariat indien à Islamabad a adressé au ministère des affaires étrangères du Pakistan une note verbale mentionnant une fois encore «l'arrestation présumée d'un ressortissant indien au Baloutchistan» et demandant à pouvoir entrer en communication avec l'intéressé, dont l'identité n'était cependant toujours pas précisée (vol. 2, annexe 13.3).

L'Inde identifie le commandant Jadhav

37. Le 10 juin 2016, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a adressé une note verbale au ministère pakistanais des affaires étrangères. Le texte intégral de cette note se lit comme suit :

«Note verbale n° ISL/103/14/2016

15

Le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan présente ses compliments au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan et a l'honneur de se référer à ses précédentes notes verbales n° ISL/103/1/2016 datée du 25 mars

2016 et n° ISL/103/14/2016 datées du 30 mars 2016 et du 6 mai 2016 concernant l'arrestation présumée d'un ressortissant indien, M. Kulbhushan Jadhav, au Baloutchistan.

La mission renouvelle sa demande au ministère des affaires étrangères de bien vouloir faire en sorte que l'Inde puisse entrer en communication au plus vite avec l'intéressé par l'entremise de ses autorités consulaires. Il est de nouveau demandé au Pakistan de bien vouloir veiller à la sûreté, à la sécurité et au bien-être de tous les prisonniers indiens ou présumés indiens aussi longtemps qu'ils se trouvent dans des prisons pakistanaises.

Le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan saisit cette occasion pour renouveler au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan les assurances de sa très haute considération» [vol. 2, annexe 13.4].

38. La note verbale du 10 juin 2016 était donc la première dans laquelle l'Inde identifiait véritablement l'intéressé comme étant le commandant Jadhav. A aucun moment le demandeur n'a tenté de réfuter ou d'expliquer les graves incidences du comportement du commandant Jadhav. En revanche (et ce n'est guère étonnant), elle s'est efforcée de s'y soustraire ou de les infléchir.

39. Le 11 juillet 2016, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a adressé au ministère pakistanais des affaires étrangères une note verbale dans laquelle il se référait de nouveau à l'arrestation «présumée» du commandant Jadhav et demandait à pouvoir entrer en communication avec ce dernier [vol. 2, annexe 13.4].

40. Le 12 juillet 2016, une équipe d'enquête conjointe a été mise sur pied [vol. 2, annexe 23, p. 2].

Les aveux devant un magistrat

41. Le 22 juillet 2016, les aveux du commandant Jadhav ont été enregistrés devant un magistrat, en application de l'article 164 du code de procédure pénale pakistanais de 1898¹ [vol. 2,

¹ «**164. Pouvoir d'enregistrer des déclarations ou des aveux.** 1) Tout magistrat de premier grade et tout magistrat de second grade spécialement habilité à cet effet par le gouvernement provincial peut, s'il n'est pas officier de police, enregistrer une déclaration ou des aveux qui lui seraient faits au cours d'une enquête menée en vertu du présent chapitre, ou à tout moment après le début de l'enquête ou du procès.

[(1A)] La déclaration pourra être enregistrée par le magistrat en présence de l'accusé, et celui-ci pourra se voir offrir la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire du témoin ayant fait la déclaration.]

2) Les déclarations sont enregistrées de l'une des manières exposées ci-après aux fins de l'enregistrement d'éléments de preuve, ainsi qu'il convient, selon le magistrat, au vu des circonstances de l'affaire. Les aveux sont quant à eux enregistrés et signés dans les formes prévues à l'article 364 ; les déclarations ou aveux sont ensuite communiqués au magistrat instruisant le dossier ou jugeant l'affaire.

3) Le magistrat doit, avant de procéder à l'enregistrement, expliquer à l'intéressé qu'il n'est pas obligé de faire ces aveux et que, le cas échéant, ceux-ci pourront être retenus comme élément à charge contre lui. Le magistrat n'enregistre les aveux que s'il est convaincu, en interrogeant l'intéressé, qu'ils sont faits de plein gré ; s'il décide de procéder à l'enregistrement, il rédige la note suivante :

«J'ai indiqué à [nom] qu'il n'était pas obligé de faire des aveux et que, le cas échéant, ceux-ci pourraient être retenus comme élément à charge contre lui. Je suis convaincu que ces aveux sont formulés de plein gré. Ils ont été recueillis en ma présence et ont été lus à l'intéressé, qui a assuré qu'ils étaient exacts et qu'ils correspondaient pleinement et fidèlement à la déclaration qu'il avait faite.» *[Signature du magistrat]*

16 annexe 23, p. 2]. Conformément à cette procédure (qui, semble-t-il, est analogue à la procédure indienne), le magistrat a posé à l'intéressé des questions précises pour déterminer quelle était sa motivation et s'assurer qu'il n'agissait pas sous la contrainte. Le juge doit en effet veiller à ce que la personne qui comparaît devant lui fournisse sa déclaration de son plein gré ; la loi exige qu'il soit convaincu que les aveux sont formulés de manière spontanée.

42. Le 26 juillet 2016, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a adressé au ministère pakistanais des affaires étrangères une note verbale dans laquelle il se référait de nouveau à l'arrestation «présumée» du commandant Jadhav et demandait à pouvoir entrer en communication avec ce dernier [vol. 2, annexe 13.6].

43. Le 22 août 2016, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a adressé au ministère pakistanais des affaires étrangères une note verbale dans laquelle il se référait de nouveau à l'arrestation «présumée» du commandant Jadhav et demandait à pouvoir entrer en communication avec ce dernier [vol. 2, annexe 13.7].

44. Le 6 septembre 2016 a été enregistré le document «FIR» n° 22 de 2016 concernant le commandant Jadhav [vol. 2, annexe 17, p. 10-11]. Ce document indiquait que, comme cela figure dans l'interrogatoire conjoint et l'enregistrement des aveux, l'intéressé avait fourni une liste de 15 noms (auxquels s'ajoutent deux personnes non identifiées) correspondant aux officiers traitants de son organisation, à des complices ou à des intermédiaires.

45. Le procès du commandant Jadhav s'est ouvert le 21 septembre 2016 devant une cour martiale générale [vol. 2, annexe 23, p. 2]. Le premier jour d'audience, l'intéressé a sollicité un renvoi de trois semaines pour préparer sa défense avec l'avocat militaire désigné à cette fin, demande à laquelle il a été fait droit.

46. Le procès du commandant Jadhav devant la cour martiale générale a repris le 19 octobre 2016 [vol. 2, annexe 23, p. 2]. L'intéressé était représenté par un avocat militaire qualifié, désigné pour exposer ses moyens de défense devant la cour [vol. 2, annexe 23, p. 2 ; voir aussi la déclaration faite par le commandant Jadhav au paragraphe 107 ci-après].

47. Le 3 novembre 2016, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a adressé au ministère pakistanais des affaires étrangères une note verbale dans laquelle il se référait de nouveau à l'arrestation «présumée» du commandant Jadhav et demandait à pouvoir entrer en communication avec ce dernier [vol. 2, annexe 13.8].

17 48. Le 29 novembre 2016, le procès du commandant Jadhav a repris devant la cour martiale générale [vol. 2, annexe 23, p. 2].

49. Le 19 décembre 2016, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a adressé au ministère pakistanais des affaires étrangères une note verbale dans laquelle il se référait de nouveau à l'arrestation «présumée» du commandant Jadhav et demandait à pouvoir entrer en communication avec ce dernier [vol. 2, annexe 13.9].

Précision. Il n'est pas nécessaire que le magistrat recueillant et enregistrant les aveux ou la déclaration siège en l'affaire.» [Vol. 5, annexe 82.]

50. Le 2 janvier 2017, S. Exc. M. Sartaj Aziz, qui était alors conseiller diplomatique du premier ministre du Pakistan (ci-après le «conseiller»), a adressé à S. Exc. M. Antonio Guterres, Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, une lettre dans laquelle il était notamment indiqué ce qui suit [vol. 2, annexe 15] :

«Nos autorités policières ont appréhendé cette année un agent du service indien de renseignement (le RAW), M. Kulbushan Jadhav, dans la province pakistanaise du Baloutchistan. M. Jadhav est officier d'active de la marine indienne et travaille pour le RAW. Dans la déclaration consignant ses aveux, l'intéressé a reconnu avoir pris part à des activités visant à déstabiliser le Pakistan, notamment en fournissant un soutien à des éléments terroristes menant des actions visant à tuer ou blesser gravement des citoyens pakistanais au Baloutchistan et à Karachi. L'enquête se poursuit et les détails concrets concernant les activités de M. Jadhav seront communiqués à l'Organisation des Nations Unies.

.....

L'arrestation de M. Kulbushan Jadhav ainsi que ses aveux justifient la position qui est celle du Pakistan de longue date, à savoir que l'Inde prend part à des activités visant à le déstabiliser. Elle utilise le terrorisme comme instrument politique pour atteindre cet objectif. Ces activités constituent une violation manifeste du paragraphe 4 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, selon lequel les Etats doivent s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat. Les agissements de l'Inde emportent également violation de diverses résolutions du Conseil de sécurité, notamment la résolution 1373 et celles qui se rapportent aux talibans, à Al Qaïda ou à l'Etat islamique, ainsi qu'aux conventions internationales contre le terrorisme.»

51. Ce comportement n'est pas celui d'un Etat s'appêtant à commettre «un meurtre avec préméditation», mais celui d'un membre responsable de la communauté internationale s'efforçant d'appeler l'attention sur d'odieuses violations du droit international.

Le Pakistan sollicite l'assistance de l'Inde pour son enquête relative aux activités terroristes

52. Comme il est d'usage dans le cadre d'une enquête et d'une procédure transfrontalières, le ministère pakistanais des affaires étrangères a adressé au haut-commissariat de l'Inde à Islamabad, le 23 janvier 2017, une demande d'entraide judiciaire (la «demande d'entraide») par laquelle il sollicitait l'assistance du Gouvernement indien pour obtenir des preuves, des éléments et des enregistrements aux fins de l'enquête pénale sur les activités du commandant Jadhav [vol. 2, annexe 17].

18

53. Fait révélateur, l'Inde a fait le choix (tant dans sa requête et sa demande en indication de mesures conservatoires du 8 mai 2017 que dans son mémoire du 13 septembre 2017) de ne verser au dossier que la première page (c'est-à-dire la lettre de couverture) de cette lettre, sans fournir aucun des éléments de fond qui l'accompagnaient.

54. Lors de l'audience sur les mesures conservatoires tenue le 15 mai 2017, le Pakistan a versé au dossier l'intégralité de la demande d'entraide judiciaire [vol. 1, annexe 4, p. 22], et il le fait de nouveau aujourd'hui. Il sollicitait notamment l'assistance de l'Inde pour obtenir les déclarations de 13 personnes nommément désignées et accéder à divers rapports et documents, à savoir : i) le rapport de perquisition de l'appartement/la maison du commandant Jadhav ; ii) les

relevés certifiés des échanges téléphoniques du mobile de l'intéressé ; iii) les relevés bancaires certifiés correspondant aux comptes du commandant Jadhav et à ceux de sa famille [vol. 2, annexe 17, p. 2-3]. Malheureusement, le Pakistan n'a reçu à ce jour aucune réponse concrète de l'Inde, en dépit des rappels qu'il lui a adressés les 31 mai, 30 août et 26 octobre 2017 [vol. 2, annexe 42, 43 et 44].

55. Le 3 février 2017, le ministère indien des affaires étrangères a adressé une communication au haut-commissariat du Pakistan à New Delhi, dans laquelle il se référait de nouveau à l'arrestation «présumée» du commandant Jadhav et demandait à pouvoir entrer en communication avec ce dernier [vol. 2, annexe 13.10]. Il indiquait en outre que la nationalité indienne de M. Jadhav avait «été affirmée à plusieurs reprises par le Gouvernement du Pakistan» et faisait mention du «caractère forcé» des aveux de l'intéressé (sans fournir la moindre preuve à l'appui de cette allégation).

56. Malgré la possibilité qui lui était offerte dans la demande d'entraide judiciaire du 23 janvier 2017 de fournir des explications au sujet de l'entrée et de la présence du commandant Jadhav au Pakistan, ainsi que des activités que celui-ci y a menées, le ministère indien des affaires étrangères affirmait que «les circonstances de [l]a présence [de l'intéressé] au Pakistan demeur[ai]ent ... inexplicables». Le Pakistan soutient respectueusement que l'Inde aurait pu réfuter catégoriquement les faits exposés en détail par le commandant Jadhav, plutôt que de pratiquer l'esquive. Par ailleurs, si le Pakistan partait du principe que les actes illicites du commandant Jadhav avaient été accomplis au nom de l'Inde (comme celui-ci l'a avoué), c'est à cette dernière qu'il appartenait (et qu'il appartient toujours) d'apporter la preuve que l'intéressé est de nationalité indienne.

57. Le 12 février 2017, le procès du commandant Jadhav devant la cour martiale générale a repris [vol. 2, annexe 23, p. 2].

58. Le 3 mars 2017 (la note verbale porte la date erronée du 31 mars 2016), le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a adressé au ministère pakistanais des affaires étrangères une note verbale dans laquelle il se référait de nouveau à l'arrestation «présumée» du commandant Jadhav et demandait à pouvoir entrer en communication avec ce dernier. Une fois encore, l'Inde n'a pas répondu à la demande d'entraide judiciaire du Pakistan [vol. 2, annexe 13.11].

19

59. Le 21 mars 2017, le ministère pakistanais des affaires étrangères a adressé au haut-commissariat de l'Inde à Islamabad une note verbale indiquant que la demande tendant à ce que les autorités consulaires indiennes puissent entrer en communication avec le commandant Jadhav «sera[it] étudiée à la lumière de la suite que l'Inde donnerait à la demande d'assistance aux fins d'enquête et de célérité de la justice formulée par le Pakistan» [vol. 2, annexe 14].

60. Il ne faisait assurément aucun doute à ce moment-là que le Pakistan était disposé, en principe, à permettre aux autorités consulaires indiennes de communiquer avec M. Jadhav. Malheureusement, l'Inde n'était pas — et n'est toujours pas — prête à apporter sa contribution à l'enquête et à la collecte d'éléments de preuve concernant les infractions sous-jacentes commises par le commandant Jadhav en donnant suite à la demande d'entraide, ou de quelque autre manière concrète.

61. Le 31 mars 2017 (la note verbale porte la date erronée du 31 mars 2016), le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a adressé au ministère pakistanais des affaires étrangères

une note verbale [vol. 2, annexe 13.12], dans laquelle l'Inde indiquait avoir pris note de «la volonté exprimée par le Pakistan de [l']autoriser à communiquer avec M. Kulbhushan Jadhav, ressortissant indien, par l'entremise de ses autorités consulaires». Il est donc clair que l'Inde comprenait parfaitement que le Pakistan était en principe disposé à permettre à ses autorités consulaires d'entrer en communication avec M. Jadhav. Cependant, une fois encore, elle n'a pas répondu à la demande d'entraide du Pakistan. Malheureusement, l'Inde cherche aujourd'hui (comme par d'autres déclarations qu'elle a faites) à s'écarter de la position qu'elle affichait auparavant afin d'atteindre les objectifs qu'elle s'est fixés en la présente instance.

62. Le 10 avril 2017, le ministère pakistanais des affaires étrangères a adressé au haut-commissariat de l'Inde à Islamabad une note verbale réitérant que la possibilité de communiquer avec M. Jadhav «sera[it] étudiée à la lumière de la suite [que l'Inde] donnerait à la demande d'assistance aux fins d'enquête et de célérité de la justice formulée par le Pakistan, et restée à ce jour sans réponse» [vol. 2, annexe 19].

63. Le Pakistan soutient respectueusement que, au regard de la grave infraction que constitue l'espionnage, le fait que l'Inde — «l'Etat d'envoi» — ne fournisse aucune réponse à des questions légitimes rend très difficile à croire que toute communication entre ses autorités et son supposé espion (ce fait étant désormais avéré), dont la mission était de tuer et de détruire, puisse être parfaitement innocente.

La condamnation et la peine

64. Le 10 avril 2017, le service des relations publiques de l'armée pakistanaise (responsable de la communication avec les médias) a publié un communiqué de presse indiquant ce qui suit [vol. 2, annexe 20] :

«L'agent du service de renseignement extérieur de l'Inde (RAW)/Officier de marine de matricule 41558Z, le commandant Kulbushan Sudhir Jadhav, alias Hussein Mubarak Patel, a été arrêté le 3 mars 2016 dans le cadre d'une opération de contre-espionnage menée depuis Mashkel au Baloutchistan, pour s'être livré à des activités d'espionnage et de sabotage contre le Pakistan. L'espion a été jugé par une cour martiale générale en application de la loi militaire pakistanaise, et condamné à mort. Le général Qamar Javed Bajwa, chef d'état-major de l'armée, a confirmé ce jour cette condamnation à mort prononcée par la cour martiale générale.

Le commandant Kulbushan Sudhir Jadhav, agent du RAW, a été jugé par la cour martiale en vertu de l'article 59 de la loi militaire pakistanaise de 1952 et de l'article 3 de la loi sur les secrets officiels de 1923. La cour martiale a jugé l'intéressé coupable de l'ensemble des chefs d'accusation. Celui-ci a avoué devant un magistrat et la cour qu'il avait été chargé par le RAW de planifier, coordonner et organiser des activités d'espionnage et de sabotage visant à déstabiliser le Pakistan et à lui faire la guerre en entravant les efforts engagés par les forces de l'ordre pour rétablir la paix au Baloutchistan et à Karachi.

Conformément à la loi, l'accusé s'est vu commettre un avocat pour assurer sa défense.»

65. Dans sa partie pertinente, l'article 59 de la loi militaire pakistanaise de 1952 [vol. 5, annexe 83] est ainsi libellé :

«59. Infractions civiles. 1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, toute personne relevant de la présente loi qui commet une infraction civile au Pakistan ou à l'étranger sera réputée coupable d'infraction à la présente loi et, si elle est accusée à ce titre en vertu du présent article, sera traitée conformément aux dispositions de la présente loi ;

si elle est déclarée coupable, elle sera condamnée à la peine suivante :

- a) si l'infraction est, en application d'une quelconque loi en vigueur au Pakistan, passible de la peine capitale ou d'une peine d'emprisonnement à perpétuité, l'intéressé sera condamné à toute peine associée à cette infraction par ladite loi ou à toute peine moins sévère prévue par la présente loi...
- 4) Nonobstant les dispositions de la présente loi ou de toute autre loi actuellement en vigueur, une personne qui, étant accusée d'avoir commis une infraction visée à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 2 de la présente loi, tombe sous le coup de celle-ci, sera jugée ou autrement traitée conformément à la présente loi au titre de ladite infraction, comme si cette dernière constituait une infraction à la présente loi et avait été commise alors que l'intéressé était soumis à celle-ci ; les dispositions du présent article seront appliquées en conséquence.»

66. En sa partie pertinente, l'article 3 de la loi sur les secrets d'Etat de 1923 [vol. 5, annexe 84] se lit comme suit :

«3. Sanctions pour espionnage.

- 1) Toute personne qui, à toute fin préjudiciable à la sécurité ou aux intérêts de l'Etat,
 - a) s'approche de tout lieu prohibé, l'inspecte, le traverse, se trouve dans son voisinage ou y pénètre ; ou
 - b) établit un croquis, un plan, un modèle ou une note destiné à être ou susceptible d'être, directement ou indirectement, utile à un ennemi quel qu'il soit ; ou
 - c) obtient, recueille, enregistre, publie ou communique à toute autre personne tout code officiel ou mot de passe secret, ou tout croquis, plan, modèle, article, toute note ou tout autre document ou renseignement destiné à être ou susceptible d'être, directement ou indirectement, utile à un ennemi quel qu'il soit ;
- 2) En cas de poursuites au titre d'une infraction passible, en application du présent article, d'une peine pouvant aller jusqu'à quatorze années d'emprisonnement, il n'est pas nécessaire de démontrer que l'accusé était coupable d'un acte particulier visant l'Etat et, bien qu'il n'ait pas été apporté la preuve qu'il ait commis un tel acte, l'intéressé pourra être condamné, si, au vu des circonstances de l'espèce, de son comportement ou de sa réputation attestée par des éléments de preuve, il apparaît qu'il poursuivait un objectif préjudiciable à la sûreté ou aux intérêts de l'Etat ; tout croquis, plan, modèle, article, toute note, ou tout document se rapportant à quelque élément du lieu considéré, ou tout code officiel ou mot de passe secret établi, obtenu, recueilli, enregistré, publié ou communiqué par une personne n'y étant pas légalement habilitée sera, s'il ressort des circonstances de l'espèce ou du comportement de l'intéressé que cela est préjudiciable à la sécurité

ou aux intérêts de l'Etat, réputé avoir été établi, obtenu, recueilli, enregistré, publié ou communiqué à des fins préjudiciables à la sûreté ou aux intérêts de l'Etat.

- 3) Toute personne reconnue coupable d'une infraction relevant du présent article sera,
- a) lorsque l'infraction a été commise, directement ou indirectement, dans l'intérêt ou au profit d'une puissance étrangère, ou est en rapport avec tout ouvrage de défense, tout arsenal, toute base ou tout établissement de la marine, de l'armée de terre ou de l'armée de l'air, tout champ de mines, chantier naval, campement, navire ou aéronef, ou concerne de quelque autre manière les affaires de la marine, de l'armée de terre ou de l'armée de l'air du Pakistan ou tout code officiel secret, passible de la peine capitale ou d'une peine pouvant aller jusqu'à quatorze années d'emprisonnement...»

67. Le 10 avril 2017, le ministère des affaires étrangères de l'Inde a adressé une note verbale au haut-commissariat du Pakistan à New Delhi, dans laquelle le procès du commandant Jadhav était qualifié de «simulacre» et où il était indiqué que, si la condamnation devait être mise à exécution, l'Inde «considèrer[ait] qu'il s'agit d'un meurtre avec préméditation» [vol. 2, annexe 13.13]. Là encore, l'Inde n'apportait aucune réponse sur le fond à la demande d'entraide judiciaire formulée par le Pakistan.

68. Le 11 avril 2017, la ministre indienne des affaires étrangères a prononcé une allocution concernant M. Jadhav devant la Rajya Sabha (la chambre haute du parlement indien), dans laquelle elle a notamment déclaré ce qui suit :

«4. Au vu de cet échange, il est extraordinaire qu'une condamnation à la peine capitale ait soudainement été annoncée hier dans cette affaire alors qu'il ressort des échanges antérieurs avec l'Inde que les éléments de preuve sont insuffisants. Pour rendre les choses encore plus absurdes, trois heures après l'annonce de la condamnation à la peine capitale, le haut-commissariat indien a reçu une communication officielle du ministère pakistanais des affaires étrangères réitérant la proposition pakistanaise d'accorder aux autorités consulaires indiennes le droit d'entrer en communication avec M. Jadhav sous certaines conditions. Cela montre à quel point la prétendue procédure est un simulacre qui a conduit au prononcé d'un verdict indéfendable à l'encontre d'un Indien qui a été kidnappé alors qu'il est innocent.

5. Notre position sur cette question est claire. Il n'existe aucun élément prouvant que M. Jadhav ait quoi que ce soit à se reprocher. Bien au contraire, il est la victime d'un plan visant à jeter l'opprobre sur l'Inde afin de détourner l'attention de la communauté internationale des antécédents bien connus du Pakistan en matière de promotion et de soutien du terrorisme. Dans ces conditions, nous n'avons d'autre choix que de considérer la sanction, si elle devait être exécutée, comme un meurtre avec préméditation». [Vol. 2, annexe 21.]

22

69. Bien qu'ayant reçu la demande d'entraide judiciaire du Pakistan, la ministre des affaires étrangères a soutenu qu'il n'existait «aucun élément prouvant que M. Jadhav ait quoi que ce soit à se reprocher». Ce qui, en vérité, relève du «simulacre» (avec tout le respect dû à la ministre), c'est de prétendre que le commandant Jadhav a été kidnappé par le Pakistan sur le territoire iranien et transporté d'un pays à l'autre (un voyage, semble-t-il, d'au moins neuf heures en voiture à partir de Chabahar et d'environ trois heures depuis Saravan) [vol. 6, annexe 139] pour être victime d'un «meurtre avec préméditation» plus d'un an après avoir été arrêté, période durant laquelle l'Inde a

été priée de prêter son assistance dans le cadre de l'enquête visant l'intéressé, ce qu'elle s'est manifestement abstenue de faire.

70. A ce stade, compte tenu des critiques virulentes que l'Inde a formulées contre l'application de la peine capitale au Pakistan (qui semblent être à l'origine de la demande en indication de mesures conservatoires qu'elle a déposée ainsi que de son discours sur le «meurtre avec préméditation»), le Pakistan fait observer ce qui suit :

70.1. L'Inde continue de sanctionner certaines infractions par la peine capitale ;

70.2. De fait, le 31 août 2015, la commission indienne du droit a remis au Gouvernement indien son rapport n° 262 relatif à la peine capitale [vol. 6, annexe 122, p. 217], dans lequel elle recommandait de maintenir cette sanction pour les infractions touchant au terrorisme :

«7.2.3. Bien que, d'un point de vue pénologique, il n'existe pas de justification valable pour traiter le terrorisme différemment des autres crimes, la crainte est souvent exprimée que l'abolition de la peine capitale pour les infractions liées au terrorisme et les actes de guerre nuise à la sécurité nationale. Au vu des préoccupations soulevées par le législateur, la commission ne voit toutefois aucune raison d'attendre plus longtemps pour prendre les premières mesures en vue d'abolir la peine capitale pour toutes les infractions autres que celles liées au terrorisme.

7.2.4. La commission recommande par conséquent que soit abolie la peine capitale pour tous les crimes autres que les infractions liées au terrorisme et les actes de guerre.»

70.3. Au moment où le Pakistan rédigeait le présent contre-mémoire, l'Inde n'était pas partie au premier protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques, reconnaissant la compétence du comité des droits de l'homme [vol. 6, annexe 123 et 124]. Dès lors, le Pakistan s'interroge sur le fait que, dans son mémoire, l'Inde invoque les décisions d'un organisme dont elle ne reconnaît pas la compétence. En outre, l'Inde n'est pas partie au deuxième protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort [vol. 6, annexe 125 et 126].

70.4. Récemment, l'Inde a voté contre la résolution 36/17 en date du 29 septembre 2017, adoptée par le conseil des droits de l'homme lors de sa trente-sixième session et consacrée à la question de la peine de mort, dans laquelle le conseil, au paragraphe 7, «*Demande aux Etats de s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, et d'informer les ressortissants étrangers de leur droit de prendre contact avec le poste consulaire concerné*» [vol. 6, annexe 127]².

70.5. L'Inde a plusieurs fois voté contre les résolutions de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies imposant un moratoire sur l'application de la peine de mort, notamment celles qui ont été adoptées en 2007, 2008, 2010, 2012, 2014 et 2016 [vol. 6, annexes 128-133].

71. Par conséquent, avec tout le respect qui lui est dû, l'Inde est quelque peu incohérente lorsqu'elle focalise son discours sur la peine imposée au commandant Jadhav.

² Les autres Etats qui ont voté contre la résolution étaient l'Arabie saoudite, le Bangladesh, le Botswana, le Burundi, la Chine, l'Egypte, les Emirats arabes unis, les Etats-Unis d'Amérique, l'Ethiopie, l'Irak, le Japon et le Qatar.

72. Pour poursuivre la chronologie des faits principaux, le 13 avril 2017, dans un point de presse hebdomadaire, un porte-parole officiel du ministère indien des affaires étrangères a notamment déclaré ce qui suit [vol. 2, annexe 22, p. 5, par. 6] :

«Quant à la question de sa prétendue fausse identité ou de son passeport indien original, nous ne pourrions vérifier tout cela qu'une fois que nos services consulaires auront pu entrer en communication avec l'intéressé. Nous n'avons pas vu le passeport, mais, puisqu'il est allégué que M. Jadhav est un officier d'active de la marine indienne et un espion, cela soulève la question de savoir quel officier d'active et espion pourrait bien être muni de son passeport original, tout particulièrement s'il se rend dans un pays pour y effectuer une «mission d'espionnage».»

73. Cette déclaration a été faite alors qu'une copie du passeport établi au nom de «Hussein Mubarak Patel» ainsi que des détails pertinents avaient été communiqués à l'Inde le 23 janvier 2017 dans le cadre de la demande d'entraide judiciaire. Le porte-parole officiel devait donc savoir que le commandant Jadhav était muni d'un vrai passeport indiquant une fausse identité, et non de son «passeport original». Ce sont ces faits incontestables qui «soulèvent» des questions auxquelles l'Inde refuse de répondre.

Déclaration à la presse du conseiller pour les affaires étrangères auprès du premier ministre du Pakistan

74. Le 14 avril 2017, le conseiller a fait une déclaration très détaillée à la presse, dans laquelle il a exposé les faits relatifs à l'arrestation, au procès, à la condamnation du commandant Jadhav et à la peine prononcée contre celui-ci, ainsi qu'aux possibilités d'appel et de recours en grâce qui s'offraient à lui [vol. 2, annexe 23].

75. Les principaux points de la déclaration à la presse de S. Exc. M. Sartaj Aziz étaient les suivants :

75.1. Le commandant Jadhav a été arrêté le 3 mars 2016, après être entré illégalement au Pakistan en traversant la frontière à Saravan, en Iran.

75.2. Il a été trouvé en possession d'un passeport indien et a avoué qu'il résidait à Mumbai, en Inde, qu'il était toujours en service actif au sein de la marine indienne et devait prendre sa retraite en 2022.

24

75.3. Le commandant Jadhav a été jugé par une cour martiale générale en vertu de l'article 59 de la loi sur l'armée pakistanaise et de l'article 3 de la loi de 1923 sur les secrets officiels, et a, conformément aux dispositions de la loi, bénéficié de l'assistance d'un avocat. Il a avoué avoir été chargé par le RAW de planifier, coordonner et organiser des activités d'espionnage et de sabotage visant à déstabiliser le Pakistan et à lui faire la guerre.

75.4. Ces activités d'espionnage, de terrorisme et de sabotage, auxquelles le commandant Jadhav a participé, ont fait de nombreuses victimes et causé des dommages matériels. S. Exc. M. Sartaj Aziz en a donné sept exemples.

75.5. Entre l'enregistrement vidéo des aveux du commandant Jadhav réalisé le 25 mars 2016 et la confirmation de sa condamnation à mort le 10 avril 2017, la procédure, dans cette affaire, s'est déroulée sur une période de plus d'un an et a suivi différentes étapes, conformément aux dispositions de la loi.

75.6. Au cours de la procédure, un certain nombre de mesures ont été prises afin d'en garantir la transparence : les aveux de l'intéressé ont été recueillis en présence d'un magistrat, ainsi que l'exige l'article 164 du code de procédure pénale ; la procédure s'est déroulée devant la juridiction compétente conformément à la loi sur la preuve (loi «Qanun-e-Shahadat» de 1984) ; un officier supérieur qualifié a été commis pour assurer la défense de l'intéressé ; toutes les dépositions de témoins ont été recueillies sous serment à l'audience, en présence de l'accusé ; le commandant Jadhav a eu la possibilité de poser des questions aux témoins ; enfin, un magistrat pleinement qualifié du service du juge-avocat général (JAG) a siégé pendant toute la durée du procès.

75.7. S. Exc. M. Sartaj Aziz a exposé les différents recours dont dispose le commandant Jadhav (ainsi que les délais correspondants), à savoir la formation d'un appel, l'introduction d'un recours en grâce auprès du chef d'état-major de l'armée pakistanaise et l'introduction d'un recours en grâce auprès du président du Pakistan.

75.8. Le 23 janvier 2017, le Gouvernement de l'Inde s'est vu adresser une demande d'assistance sollicitant la communication de renseignements particuliers et l'accès à certains témoins essentiels ; il n'y a pas donné suite.

76. Ayant rappelé cette absence de réponse à la demande d'entraide judiciaire du Pakistan, le conseiller a interrogé le Gouvernement de l'Inde comme suit [vol. 2, annexe 23, p. 3] :

«Je souhaiterais demander à l'Inde pourquoi M. Kulbhushan Jadhav utilisait une fausse identité afin de se faire passer pour un musulman. Pourquoi un innocent détiendrait-il deux passeports, l'un portant un nom hindou et l'autre, un nom musulman ? Faute d'explication crédible quant aux raisons de la présence au Baloutchistan d'un de ses commandants de marine en exercice, l'Inde a déclenché une campagne de propagande fort peu convaincante. Les déclarations incendiaires et discours provocateurs concernant le «meurtre avec préméditation» et les «troubles au Baloutchistan» ne sont d'aucune utilité, et risquent au contraire d'aggraver la situation.»

25

77. Par une note verbale du 14 avril 2017 adressée au ministère des affaires étrangères du Pakistan, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a demandé à pouvoir entrer en communication avec le commandant Jadhav et à se voir transmettre copie de l'acte d'accusation et de la décision de la cour martiale (vol. 2, annexe 13.14). Là encore, l'Inde n'a donné aucune réponse à la demande d'entraide du Pakistan.

78. Le 17 avril 2017, le général de division Asif Ghafoor, directeur général du bureau de relations publiques de l'armée pakistanaise, aurait déclaré que le commandant Jadhav n'était pas autorisé à communiquer avec les autorités consulaires de son pays. L'Inde a produit à cet égard un article apparemment paru dans le numéro du 18 avril 2017 du *Jehan Pakistan*, qui n'est pas reconnu comme une publication de référence offrant une fiabilité incontestée. Dans le but évident de faire valoir ses allégations, elle invoque néanmoins ce quotidien, qui prête au directeur général les propos suivants :

«M. Kulbhushan Jadhav a été condamné à mort par une cour martiale générale à l'issue d'une procédure conforme à toutes les règles juridiques. L'intéressé a été arrêté sous un faux nom, une fausse identité et en possession d'un faux passeport. Aucun arrangement n'a été et ne sera conclu. M. Jadhav est un espion et un espion ne peut être autorisé à entrer en communication avec ses autorités consulaires.» (vol. 2, annexe 24).

79. Le communiqué officiel publié par le bureau de relations publiques de l'armée pakistanaise à la date mentionnée dans la traduction anglaise de l'article du *Jehan Pakistan* ne fait toutefois pas la moindre référence à ces déclarations (vol. 2, annexe 25).

80. Le 18 avril 2017, un article du *Hindustan Times* indiquait que le ministre des affaires étrangères de l'Inde avait déclaré devant la Lok Sabha (chambre basse du parlement indien, composée de représentants du peuple élus au suffrage direct), lors des débats concernant le projet de rédaction d'une résolution condamnant le Pakistan, que le commandant Jadhav ne pouvait être un espion puisqu'il était en possession d'un «visa indien valable» (vol. 2, annexe 26). En admettant que ces faits, rapportés par ce grand quotidien indien, soient exacts, les «explications» fournies ne font que soulever de nouvelles questions.

81. Par une note verbale adressée le 19 avril 2017 au ministère pakistanais des affaires étrangères par son haut-commissariat à Islamabad (vol. 2, annexe 13.15), l'Inde a prié le Pakistan i) de lui transmettre des copies certifiées conformes de l'acte d'accusation, des procès-verbaux relatifs à l'enquête, du résumé des éléments de preuves et de la décision rendue dans l'affaire du commandant Jadhav ; ii) de la laisser prendre part à la procédure d'appel devant la juridiction compétente ; iii) de faciliter la désignation d'un avocat de la défense, ainsi que la communication avec son haut-commissariat à Islamabad ; iv) de lui fournir des copies certifiées conformes des rapports médicaux du commandant Jadhav ; v) de délivrer des visas appropriés aux membres de la famille de l'intéressé pour qu'ils puissent se rendre au Pakistan et vi) de lui permettre de communiquer, par l'entremise de ses autorités consulaires, avec le commandant Jadhav.

82. L'Inde a toutefois de nouveau ignoré la demande d'entraide judiciaire du Pakistan.

83. Interrogé par des journalistes au sujet du commandant Jadhav lors d'une conférence de presse du 20 avril 2017, le porte-parole du ministère des affaires étrangères du Pakistan s'est référé à l'accord de 2008 sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi, en indiquant ce qui suit (vol. 2, annexe 27, p. 1) :

26

«Par ailleurs, s'agissant de la question de la communication entre l'intéressé et ses autorités consulaires, nous avons déjà indiqué que nos deux pays avaient conclu un traité bilatéral dans ce domaine, et qu'en vertu de l'article IV de cet instrument, dans un cas comme celui du commandant Kulbhushan, la demande devait être traitée au fond.» [Remarque : la version de la transcription de cette conférence de presse produite par l'Inde est présentée comme une «transcription rapide». De fait, il convient de lire non pas «article IV» mais «article VI».]

84. Et le porte-parole de poursuivre (*ibid.*, p. 2) :

«[L]a condamnation [du commandant Jadhav] est fondée sur des éléments de preuve crédibles et spécifiques, qui démontrent sa participation à des activités d'espionnage et de terrorisme au Pakistan, lesquelles ont coûté la vie à de très nombreux Pakistanais.

La réaction de l'Inde, et en particulier la suspension de la libération de prisonniers pakistanais ayant purgé leur peine, pour défendre un espion et terroriste qui agit contre les intérêts nationaux du Pakistan, est tout à fait décevante. Les déclarations incendiaires prononcées par l'Inde sont contraires aux règles internationales et ne feront qu'aggraver la situation, sans avoir le moindre effet

constructif. Cette réaction s'explique par le fait que la participation de l'Inde à la commission d'activités subversives et terroristes au Pakistan a été mise au jour.

Je le répète, la réaction de l'Inde s'explique par le fait que la participation de cet Etat au terrorisme et à son financement au Pakistan a été mise au jour.»

85. Le 21 avril 2017, dans l'*Indian Express*, Karan Thapar, journaliste indien particulièrement respecté (ayant travaillé pour CNN), a invité le ministère des affaires étrangères de l'Inde à expliquer pourquoi le commandant Jadhav était en possession de deux passeports établis sous deux noms différents (vol. 2, annexe 28). Le ministère aurait indiqué qu'il ne pourrait répondre à cette question que si les représentants du Gouvernement indien parvenaient à entrer en communication avec l'intéressé, ce à quoi le journaliste a opposé : «Pourquoi ne pas vérifier les numéros de passeports dans les registres ? Cela permettrait sans aucun doute d'obtenir des renseignements...». En effet. Le ministère des affaires étrangères n'a, semble-t-il, pas répondu à cette question.

86. La page Wikipedia de M. Thapar précise que cette publication a «provoqué une violente levée de boucliers en Inde, certains lecteurs dénonçant notamment, dans les commentaires de l'article, la position antinationale de M. Thapar vis-à-vis de ses compatriotes sur des questions sensibles susceptibles de nuire à l'image de son propre pays sur la scène internationale» (vol. 2, annexe 29).

87. Dans ce même article, M. Thapar rapporte par ailleurs qu'un certain Amarjit Singh Dulat — ancien chef du RAW et ancien directeur spécial du bureau du renseignement indien selon le site Internet de l'institut indien des études sur la paix et les conflits (*Institute of Peace and Conflict Studies*), pour lequel il travaille — a «indiqué sans hésitation qu'il était possible que Jadhav soit un espion» (vol. 2, annexe 28), mais que, si tel était le cas, il y avait fort peu de chances que le Gouvernement de l'Inde l'admette.

27

88. Le 26 avril 2017, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a transmis au *Foreign Secretary* du Pakistan un recours et un appel émanant de la mère du commandant Jadhav (vol. 2, annexe 13.16).

89. Le 27 avril 2017, le ministre indien des affaires étrangères a adressé à S. Exc. M. Sartaj Aziz, alors conseiller pour les affaires étrangères auprès du premier ministre du Pakistan, une lettre (vol. 2, annexe 31) demandant i) que lui soient communiquées des copies certifiées conformes de l'acte d'accusation, des procès-verbaux relatifs à l'enquête, du résumé des éléments de preuve versés au dossier et du jugement rendu en l'affaire ; ii) qu'un avocat de la défense soit désigné pour assister le commandant Jadhav et que ses coordonnées lui soient transmises ; iii) que lui soit communiquée une copie certifiée conforme du rapport médical concernant le commandant Jadhav et iv) que des visas appropriés soient délivrés aux membres de la famille de l'intéressé pour leur permettre de se rendre au Pakistan. Là encore, l'Inde n'a donné aucune suite à la demande d'entraide judiciaire du Pakistan.

90. Le même jour, le *New Indian Express* rapportait que, selon deux consultants indiens «spécialistes des questions de défense», MM. P.K. Sehgal (général de division de l'armée indienne à la retraite) et Qamar Agha, «le refus [de permettre aux autorités consulaires de communiquer avec l'intéressé] laissait penser que Kulbhushan avait subi des tortures telles qu'il avait déjà succombé ou n'était plus en état d'être présenté aux autorités indiennes» (vol. 2, annexe 32).

L'introduction par l'Inde de la présente instance

91. Le 8 mai 2017, l'Inde a déposé — et ce, sans en informer préalablement le Pakistan — une requête par laquelle elle a introduit la présente instance devant la Cour ; au paragraphe 60 de cette requête elle a sollicité les décisions ci-après :

«1) que la condamnation à mort prononcée à l'encontre de l'accusé soit immédiatement suspendue ;

2) que lui soit accordée *restitutio in integrum*, sous la forme d'une déclaration constatant que la condamnation à laquelle est parvenu le tribunal militaire au mépris total des droits énoncés à l'article 36 de la convention de Vienne, notamment en son paragraphe 1 b), et des droits humains élémentaires de tout accusé, auxquels il convient également de donner effet ainsi qu'exigé à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, est contraire au droit international et aux dispositions de la convention de Vienne ;

3) qu'il soit prescrit au Pakistan de ne pas donner effet à la condamnation prononcée par le tribunal militaire et de prendre les mesures qui pourraient être prévues par le droit pakistanais pour annuler la décision de ce tribunal ;

4) que cette décision, dans le cas où le Pakistan ne serait pas en mesure de l'annuler, soit déclarée illicite en tant que contraire au droit international et aux droits conventionnels, et qu'injonction soit faite au Pakistan de s'abstenir de violer la convention de Vienne et le droit international en donnant d'une quelconque façon effet à la condamnation, ainsi que de libérer sans délai le ressortissant indien qui en fait l'objet.»

28

92. Dans le même temps, l'Inde a déposé une demande en indication de mesures conservatoires dans laquelle, au paragraphe 22, elle a prié la Cour de prescrire que

- «a) le Gouvernement de la République islamique du Pakistan prenne toutes les mesures nécessaires pour que M. Kulbhushan Sudhir Jadhav ne soit pas exécuté ;
- b) le Gouvernement de la République islamique du Pakistan porte à la connaissance de la Cour les mesures qu'il aura prises en application de l'alinéa a) ; et que
- c) le Gouvernement de la République islamique du 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.»

93. Au paragraphe 23 de sa demande en indication de mesures conservatoires, l'Inde a soutenu que la situation dans laquelle se trouvait le commandant Jadhav était suffisamment grave et urgente pour justifier que la Cour indique des mesures conservatoires sans permettre au Pakistan de comparaître et de plaider devant elle :

«Eu égard à l'extrême gravité et à l'imminence de la menace d'exécution d'un citoyen indien au Pakistan en violation des obligations auxquelles celui-ci est tenu envers l'Inde, cette dernière prie instamment la Cour de considérer la présente demande comme une question de la plus grande urgence et de rendre immédiatement, et sans attendre la tenue d'audiences, une ordonnance en indication de mesures conservatoires *suo motu*.»

94. Dans la lettre qu'elle a adressée le 8 mai 2017 à la Cour et par laquelle elle a déposé sa requête et sa demande en indication de mesures conservatoires [vol. 1, annexe 1], l'Inde a précisé ceci :

«La demande en indication de mesures conservatoires est d'une extrême urgence. Compte tenu de l'absence de transparence qui a prévalu pendant toute la durée du procès, il est fort probable que les autorités pakistanaises exécutent M. Kulbhushan Sudhir Jadhav, ressortissant indien, à tout moment et sans préavis, ce qui priverait tant la Cour que l'Inde de la possibilité d'aboutir à une décision au fond sur l'affaire.»

95. Le 9 mai 2017, comme cela est normal en pareilles circonstances, le président de la Cour, dans l'exercice du pouvoir que lui confère le paragraphe 4 de l'article 74 du Règlement de celle-ci, a adressé au premier ministre du Pakistan une lettre dans laquelle il appelait le Gouvernement pakistanais, dans l'attente de la décision que rendrait la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires de l'Inde, «à agir de manière que toute ordonnance de la Cour à cet égard puisse avoir les effets voulus» [vol. 1, annexe 3].

96. Le 15 mai 2017, la Cour a tenu des audiences sur les mesures conservatoires dont les comptes rendus, ainsi que l'exposé écrit que le Pakistan a soumis à la Cour, sont joints au présent contre-mémoire par souci de commodité [vol. 1, annexe 5].

29

97. Le 18 mai 2017, la Cour a indiqué les mesures conservatoires ci-après [vol. 1, annexe 6, p. 15, p. 61] :

«Le Pakistan prendra toutes les mesures dont il dispose pour que M. Jadhav ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura pas été rendue, et portera à la connaissance de la Cour toutes les mesures qui auront été prises en application de la présente ordonnance.»

98. On notera que, dans son ordonnance, la Cour a également précisé ce qui suit [vol. 1, annexe 6, p. 13] :

«56. La Cour relève que les questions dont elle est saisie en la présente affaire n'ont pas trait au point de savoir si un Etat a le droit de recourir à la peine de mort. Ainsi qu'elle a déjà eu l'occasion de le faire observer, «la fonction de la Cour est de régler des différends juridiques internationaux entre Etats, notamment lorsqu'ils découlent de l'interprétation ou de l'application de conventions internationales, et *non pas d'agir en tant que cour d'appel en matière criminelle*» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 15, par. 25 ; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 5 février 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 89, par. 48).» (Les italiques sont de nous.)

99. MM. les juges Bhandari (Inde) et Cançado Trindade (Brésil) ont joint à l'ordonnance l'exposé de leur opinion individuelle.

100. Le 31 mai 2017, le ministère pakistanais des affaires étrangères a adressé au haut-commissariat de l'Inde à Islamabad une lettre dans laquelle il soulignait que celle-ci n'avait toujours pas répondu ni donné suite à la demande d'entraide judiciaire formulée par le Pakistan,

appelant notamment l'attention du demandeur sur le fait qu'il n'avait pas expliqué «comment et dans quelles circonstances le commandant Jadhav était entré en possession de son passeport portant un faux nom». L'Inde a été invitée une nouvelle fois à apporter sa coopération et son concours dans le cadre d'une enquête portant sur les «plus graves actes de terrorisme perpétrés par ses ressortissants», mais elle ne l'a pas fait [vol. 2, annexe 42, p. 2].

101. Le 8 juin 2017, le ministère pakistanais des affaires étrangères a adressé à la Cour une lettre de réponse aux mesures conservatoires indiquées par celle-ci, dans laquelle il précisait ce qui suit :

«Sans préjudice de la position du Pakistan concernant la compétence et le point de savoir si le différend porté devant la Cour peut faire l'objet d'un règlement judiciaire, ainsi que des processus juridiques internes relatifs à l'enquête visant le commandant Kulbhushan Sudhir Jadhav (alias Hussein Mubarak Patel, titulaire du passeport indien n° L9630722), sa déclaration de culpabilité et sa condamnation, notamment pour espionnage, sabotage et terrorisme, le Gouvernement de la République islamique du Pakistan a chargé ses services compétents de donner effet à l'ordonnance rendue par la Cour le 18 mai 2017. Nous rappelons que des voies de droit demeurent ouvertes au commandant Jadhav.» [Vol. 1, annexe 9.]

30

102. Le même jour, le président de la Cour a tenu une réunion afin de fixer les dates d'expiration des délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite. Le 13 juin 2017, la Cour a rendu une ordonnance dans laquelle elle a fixé celles relatives aux premières pièces. L'Inde avait ainsi jusqu'au 13 septembre 2017 pour déposer son mémoire, et le Pakistan, jusqu'au 13 décembre 2017 pour déposer son contre-mémoire [vol. 1, annexe 10].

103. Le 19 juin 2017, le ministère indien des affaires étrangères a adressé au ministère pakistanais des affaires étrangères une lettre dans laquelle il prétendait répondre à celle du Pakistan en date du 31 mai 2017 et renvoyer la demande d'entraide judiciaire formulée par ce dernier, sans y donner suite sur le fond de quelque manière que ce soit [vol. 2, annexe 33].

104. Le 20 juin 2017, le haut-commissaire pakistanais à New Delhi de l'époque a réitéré, dans un entretien accordé au journal *The Hindu*, que le commandant Jadhav avait la possibilité d'adresser une demande de grâce, d'abord au chef d'état-major de l'armée puis au président du Pakistan [vol. 2, annexe 34]. Comme cela a été exposé plus haut, le conseiller avait déjà précisé ces points à l'Inde et au reste du monde dans sa déclaration à la presse en date du 14 avril 2017 [vol. 2, annexe 23, p. 2-3].

La suite des aveux du commandant Jadhav

105. Le 22 juin 2017, le service des relations publiques de l'armée pakistanaise a publié un communiqué de presse indiquant que le commandant Jadhav «a[vait] formé un recours en grâce auprès du chef d'état-major» après avoir «interjeté appel devant la cour d'appel militaire, celui-ci ayant été rejeté», et que «[l]a loi l'autoris[ait] à demander clémence en s'adressant au chef d'état-major (ce qu'il a fait) et, si sa demande [était] rejetée, au président du Pakistan.» [vol. 2, annexe 35, p. 1-2]

106. Un enregistrement vidéo des aveux contrits du commandant Jadhav (réalisé avant le 10 avril 2017) a été présenté à cette même conférence de presse et sera fourni en tant qu'élément de

preuve. La transcription de ces nouveaux aveux, annexée au communiqué de presse susmentionné [vol. 2, annexe 35, p. 2-3] est reproduite dans son intégralité ci-après :

«TRANSCRIPTION DE LA SECONDE DÉCLARATION DU COMMANDANT
KULBHUSHAN SUDHIR JADHAV

Je suis le commandant Kulbushan Sudhir Jadhav, officier de la marine indienne de matricule 41558 Zulu, et mon nom d'emprunt était «Hussain Mubarak Patel». Je me suis rendu à Karachi en deux occasions, en 2005 et 2006, afin d'y collecter les premiers renseignements au sujet d'installations navales et d'autres informations complémentaires. Je réunissais en général ces informations dans les zones de débarquement situées aux alentours de Karachi et sur différents navires militaires, ainsi que tout autre renseignement qu'il m'était possible de recueillir au sujet de la marine.

Les responsables du RAW ayant pressenti que le Gouvernement Modi arriverait au pouvoir en 2014, j'ai été établi dans mes fonctions et transféré dans ce service. Il s'agissait pour moi de veiller à l'organisation et à la coordination de toutes les activités menées aux alentours de la côte du Makran, de Karachi et du Baloutchistan intérieur, de Turbat et de Quetta.

31

Par la suite, Anil Kumar et moi avons eu une réunion avec Alok Joshi [ancien chef du RAW], au cours de laquelle nous avons mis au point les plans et les activités menées sur la côte du Makran. Sous le nom de «Hussein Mubarak Patel», j'étais basé dans la ville portuaire iranienne de Châh Bahar, où je dirigeais l'entreprise «Kaminda Trading Company». C'était une opération discrète à laquelle l'ambassade n'était pas partie prenante, consacrée exclusivement à l'organisation d'entrevues avec les insurgés et terroristes baloutches. L'objet de ces réunions était de veiller à ce que les objectifs du RAW concernant les diverses activités terroristes au Baloutchistan soient dûment communiqués aux intéressés et, en retour, à ce que les responsables du service soient informés des exigences de ces derniers.

Mon rôle, en me rendant au Pakistan, était d'identifier et de rencontrer les principaux responsables des séparatistes baloutches, de l'Armée de libération baloutche (BLA) et de l'Armée républicaine baloutche (BRA), et d'affecter et d'infiltrer quelque 30 à 40 agents du RAW le long de la côte du Makran en vue d'opérations communes avec les séparatistes, rebelles ou terroristes baloutches.

Les agents du RAW sur le terrain devaient faciliter la tâche aux séparatistes baloutches et les aider à atteindre des objectifs précis. J'étais donc une sorte de coordinateur militaire de l'opération dans son ensemble.

Le mouvement baloutche n'étant pas présent en mer, il s'agissait d'ériger un nouveau front de séparatistes baloutches afin d'assurer la coordination des actions depuis la côte et d'en faciliter la mise en œuvre plus à l'intérieur des terres, à Quetta ou à Trubat et, si possible, en d'autres lieux.

Par la suite, quand j'ai commencé à travailler pour le RAW, la mission qui m'a été assignée portait principalement sur le Baloutchistan et la région de Karachi. L'idée était de faciliter la tâche des séparatistes dans cette zone, de leur procurer une aide financière et de leur fournir des armes, des munitions et, si possible, des ressources humaines et matérielles sur la côte.

En qualité d'officier de marine, j'ai été chargé de voir comment faire parvenir ces ressources sur la côte du Makran, entre Gwadar, Jewani ou en tout autre lieu

pouvant convenir dans cette zone. L'idée générale était de perturber, voire de déstabiliser les activités économiques et autres dans toute cette région du couloir économique Chine-Pakistan, située entre Gwadar et la Chine, dans le but principal de renforcer la rébellion au Baloutchistan et dans la région de Karachi.

32

Le RAW, par l'entremise de M. Anil Kumar, favorise, finance et parraine un grand nombre d'activités menées dans les provinces du Baloutchistan et du Sindh. Les «hundis» et «hawalas» [modes traditionnels de paiement informel] sont effectués dans leur intégralité entre Delhi et Mumbai et le Pakistan, via Dubaï. L'une de ces transactions d'envergure a consisté à transférer un montant de 40 000 dollars aux séparatistes baloutches via Dubaï. Les fonds entrant dans les provinces du Baloutchistan et du Sindh en vue de financer diverses actions menées contre l'Etat transitent également par les consulats de Jalalabad, de Kandhar et de Zahidan, consulats de grande importance sur lesquels s'appuie le RAW pour effectuer des transferts en dollars au bénéfice du mouvement baloutche.

J'ai eu l'occasion de participer directement à ce type de transaction et d'observer le transfert récent, via Dubaï, de ce montant de 40 000 dollars entre l'Inde et un agent baloutche basé au Pakistan.

Le RAW, et Anil Kumar pour son compte, parrainent régulièrement différentes actions terroristes au Pakistan. Les musulmans hazaras et chiïtes en particulier, qui se déplacent en pèlerinage entre l'Iran, l'Afghanistan et le Pakistan devaient tout bonnement être pris pour cible et tués. C'était déjà le cas, c'était en cours, mais cela devait être renforcé au plus haut niveau, l'objectif étant de tarir définitivement ce mouvement.

Par la suite, différents agents de FWO [Frontier Works Organization, organisation de génie militaire] effectuant des travaux de construction sur plusieurs routes du Baloutchistan ont été pris pour cible, et, pour finir, troisième activité majeure, des attaques ont été perpétrées par les séparatistes baloutches au moyen d'engins explosifs à Quetta, Turbat et dans d'autres villes du Baloutchistan. Ces attaques étaient directement parrainées par le RAW.

Anil Kumar soutient depuis un certain temps des actes de violence sectaire dans les provinces du Sindh et du Baloutchistan, et a commandité plusieurs assassinats commis dans la même région en vue de déstabiliser le peuple pakistanais et d'instiller la peur dans les esprits ; le commissaire de police pakistanais Chaudhary a été tué dans ces circonstances. Anil Kumar m'en a directement fait part.

L'octroi, par la suite, de différents financements au TTP [Tehreek-e-Taliban Pakistan, mouvement des Talibans du Pakistan] ainsi qu'à d'autres groupes terroristes afghans anti pakistanais a conduit à la commission de l'attentat, par le TTP, contre les bases navales de Mehran, au cours duquel des dommages importants ont été causés à la marine pakistanaise. D'autres attaques ont été menées contre des installations radar, il y a eu l'attentat au gaz contre l'oléoduc de Sui, puis des attaques contre des arrêts de bus civils lors desquelles, j'imagine, des ressortissants pakistanais ont été pris pour cible par des séparatistes baloutches, assassinés et massacrés, en vue de susciter l'anarchie dans les activités du couloir économique Chine-Pakistan, tout cela étant directement financé et soutenu par Anil Kumar. Celui-ci souhaitait porter l'opération à un niveau supérieur, dans l'optique de provoquer la désorganisation et l'interruption complètes des activités du couloir économique Chine-Pakistan entre Gwadar et la Chine.

Les responsables du RAW avaient notamment, de concert avec les rebelles baloutches, planifié une attaque de type militaire contre le consulat pakistanais de Zahedan. L'objectif était soit de commettre un attentat contre le consulat à la grenade ou au moyen d'un engin explosif ou de lance-roquettes, avec la volonté d'y causer des dommages, soit de procéder à tout autre type d'attaque violente. Cette opération a été planifiée de façon militaire, faisant intervenir des responsables du RAW en Iran ainsi que des séparatistes baloutches dont le rôle était de mettre en œuvre l'attaque et de faciliter l'opération ; j'étais parfaitement au courant de ce plan et des moyens mis en œuvre.

33

Le RAW parrainait aussi la création d'un site Internet moderne, un nouveau site qui avait déjà été lancé au Népal, et que le mouvement baloutche continuait d'exploiter ; le bureau du RAW à Katmandou (Népal) gérait la création et l'entretien du site existant et cherchait à inciter certaines personnes résidant au Pakistan à participer à de nouvelles opérations.

Cette fois, pour traverser la frontière pakistanaise, j'ai effectué tout le voyage de Châh Bahar jusqu'à la frontière irano-pakistanaise près de Sarawan, en compagnie de Rakesh [sous-inspecteur du RAW], à bord d'un taxi privé. Arrivé là-bas, je suis entré sur le territoire pakistanais en même temps que des séparatistes baloutches, et les autorités pakistanaises m'ont arrêté environ une heure et demie plus tard.

Pour résumer, au moment d'entrer sur le territoire pakistanais, je détenais un visa officiel obtenu en Iran et portais mes passeports sur moi pratiquement jusqu'à la frontière ; en cas de contrôle par les autorités iraniennes ou de tout autre contrôle, je pouvais ainsi légitimer à la fois mes déplacements en Iran, mon entrée au Pakistan et mon retour. Si je n'avais pas été arrêté, j'aurais pu légitimer mon retour à l'aide de ce passeport et de ce visa obtenu en Iran.

Lors de la procédure judiciaire engagée contre moi devant la cour martiale générale, les autorités locales pakistanaises chargées de l'ensemble du procès m'ont fourni un avocat de la défense.

Aujourd'hui, après ce temps passé au Pakistan, j'éprouve un grand sentiment de honte et c'est avec sincérité que je demande clémence pour les actes, les péchés et les crimes que j'ai commis contre la nation et le peuple pakistanais.»

107. Pendant plus d'un an, le commandant Jadhav a donc fait à plusieurs reprises le même récit de ses actes illicites.

34

108. Le 17 juillet 2017, les propos suivants du «spécialiste des questions de défense» P.K. Sehgal (ancien général de division de l'armée indienne) ont été rapportés dans un article de l'*Indian Express* : «En raison du manque d'éléments à charge contre l'ancien officier de la marine indienne, le Pakistan entendait régler l'affaire Jadhav par ses propres moyens» et

«Le Pakistan est parfaitement conscient que ce procès n'était qu'un simulacre, un simulacre de procès militaire ; il ne dispose d'aucun élément de preuve, c'est pourquoi il tente de mettre fin à cette procédure à son niveau. L'Etat pakistanais essaie par tous les moyens possibles de duper la Cour» [vol. 2, annexe 36, p. 1-2].

Dans le même article est cité Praful Bakshi, autre «spécialiste des questions de défense» (qui se présente lui-même comme un ancien lieutenant-colonel pilote de chasse et comme l'ancien porte-parole principal du ministère indien de la défense) [vol. 2, annexe 37] :

«Le fait que le tribunal militaire pakistanais ait rejeté le recours en grâce de Jadhav et ait déclaré qu'il s'agissait d'un criminel est très grave. D'autres possibilités s'offrent cependant. La Cour internationale de Justice a déjà donné instruction au Pakistan de préparer sa nouvelle équipe et de présenter de nouveau ses arguments en bonne et due forme. Il lui revient à présent de décider des mesures qu'elle va prendre. C'est un organisme mondial, et le Pakistan ne peut donc pas la prendre à la légère.» [vol. 2, annexe 36, p. 2]

Avec tout le respect dû à ces messieurs, les commentaires tendancieux qui leur sont attribués pourraient jeter le doute sur leur expertise.

109. Par une note verbale en date du 24 juillet 2017, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a demandé au ministère pakistanais des affaires étrangères à pouvoir entrer en communication avec le commandant Jadhav. Une fois encore, l'Inde n'a pas donné suite à la demande d'entraide judiciaire du Pakistan [vol. 2, annexe 13.17].

110. Le 30 août 2017, le ministère pakistanais des affaires étrangères a adressé une lettre au ministère indien des affaires étrangères au sujet de la persistance de l'Inde à ne pas donner suite à la demande d'entraide du Pakistan, et a notamment formulé plusieurs demandes spécifiques concernant le passeport du commandant Jadhav [vol. 2, annexe 13.17] :

«5. Le Gouvernement indien a, par exemple, reçu une copie lisible du passeport n° L9630722 délivré au nom de «Hussein Mubarak Patel».

6. Il incombe au Gouvernement indien d'expliquer :

- a) si le commandant Jadhav est bien le commandant Jadhav ou s'il est «Hussein Mubarak Patel».
- b) S'il n'est pas «Hussein Mubarak Patel», cette personne existe-t-elle ?
- c) Que «Hussein Mubarak Patel» existe ou non, quelles démarches le Gouvernement indien a-t-il entreprises, à tout le moins depuis le 23 janvier 2017, pour enquêter sur la manière dont le commandant Jadhav a pu obtenir un passeport auprès des autorités indiennes compétentes ?
- d) Les différents déplacements effectués par le commandant Jadhav.

7. A titre subsidiaire, le Gouvernement indien considère-t-il que le commandant Jadhav était en possession de documents faux et inexacts, au sens où :

- a) il ne s'appellerait pas «Hussein Mubarak Patel» ; ou
- b) son passeport n'aurait pas été délivré par les autorités indiennes compétentes ?

8. Si tel est le cas, le Gouvernement indien considère-t-il que le commandant Jadhav a commis une ou plusieurs infractions au regard du droit indien ? Dans l'affirmative, quelles sont-elles ?

9. La République islamique du Pakistan considère que le fait de retourner la demande d'entraide à son expéditeur n'excuse en rien le manquement de la République de l'Inde aux obligations internationales susmentionnées. Pour aider l'Inde à s'y conformer, ladite demande lui est donc adressée de nouveau.»

111. Le 13 septembre 2017, l'Inde a déposé son mémoire auprès de la Cour.

35

112. Le 20 septembre 2017, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a adressé une note verbale au ministère pakistanais des affaires étrangères, dans laquelle il demandait à pouvoir entrer en communication avec le commandant Jadhav. Une fois encore, l'Inde n'a donné aucune suite à la demande d'entraide du Pakistan [vol. 2, annexe 13.18].

113. Par note verbale en date du 9 octobre 2017, le haut-commissariat de l'Inde à Islamabad a demandé au ministère pakistanais des affaires étrangères à pouvoir entrer en communication avec le commandant Jadhav. Une fois encore, l'Inde n'a donné aucune suite à la demande d'entraide du Pakistan [vol. 2, annexe 13.19].

114. Par lettre adressée à la Cour en date du 11 octobre 2017, le Pakistan a désigné M. Tassaduq Hussain Jillani, ancien juge de la Cour suprême du Pakistan, pour siéger en qualité de juge *ad hoc* en l'affaire [vol. 2, annexe 38].

115. Le 26 octobre 2017, le ministère pakistanais des affaires étrangères a adressé une lettre au ministère indien des affaires étrangères au sujet de la persistance de l'Inde à ne pas donner suite à la demande d'entraide du Pakistan, et a notamment réitéré plusieurs demandes spécifiques concernant le passeport du commandant Jadhav [vol. 2, annexe 44, p. 2-3], à savoir :

- «1) Le commandant Jadhav est-il bien le commandant Jadhav ou est-il «Hussein Mubarak Patel» ?
- 2) S'il n'est pas «Hussein Mubarak Patel», cette personne existe-t-elle ?
- 3) Que «Hussein Mubarak Patel» existe ou non, quelles démarches le Gouvernement indien a-t-il entreprises, à tout le moins depuis le 23 janvier 2017, pour enquêter sur la manière dont le commandant Jadhav a pu obtenir un passeport auprès des autorités indiennes compétentes ?
- 4) A titre subsidiaire, le Gouvernement indien considère-t-il que le commandant Jadhav était en possession de documents faux et inexacts, soit :
 - a) parce que son nom n'est pas «Hussein Mubarak Patel» ; soit
 - b) parce que son passeport n'a pas été délivré par les autorités indiennes compétentes ?
- 5) Si tel est le cas, le Gouvernement indien considère-t-il que le commandant Jadhav a commis une ou plusieurs infractions au regard du droit indien ? Dans l'affirmative, quelles sont-elles ?
- 6) Quel est le véritable passeport du commandant Kulbhushan Sudhir Jadhav (à supposer qu'un passeport lui ait été délivré) ? Merci de nous fournir les informations complètes concernant les date de délivrance et d'expiration, le

36

numéro du passeport, le lieu de délivrance, le nom et la photographie figurant dans le véritable passeport (en cours de validité) délivré au commandant Jadhav, si un tel document existe. Sans préjudice de ce qui précède, la République islamique du Pakistan a déjà informé à la République de l'Inde que celle-ci n'avait pas établi la nationalité indienne du commandant Jadhav.»

116. Le Pakistan a expressément indiqué que, si les autorités indiennes estimaient que le commandant Jadhav avait violé le droit pénal indien, il serait prêt à envisager de les aider en examinant les demandes d'extradition qu'elles pourraient formuler [vol. 2, annexe 44, p. 3].

117. Le 6 novembre 2017, le greffier de la Cour a informé le Pakistan que l'Inde ne s'était pas opposée à la désignation, par le Pakistan, de M. Jilani, ancien juge de la Cour suprême du Pakistan, pour siéger en qualité de juge *ad hoc* en la présente espèce [vol. 2, annexe 39].

118. Le 10 novembre 2017, le ministère pakistanais des affaires étrangères a adressé une note verbale au haut-commissariat de l'Inde à Islamabad, dans laquelle il déclarait que «*le Gouvernement pakistanais [avait], pour des raisons humanitaires, décidé d'organiser une rencontre entre le commandant Kulbhushan Jadhav et sa femme*» [vol. 2, annexe 40].

119. Il a été donné suite à cette note verbale par une lettre en date du 13 novembre 2017 [vol. 2, annexe 41].

120. Alors que le présent contre-mémoire est en voie d'achèvement, la proposition de rencontre susmentionnée fait l'objet d'une correspondance régulière.

37

III. QUESTIONS PRÉLIMINAIRES FAISANT OBSTACLE À CE QUE LA COUR EXERCE SA COMPÉTENCE EN LA PRÉSENTE ESPÈCE

121. L'Inde refuse d'engager le débat sur une question centrale, celle de savoir comment le commandant Jadhav (dont elle admet qu'il était membre de ses forces armées mais laisse (opportunément) entendre qu'il serait parti à la retraite peu de temps avant son arrestation) a pu effectuer de fréquents voyages à partir de son territoire, muni d'un passeport indien authentique établi sous une fausse identité et un nom musulman.

122. La délivrance d'un passeport indien authentique établi sous une fausse identité et la possession d'un tel passeport (acte apparemment puni d'une peine d'emprisonnement selon le droit pénal interne de l'Inde tel qu'énoncé dans la loi de 1967 sur les passeports (vol. 5, annexe 85) et la réglementation de 1980 sur les passeports (vol. 5, annexe 86)) soulèvent des questions graves quant à la complicité du Gouvernement de l'Inde dans la commission de cet acte par le commandant Jadhav, ou (à tout le moins) la manière dont il l'a facilitée.

123. Même dans l'hypothèse où le Gouvernement de l'Inde aurait *simplement* facilité (sans être complice) les fréquents déplacements du commandant Jadhav en lui fournissant un passeport indien authentique établi sous une fausse identité, le Pakistan fait respectueusement valoir que ce comportement constitue un motif suffisant pour que la Cour rejette les demandes de l'Inde sur un ou plusieurs des fondements suivants : A) abus de procédure ; B) abus de droits ; ou encore C) illicéité, doctrine des «mains propres» et principe *ex injuria jus non oritur*.

A. Abus de procédure

124. Le Pakistan soutient respectueusement que, en invoquant la compétence de la Cour dans sa requête et sa demande en indication de mesures conservatoires du 8 mai 2017, l'Inde a commis un abus de procédure.

125. Robert Kolb, professeur de droit international public à l'Université de Genève, a défini l'abus de procédure en droit international public comme : «l'utilisation par une ou plusieurs parties d'instruments ou de droits procéduraux à d'autres fins que celles auxquelles ils ont été établis...» (Kolb R., «*General Principles of Procedural Law*», dans Zimmerman A., Oellers-Frahm K, Tomuschat C et Tams CJ (dir. publ.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (2012), p. 904 (vol. 5, annexe 108).

126. La notion d'abus de procédure a été invoquée devant la Cour à plusieurs reprises. Elle repose sur l'idée que les procédures et droits juridiques ne devraient pas être mis en œuvre d'une manière révélant un but impropre ou secondaire.

38

127. Dans la *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* (*Mexique c. Etats-Unis d'Amérique*), le conseil des Etats-Unis d'Amérique a avancé six arguments, qu'il a présentés comme «solidement fondés en droit international», pour démontrer l'abus de procédure que constituait l'instance introduite devant la Cour (compte rendu de l'audience du jeudi 19 juin 2008 à 15 heures, p. 47, par. 7) (vol. 3, annexe 45) :

«7. Madame le président, je vais vous présenter six arguments à l'appui de cette conclusion. Ce sont les suivants :

1. *La Cour a le pouvoir inhérent de régler ses propres procédures dans l'intérêt de la justice et aux fins de préserver son intégrité.*
2. *Ce pouvoir lui donne la possibilité de rejeter des requêtes lorsque celles-ci constituent un abus de procédure.*
3. *La Cour n'est pas liée par la qualification que donne la partie à sa requête.*
4. *Lorsqu'une partie affirme demander à la Cour de rendre une ordonnance à des fins spécifiques et que la Cour considère que cette partie poursuit en réalité une autre fin extérieure à la disposition sur laquelle elle est prétendument fondée, la Cour est autorisée à rejeter la demande pour ce motif.*
5. *Lorsqu'il apparaît à la Cour qu'une partie lui demande de rendre une décision ou ordonnance uniquement aux fins de faire pression sur l'autre partie pour qu'elle se conforme à une décision ou ordonnance précédente de la Cour, celle-ci est autorisée à rejeter la demande au motif qu'elle équivaut à un abus de procédure.*
6. *La Cour peut rejeter une demande, à tout stade de la procédure, dans les conditions que j'ai exposées, exerçant ainsi le pouvoir inhérent de régler sa propre procédure dans l'intérêt de la justice et dans le but de sauvegarder son intégrité.»* (Les italiques sont de nous.)

128. Bien que, dans cette affaire, la Cour n'ait pas examiné ces arguments avancés par les Etats-Unis d'Amérique, le Pakistan les reprend respectueusement à son compte et soutient que la Cour devrait en tenir compte pour apprécier l'introduction par l'Inde de la présente instance ainsi que son comportement dans le cadre de celle-ci. Il ne saurait être contesté que toute juridiction a le pouvoir inhérent d'empêcher qu'il soit recouru abusivement à ses procédures.

39

129. Au vu des éléments exposés ci-dessus, le Pakistan fait respectueusement valoir que, après avoir, dans sa requête et sa demande en indication de mesures conservatoires déposées en la présente espèce, invoqué la compétence exceptionnelle permettant à la Cour d'indiquer pareilles mesures, l'Inde présente, dans son mémoire, des demandes auxquelles celle-ci ne saurait faire droit, et notamment des «remèdes et satisfactions allant bien au-delà de ce [qu'elle] pourrait accorder» (pour reprendre les termes employés par l'Inde elle-même dans l'affaire des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*³), si elle devait conclure, contrairement à la position défendue par le Pakistan, que celui-ci n'a pas respecté l'article 36 de la convention de Vienne de 1963. Pour reprendre, là encore, les propres termes de l'Inde, «la présente instance ... relève d'un abus de procédure» (voir note de bas de page n° 3).

i) Quelques faits importants

130. L'Inde a déposé sa requête et sa demande en indication de mesures conservatoires sur le fondement de ce qu'elle a présenté comme le caractère extrêmement urgent de l'affaire, affirmant à tort (aux paragraphes 12 et 13 de sa demande en indication de mesures conservatoires) que l'exécution de la condamnation à mort prononcée à raison des crimes commis par le commandant Jadhav était imminente :

«La présente demande en indication de mesures conservatoires revêt un caractère de grande urgence puisque M. Jadhav a déjà été condamné à mort et ne dispose que de 40 jours pour interjeter appel ... Un appel a été formé au nom de l'intéressé par sa mère et, d'après les informations communiquées par la presse, il apparaît qu'une cour d'appel a déjà été constituée. Cette affaire est donc d'autant plus urgente qu'il est possible que cette cour se prononce sur l'appel avant même l'expiration du délai de 40 jours susmentionné.»

131. De fait, pour rendre plus convaincante son allégation tenant à l'urgence, l'Inde a laissé entendre (au paragraphe 21) qu'une exécution pouvait intervenir «d'un jour à l'autre» :

³ Lors des audiences consacrées à l'examen des questions de compétence et de recevabilité dans cette affaire, le conseil de l'Inde, M. Harish Salve, a soutenu ce qui suit (compte rendu de l'audience du jeudi 10 mars 2016 à 10 heures, p. 21, par. 9) (vol. 3, annexe 46) :

«9. Monsieur le président, la manière dont s'est déroulée jusqu'ici la présente instance montre sans l'ombre d'un doute que celle-ci relève d'un abus de procédure. L'instance a été introduite par une requête faisant état de plusieurs griefs, dans laquelle sont demandés des remèdes et satisfactions allant bien au-delà de ce que la Cour pourrait accorder si elle venait à admettre que le point 2 F du dispositif de son avis consultatif reflète l'existence d'un principe de droit international coutumier.»

Et d'ajouter (compte rendu de l'audience du mercredi 16 mars 2016 à 10 heures, p. 17, par. 13) (vol. 3, annexe 47) :

«13. Monsieur le président, Mesdames et Messieurs de la Cour, les remèdes envisagés à l'article 36 doivent être demandés de bonne foi, et l'un des premiers éléments de la bonne foi est la franchise dans les plaidoiries. Le comportement des Iles Marshall tout au long de ces plaidoiries ne répond guère à ce critère — et j'ose dire que ma critique était justifiée, si sévère fût-elle, quand j'ai dit y voir un abus de procédure.»

«Ainsi que cela a déjà été indiqué ci-dessus, la présente demande revêt un caractère d'extrême urgence, étant donné que, en tout état de cause, la période de quarante jours expire le 19 mai, et que, la mère de l'intéressé ayant d'ores et déjà formé un appel et la cour d'appel ayant d'ores et déjà été constituée, cette dernière peut se prononcer d'un jour à l'autre sur ledit appel.»

40

132. Ainsi que cela ressortait alors de manière évidente (des éléments de preuve avancés par l'Inde elle-même), et ainsi que l'a exposé le Pakistan à l'audience du 15 mai 2017, cette affirmation était tout simplement inexacte. C'est en réalité la façon dont ont été présentées la requête et la demande en indication de mesures conservatoires qui a créé l'impression d'une extrême urgence, les faits réels de l'espèce n'allant nullement dans ce sens.

133. Dans sa demande en indication de mesures conservatoires, l'Inde affirmait (au paragraphe 21) que celle-ci «revê[tait] un caractère d'extrême urgence, étant donné que, en tout état de cause, la période de quarante jours (accordée pour interjeter appel) expi[rait] le 19 mai et que ... la cour d'appel ... [pouvait] se prononcer d'un jour à l'autre sur ledit appel».

134. Cette assertion de l'Inde était pourtant en totale contradiction avec les éléments de preuve qu'elle avait elle-même soumis à la Cour à l'appui de sa requête et de sa demande en indication de mesures conservatoires.

135. L'Inde savait, dès le 14 avril 2017 (si ce n'est avant), date du communiqué de presse de S. Exc. M. Sartaj Aziz, le conseiller de l'époque, que le commandant Jadhav avait le droit d'introduire un recours en grâce auprès du chef de l'état-major de l'armée, puis du président de la République du Pakistan. Ainsi que l'a exposé le conseiller, il pouvait bénéficier à cet effet d'un délai de cent cinquante jours (vol. 2, annexe 23, p. 2-3). Bien que les ayant communiqués, l'Inde s'est bien gardée d'appeler l'attention de la Cour sur ces éléments.

136. L'Inde a ainsi cru pouvoir se prévaloir de la procédure exceptionnelle de la Cour que constituent les mesures conservatoires tout en passant sous silence des faits hautement pertinents se rapportant à la situation dans laquelle se trouvait alors le commandant Jadhav, à savoir que celui-ci disposait d'un droit constitutionnel de demande de grâce (ainsi que cela est exposé ci-dessus) prévoyant un délai d'au moins cent cinquante jours.

137. De plus, ainsi que cela est également précisé ci-dessus, l'Inde a omis certains éléments de preuve essentiels dans la requête et la demande en indication de mesures conservatoires qu'elle a soumises à la Cour le 8 mai 2017. Elle a ainsi annexé à sa requête la première page (c'est-à-dire la lettre de couverture) de la demande d'entraide judiciaire qui lui a été adressée le 23 janvier 2017 par le Pakistan, sans toutefois produire aucun des éléments importants composant cette demande, et ce, alors même qu'elle cherchait à convaincre la Cour de lui accorder, sans tenir d'audiences (c'est-à-dire sans donner au Pakistan la possibilité d'être entendu et d'exposer ses vues), les remèdes sollicités dans sa demande. Le Pakistan affirme que tout Etat demandant à la Cour, de manière non contradictoire, de mettre en œuvre des mesures est soumis à un devoir d'information accru pour veiller à ce que celle-ci dispose de tous les éléments pertinents aux fins de l'exercice qu'il l'invite à entreprendre. Ce principe a été retenu dans les lois et procédures judiciaires internes de nombreux pays du monde.

41

138. Le fait que l'Inde n'ait pas réparé cette omission dans son mémoire ne peut, selon le Pakistan, être interprété que comme un refus réfléchi et délibéré de fournir à la Cour des éléments pertinents et importants — ou un manquement fautif à cet égard. Le Pakistan soutient, avec tout le respect dû au demandeur, qu'il s'agit là d'un manque de franchise évident.

139. En conséquence, quoique la Cour ait, par son ordonnance du 18 mai 2017, fait droit à la demande en indication de mesures conservatoires de l'Inde (sur la base de la thèse de l'urgence), le Pakistan affirme respectueusement que la manière dont celle-ci a introduit la présente instance, telle qu'exposée ci-dessus, constitue clairement un abus des procédures de la Cour.

140. De fait, un Etat demandant que des mesures conservatoires soient indiquées sans audiences ou dans un délai extrêmement court doit être soumis à une obligation de sincérité très stricte. Il est tenu d'appeler l'attention de la Cour sur tous les faits importants sans en omettre ni en déformer aucun ; de même, il ne saurait invoquer une «procédure exceptionnelle» en faisant une présentation inexacte des faits ou en exagérant la situation d'urgence, voire en la créant de toutes pièces. L'Inde est malheureusement loin d'avoir respecté ces règles, et s'est montrée incapable de justifier son comportement alors même que ces questions ont été soulevées à l'audience du 15 mai 2017 consacrée à l'examen de la demande en indication de mesures conservatoires (vol. 1, annexe 5.2, p. 12 et suiv.).

141. De plus, ainsi que cela a été indiqué lors de cette même audience, le risque était grand que la Cour soit instrumentalisée pour servir de tribune à des gesticulations politiques, ce que la couverture de la procédure dans les médias et réseaux sociaux indiens n'a fait que confirmer.

ii) Le «piège» de l'Inde consistant à éviter les mécanismes de règlement des différends du protocole de signature facultative

142. Le Pakistan soutient respectueusement que, en se soustrayant aux mécanismes conventionnels détaillés établis par la convention de Vienne de 1963 en matière de règlement des «différends», l'Inde a adopté un comportement qui démontre lui aussi un abus des procédures de la Cour.

143. Les articles I à III du protocole de signature facultative à la convention de 1963 concernant le règlement obligatoire des différends (ci-après le «protocole de signature facultative») disposent (vol. 5, annexe 87) :

«Article premier

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.

Article II

42

Les parties peuvent convenir, dans un délai de deux mois après notification par une partie à l'autre qu'il existe à son avis un litige, d'adopter d'un commun accord, au lieu du recours à la Cour internationale de Justice, une procédure devant un tribunal d'arbitrage. Ce délai étant écoulé, chaque partie peut, par voie de requête, saisir la Cour du différend.

Article III

1. Les parties peuvent également convenir d'un commun accord, dans le même délai de deux mois, de recourir à une procédure de conciliation avant d'en appeler à la Cour internationale de Justice.

2. La Commission de conciliation devra formuler ses recommandations dans les cinq mois suivant sa constitution. Si celles-ci ne sont pas acceptées par les parties au litige dans l'espace de deux mois après leur énoncé, chaque partie sera libre de saisir la Cour du différend par voie de requête» (les italiques sont de nous).

144. Il ressort clairement du sens immédiat des dispositions reproduites ci-dessus que les Etats parties à la convention de 1963 entendaient prévoir la possibilité, en cas de différend, de recourir à certains mécanismes de règlement avant de s'en remettre à la Cour. Une notification formelle du différend était, à cet effet, nécessaire.

145. Dans sa requête, sa demande en indication de mesures conservatoires et son mémoire, l'Inde semble défendre la thèse selon laquelle un «différend» concernant la communication entre le commandant Jadhav et les autorités consulaires existait entre les Parties depuis le 25 mars 2016, date à laquelle le *Foreign Secretary* du Pakistan a notifié l'arrestation de l'intéressé au haut-commissariat de l'Inde à Islamabad, et à laquelle ce dernier a envoyé sa note verbale.

146. Le Pakistan rejette l'idée selon laquelle l'Inde l'aurait ainsi informé, comme elle y était tenue, qu'il existait, «à son avis», un «litige». Il observe que la première notification formelle à cet égard est intervenue lorsque la demande en indication de mesures conservatoires du 8 mai 2017 lui a été transmise. De fait, le 31 mars 2017 encore (voir par. 61 ci-dessus), l'Inde reconnaissait clairement que le Pakistan était disposé à permettre à ses autorités consulaires d'entrer en communication avec l'intéressé.

147. Toutefois, nonobstant le recours possible aux mécanismes de règlement des différends qui auraient pu permettre d'enclencher une procédure d'arbitrage contraignante dans les deux mois suivant la notification d'un différend ou d'entraîner, dans ce même délai, l'établissement d'une commission de conciliation (devant formuler ses recommandations dans les cinq mois suivant sa formation), l'Inde a, le 8 mai 2017, introduit la présente instance devant la Cour sans aucune notification préalable. Le demandeur affirmera sans doute qu'il répondait à l'urgence de la situation, ce qui est inexact, puisque la «situation» invoquée a vu le jour le 25 mars 2016.

43

148. En agissant de la sorte, l'Inde a, de fait, piégé le Pakistan en introduisant contre lui une instance judiciaire *i)* alors que quatorze mois s'étaient écoulés depuis le 25 mars 2016 et *ii)* sans avoir entrepris la moindre démarche tendant à mettre en œuvre les mécanismes de règlement des différends prévus aux articles II et III du protocole de signature facultative.

149. Le Pakistan soutient que le comportement de l'Inde tel qu'il est décrit ci-dessus contrevient à la lettre et à l'esprit du protocole de signature facultative et met en évidence un abus de procédure, ou constitue une nouvelle preuve à cet égard.

Conclusion

150. Le Pakistan fait valoir que, compte tenu des éléments exposés dans les paragraphes précédents, la Cour devrait déclarer irrecevables les demandes présentées dans le mémoire de l'Inde et les rejeter.

44

B. Abus de droit/absence de bonne foi

151. Au surplus, ou à titre subsidiaire, le Pakistan soutient que la Cour devrait rejeter la demande de l'Inde pour abus de droit.

i) Les principes juridiques

152. Aux pages 133 et 134 de son ouvrage *Good Faith in International Law* (1^{re} éd., 2017) [vol. 5, annexe 109], M. Kolb précise ceci : «La notion d'abus de droit recouvre de nombreux aspects ... Le point essentiel réside dans le fait qu'un droit ou une compétence subjectifs soient exercés d'une manière contraire à l'ordre juridique.»

153. Il s'agit là de principes que la Cour (ainsi que sa devancière) a reconnus à maintes reprises dans sa jurisprudence. Les principes juridiques pertinents établis dans ses arrêts en ce qui concerne l'incidence d'un abus de droit commis par un Etat demandeur sont exposés ci-après.

154. En l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, la France avait introduit une instance pour demander à la Cour de dire dans quelles conditions certains emprunts norvégiens émis sur son territoire entre 1885 et 1909 devaient être remboursés.

155. A la page 53 de l'opinion individuelle dont il a joint l'exposé à l'arrêt de la Cour en date du 6 juillet 1957 [vol. 3, annexe 48], le juge sir Hersch Lauterpacht (Royaume-Uni) a conclu ceci : «Incontestablement, l'obligation d'agir conformément à la bonne foi étant un principe général de droit, [elle] fait aussi partie du droit international».

156. En l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Bosnie-Herzégovine avait introduit contre la République fédérale de Yougoslavie une instance relative à des violations alléguées de la Convention sur le génocide de 1948. Lors des audiences consacrées à l'examen des exceptions préliminaires (compte rendu, mercredi 1^{er} mai 1996 à 10 heures, page 70) [vol. 3, annexe 49], le conseil de la Bosnie-Herzégovine a précisé ceci :

«[P]lus simplement, comme l'écrit M. Alexandre-Charles Kiss, on peut tenir pour un abus de droit l'exercice «*injustifié et injustifiable*» des compétences étatiques (*L'abus de droit en droit international*, LGDJ, Paris, 1953, p. 186).» (Les italiques sont de nous.)

157. En l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Djibouti avait introduit une instance contre la France au motif que celle-ci aurait refusé de façon illicite d'exécuter une commission rogatoire internationale concernant la transmission aux autorités judiciaires djiboutiennes du dossier relatif à la procédure d'information dans une affaire de meurtre. Dans son arrêt du 4 juin 2008, la Cour a jugé que le refus de la France constituait un manquement aux obligations internationales qui lui incombaient.

45

158. Au paragraphe 5 de la déclaration individuelle qu'il a jointe à l'arrêt [vol. 3, annexe 50], M. le juge Keith (Nouvelle-Zélande) a conclu ceci :

«5. Dans les deux décisions de la Cour permanente de Justice internationale que mentionne la Cour, non seulement le manque de bonne foi mais aussi *l'abus de droit* sont cités comme des restrictions valables à l'exercice, par un Etat, du pouvoir que lui confère un traité. Dans l'avis qu'elle a rendu en 1948 dans l'affaire relative aux *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, la Cour a pareillement indiqué que, même si l'article 4 de la Charte des Nations Unies posait de manière exhaustive les conditions de l'admission de nouveaux membres, cette disposition «n'interdi[sai]t la prise en considération d'aucun élément de fait qui, raisonnablement et en toute bonne foi, peut être ramené [à ces] conditions»; en outre, l'article 4 fixait un cadre qui «comport[ait] une large liberté d'appréciation» (*Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif, 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 63-64 ; voir également l'opinion dissidente collective, p. 91-92, par. 20*). Et le conseil de la France a reconnu que les principes d'abus de droit et de détournement de pouvoir pouvaient être pertinents, en l'espèce, quant à l'exercice du pouvoir en question. L'agent a ajouté que, même si l'Etat requis conserve un large pouvoir discrétionnaire, cela ne signifie nullement que les Etats invoquent ces clauses de dérogation sans discernement ; il est en outre évident, a-t-elle signalé, que la notion d'intérêts essentiels reste très étroite, comme l'indiquent les termes eux-mêmes.» (Les italiques sont de nous.)

159. En l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (deuxième phase)* (1930, *C.P.J.I. série A n° 24*), la Cour permanente de Justice internationale avait été priée de déterminer si deux zones franches créées par voie conventionnelle en 1815 et 1816 étaient maintenues ou abolies par le traité de Versailles. A la page 12 de son ordonnance du 6 décembre 1930 [vol. 3, annexe 51], la Cour, jugeant que la législation fiscale française s'appliquait dans les zones franches comme dans toute autre partie du territoire français, a conclu qu'«une réserve d[evait] être faite pour le cas d'abus de droit, abus qu[']elle ne saurait cependant présumer».

160. A la page 167 de l'arrêt qu'elle a rendu le 7 juin 1932 en l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex* (1932, *C.P.J.I. série A/B n° 46*) [vol. 3, annexe 52], la Cour permanente de Justice internationale a réitéré ce qui suit :

«Une réserve doit être faite pour le cas d'abus de droit, car il est certain que la France ne peut échapper à l'obligation de maintenir les zones, en créant, sous le nom de cordon de surveillance, un cordon douanier. Mais la Cour ne saurait présumer l'abus de droit.»

46

161. En l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie* (1939, *C.P.J.I. série A/B n° 77*), la Belgique avait demandé à la Cour permanente de Justice internationale de déclarer que la Bulgarie avait manqué aux obligations internationales qui lui incombait en prenant, par le truchement de ses autorités législatives, administratives et judiciaires, différentes mesures et décisions relatives à la Compagnie d'électricité de Sofia. Aux pages 97 et 98 de l'opinion individuelle dont il a joint l'exposé à l'arrêt en date du 4 avril 1939 [vol. 3, annexe 53], le juge Anzilotti (Italie) a conclu ce qui suit au sujet de la question de savoir si le Gouvernement bulgare avait commis un abus de droit en dénonçant un traité :

«Il est vrai que les représentants du Gouvernement belge ont fait discrètement allusion à un abus de droit que le Gouvernement bulgare aurait commis en dénonçant le Traité en vue de soustraire à la juridiction de la Cour le différend que le Gouvernement belge allait lui soumettre.

La théorie de l'abus de droit est extrêmement délicate, et j'hésiterais beaucoup à l'appliquer dans une matière telle que la juridiction obligatoire de la Cour. Le vieil adage, si en harmonie avec l'esprit du droit international : *Qui iure suo utitur neminem laedit*, me semble ici tout à fait à sa place. Et le Gouvernement bulgare avait bien le droit de dénoncer le Traité, et il était seul juge de l'opportunité ou de la nécessité de le faire.

La situation serait peut-être un peu différente si le Gouvernement bulgare, étant libre de dénoncer le Traité à n'importe quel moment, avait choisi justement celui où il avait été informé de l'intention du Gouvernement belge de s'adresser à la Cour. Mais il n'en est pas ainsi. Au moment où il apprit la décision du Gouvernement belge, le Gouvernement bulgare n'avait, pour dénoncer le Traité conformément à l'article 37, n^{os} 2 et 3, qu'un délai de quelques jours, sous peine de se trouver lié pour une nouvelle période de cinq ans.»

162. Dans la procédure relative aux *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte)*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1948, p. 57, il avait été demandé à la Cour d'interpréter les conditions fixées pour l'admission des Etats dans l'Organisation des Nations Unies et de déterminer notamment si ces conditions avaient un caractère limitatif.

163. A la page 80 de l'opinion individuelle dont il a joint l'exposé à l'avis consultatif en date du 28 mai 1948 [vol. 3, annexe 54], le juge Azevedo (Brésil) a précisé ceci :

«Tout ordre juridique comporte des limitations et est fondé sur des normes précises qui sont toujours prêtes à réapparaître comme l'élément constant de la construction, aussitôt dépassé le champ d'action des principes de caractère discrétionnaire, adoptés à titre exceptionnel.

Une telle constatation a des racines très anciennes dans la vie juridique, qui ont pu mitiger, à travers les siècles, l'adage *qui suo jure utitur neminem laedit*.

Le concept de l'abus de droit est dès maintenant émancipé des classiques notions du dol et de la faute ; au dernier stade du problème, on peut mettre de côté toute recherche d'intention pour examiner seulement l'aspect objectif, c'est-à-dire, en présumant que le droit dont il s'agit doit être exercé conformément aux critères de la normalité en vue du but social de la loi. (V. g. Code civil suisse, art. 2 ; soviétique, art. 1, et brésilien, art. 160.)» (Les italiques sont de nous.)

164. En l'affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, le Liechtenstein avait introduit contre le Guatemala une instance tendant au redressement et à la réparation du comportement dont ce dernier avait fait preuve envers un ressortissant liechtensteinois. Dans son arrêt du 6 avril 1955, la Cour a relevé que la nationalité de M. Nottebohm n'était pas fondée sur quelque véritable lien antérieur avec le Liechtenstein et que l'intéressé n'avait acquis la nationalité liechtensteinoise que pour obtenir le statut de ressortissant neutre en temps de guerre.

165. Aux pages 31 et 32 de l'exposé de son opinion dissidente [vol. 3, annexe 55], le juge Klaestad (Norvège) a conclu ceci :

«Le Gouvernement du Guatemala prétend que le Gouvernement du Liechtenstein, en accordant sa nationalité à un ressortissant allemand à une époque où l'Allemagne était en guerre, a commis un abus de droit ou une fraude. Pour les besoins de la présente affaire, il est inutile d'exprimer une opinion quelconque sur la possibilité d'appliquer en droit international la notion de l'abus de droit. Tout ce que j'ai à dire, c'est qu'à mon sens, si elle est applicable, elle présuppose qu'une sorte de dommage a été causé aux intérêts légitimes du Guatemala par la naturalisation de M. Nottebohm. Mais on n'a pas démontré qu'un dommage quelconque ait été causé de ce fait au Guatemala qui, à cette époque, était un Etat neutre.

Quant à l'allégation que le Gouvernement du Liechtenstein a commis une fraude, il suffit de dire qu'aucune preuve n'a été produite à l'appui d'une telle allégation. Les diverses irrégularités dans la procédure de naturalisation dont se plaint le Gouvernement du Guatemala, et les conditions financières établies pour l'octroi de la naturalisation, ne sauraient être considérées comme impliquant fraude.»

166. Aux pages 37 et 38 de l'exposé de son opinion dissidente [vol. 3, annexe 56], le juge Read (Canada) a conclu ceci :

«La notion d'abus de droit se fonde sur l'hypothèse de l'existence du droit qui a donné lieu à l'abus. En l'occurrence, elle est fondée sur l'hypothèse qu'en droit international le Liechtenstein avait la faculté de naturaliser M. Nottebohm, mais que, étant donné les circonstances particulières et la façon dont ce droit a été exercé, il y a eu exercice abusif de ce droit — exercice tellement scandaleux et exorbitant que son résultat, à savoir le statut national conféré à M. Nottebohm, ne pouvait être invoqué à l'égard du Guatemala.

La théorie d'abus de droit ne peut être invoquée par un Etat contre un autre Etat, à moins que ce dernier, en exerçant les droits qu'il détient du droit international, ne cause un préjudice au premier.

Etant donné que ce motif n'a pas été invoqué dans l'arrêt de la Cour, il est inutile que j'examine les raisons particulières invoquées par le conseil. Il suffit de faire remarquer que le Liechtenstein n'a causé aucun tort au Guatemala et qu'en conséquence il faut rejeter la conclusion finale 2 b).»

167. En l'affaire relative à des *Epanrages aériens d'herbicides (Equateur c. Colombie)*, l'Equateur avait introduit une instance contre la Colombie à raison de graves dommages que celle-ci lui aurait causés en épandant des herbicides toxiques dans certains lieux frontaliers. Au paragraphe 7.51 de sa réplique [vol. 3, annexe 57], il précisait ceci :

48

«L'interprétation que fait la Colombie de la convention de 1988 sur les stupéfiants constitue un abus de droit dans la mesure où la Colombie estime qu'elle peut lutter contre les cultures illicites de stupéfiants sans tenir compte des droits de l'homme des personnes vivant dans les régions frontalières au-delà de son propre territoire. Il serait erroné de présumer que les Etats contractants de la convention de 1988 sur les stupéfiants aient eu l'intention de garantir le respect des droits de l'homme seulement à l'intérieur du territoire de l'Etat qui adopte des mesures coercitives et pas également dans les Etats voisins, si ces mesures peuvent avoir des

effets extraterritoriaux. Cela est d'autant plus vrai lorsque ces effets ont des conséquences aussi graves.»

ii) L'abus

168. Face au refus inqualifiable de l'Inde de traiter ses demandes d'informations concernant le passeport dont le commandant Jadhav était en possession lors de son arrestation, le Pakistan s'est vu contraint d'engager un expert indépendant. Agent principal d'immigration au Bureau national de la fraude documentaire du Royaume-Uni pendant 13 ans, M. David Westgate a travaillé pendant plus de 27 années au total au ministère de l'intérieur de cet Etat, à la direction du renseignement sur l'immigration. Chargé d'examiner le passeport établi au nom de «Hussein Mubarak Patel», il a rédigé un rapport sur l'authenticité de ce document [vol. 7, annexe 141].

169. Ce rapport sera examiné plus en détail dans la section III C) ci-après mais, en résumé, M. Westgate est parvenu aux conclusions suivantes :

- 169.1. Le passeport est un document de voyage indien authentique, et non une contrefaçon (paragraphe 9 du rapport de M. Westgate [vol. 7, annexe 141, p. 2]).
- 169.2. La partie intérieure du film comporte une impression de sécurité claire et intacte, et rien ne prouve que la photo du document ne soit pas celle d'origine (par. 9 du rapport de M. Westgate [vol. 7, annexe 141, p. 2]).
- 169.3. «D'après ma connaissance et ma compréhension du système d'immigration mis en œuvre dans les aéroports indiens, les guichets sont reliés à une base de données centrale, et toute irrégularité relative à l'authenticité [d']un passeport y est normalement signalée. J'en conclus que le nombre de fois où l'intéressé a présenté le document en cause à un guichet d'immigration en Inde pour entrer sur le territoire ou le quitter [M. Westgate ayant relevé plus tôt que cela s'était produit à au moins 17 reprises] tend à en prouver le caractère authentique. En outre, si des problèmes s'étaient posés au sujet du titulaire d'un passeport authentique, par exemple l'existence d'une notice Interpol I24/7, d'une inscription sur la liste centrale indienne des personnes surveillées, d'une procédure pénale ou de questions liées à l'identité de l'intéressé, il est fort probable qu'ils auraient été décelés au guichet d'immigration lorsque les fonctionnaires indiens ont contrôlé le passeport. Ces derniers examinent en effet tous les jours des centaines de passeports et possèdent donc bien plus d'expérience en la matière» (paragraphe 15 du rapport de M. Westgate [vol. 7, annexe 141, p. 7]).

170. A la lumière de ce qui précède, le Pakistan fait respectueusement valoir :

49

- 170.1. Que l'Inde, en cherchant à exercer son droit légitime de délivrer des passeports dans le but de prêter à un agent secret une fausse identité destinée à lui permettre de se rendre plus facilement au Pakistan en vue de se livrer à des actes d'espionnage et de terrorisme, a commis un abus de droit fondamental. Un tel comportement ne saurait être jugé légitime ou acceptable au regard de l'objectif du droit interne et international relatif à la délivrance de passeports ainsi que de la pratique en la matière.
- 170.2. Que l'Inde, en cherchant à exercer son droit conventionnel de communiquer avec ses ressortissants par l'entremise de ses autorités consulaires afin de prendre contact avec un agent secret auquel elle a prêté une fausse identité et qu'elle a envoyé au Pakistan pour se livrer à des actes d'espionnage et de terrorisme violant gravement l'intégrité territoriale et la souveraineté politique de celui-ci et risquant fort de lui causer de

nouveaux dommages (conformément à l'intention déclarée de nombreux hauts représentants du Gouvernement indien^{4,5}), a commis et continue de commettre un abus de droit fondamental.

- 170.3. Que l'on ne saurait dire, au regard du but du droit régissant la communication entre un ressortissant et ses autorités consulaires ainsi que de son rôle dans le «développement de relations amicales entre les nations» (tel qu'énoncé dans le préambule de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 [vol. 5, annexe 88]), qu'il s'agit là d'un exercice normal des droits en question. Le Pakistan affirme même que pareil exercice serait «injustifié et injustifiable».
- 170.4. Que l'Inde, en invoquant de la manière dont elle l'a fait la compétence de la Cour pour indiquer des mesures conservatoires, a abusé du droit d'introduire auprès de celle-ci un recours exceptionnel. Il convient en effet d'exercer ce droit de manière responsable, et non de s'en servir comme d'une arme stratégique ou politique, et encore moins d'utiliser la procédure de la Cour aux fins d'une campagne médiatique malveillante et trompeuse.

iii) Les violations du droit international public commises par l'Inde

171. En outre, le Pakistan soutient que, tout au long de son enquête et de sa procédure internes concernant le commandant Jadhav, le comportement de l'Inde a clairement démontré que celle-ci n'agissait pas de bonne foi, contrairement à ce que prescrit le droit international.

50

172. Comme cela a déjà été brièvement exposé, le 23 janvier 2017, le Pakistan a présenté à l'Inde une demande d'entraide judiciaire [vol. 2, annexe 17] en vue notamment d'obtenir des explications sur une série de points se rapportant à l'enquête qui était menée sur les activités illicites du commandant Jadhav au Pakistan, dont le fait que celui-ci était en possession d'un document qui semblait être un passeport indien authentique, mais sur lequel ne figurait pas son vrai nom [vol. 2, annexe 17, p. 12-14]. A ce jour, le Pakistan n'a toujours pas reçu la moindre réponse sur le fond de sa demande, que l'Inde a d'ailleurs fini par tenter de renvoyer telle quelle [vol. 2, annexe 33]. Quant à la dernière lettre sur la question que le défendeur a adressée au ministère indien des affaires étrangères le 26 octobre 2017 [vol. 2, annexe 44], le demandeur n'a même pas daigné y répondre.

173. Le fait que l'Inde n'ait pas donné suite à la demande d'entraide judiciaire du Pakistan est plus frappant encore à la lumière des obligations que lui impose le droit international public en la matière dans le cadre d'enquêtes liées au terrorisme, obligations qui, selon le Pakistan, doivent être considérées comme revêtant un caractère *erga omnes* ou autrement contraignant.

⁴ Le 21 février 2014 (selon un article paru dans *The Economic Times* en Inde), M. Ajit Doval (ancien directeur du Bureau du renseignement indien (2004-2005) et actuel conseiller en matière de sécurité nationale du premier ministre de l'Inde) a prononcé à l'Université indienne SASTRA un discours dans lequel il a notamment déclaré ce qui suit [vol. 7, annexe 143, p. 2] :

«Le Pakistan est infiniment plus vulnérable que l'Inde. Lorsqu'il découvrira que celle-ci a changé de stratégie, passant de la défense à l'attaque défensive, il constatera qu'il ne peut se permettre de la provoquer. S'il s'en prend une seule fois à Mumbai, il risque de perdre le Baloutchistan. Il n'est pas question d'une guerre nucléaire, ni d'un combat militaire. A malin, malin et demi.»

⁵ Le 30 septembre 2017, M. Subramanian Swamy, membre haut placé du Bharatiya Janata Party (BJP) au pouvoir en Inde aurait déclaré au cours d'un entretien télévisé que celle-ci écartèlerait le Pakistan : «Je pense que nous devrions être prêts d'ici mars ou avril 2018 ; ensuite, nous écartèlerons le Pakistan.» [Vol. 7, annexe 144.]

174. A la suite des effroyables attaques terroristes qui ont frappé les Etats-Unis d'Amérique le 11 septembre 2001, le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies a adopté la résolution 1373 (2001) [vol. 5, annexe 89]. Nous partons du principe que l'Inde ne conteste pas que les résolutions prises par le Conseil au titre du chapitre VII peuvent créer des obligations contraignantes au regard du droit international public, la résolution 1373 (2001) entrant bien dans cette catégorie.

175. En vertu du *litt. f*) de l'article 2 de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité [vol. 5, annexe 89, p. 2], tous les Etats Membres de l'ONU ont l'obligation, au regard du droit international public, de

«[s]e prêter mutuellement la plus grande assistance lors des enquêtes criminelles et autres procédures portant sur le financement d'actes de terrorisme ou l'appui dont ces actes ont bénéficié, y compris l'assistance en vue de l'obtention des éléments de preuve qui seraient en leur possession et qui seraient nécessaires à la procédure».

176. L'Inde qui, en tant qu'Etat Membre de l'ONU, est soumise à cette obligation a pourtant systématiquement et délibérément refusé de prêter au Pakistan la moindre assistance en ce qui concerne l'enquête visant le commandant Jadhav, lequel a lui-même avoué volontairement et à plusieurs reprises avoir financé et appuyé des actes de terrorisme commis contre le Pakistan sur ordre de l'Inde.

177. Le Pakistan relève que l'Inde, au paragraphe 87 de son mémoire, cherche à justifier son comportement à cet égard en invoquant le fait que les deux Etats n'avaient alors pas encore conclu de traité d'entraide judiciaire. Le défendeur fait toutefois respectueusement valoir que l'absence d'un tel instrument n'a aucune incidence sur l'applicabilité ou le caractère contraignant d'une obligation énoncée dans une résolution adoptée par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies au titre du chapitre VII. Cela ne saurait donc constituer ni une réponse ni une justification de l'inobservation manifeste de la résolution 1373 (2001) par l'Inde.

51

178. Au surplus, le *litt. g*) de l'article 2 de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies [vol. 5, annexe 89, p. 2] dispose que tous les Etats Membres de l'ONU doivent

«[e]mpêcher les mouvements de terroristes ou de groupes de terroristes en instituant des contrôles efficaces aux frontières, ainsi que des *contrôles lors de la délivrance de documents d'identité et de documents de voyage* et en prenant des mesures pour empêcher la contrefaçon, la falsification ou l'usage frauduleux de papiers d'identité et de documents de voyage». (Les italiques sont de nous.)

179. L'Inde qui, en tant qu'Etat Membre de l'ONU, est soumise à cette obligation s'est pourtant constamment abstenue de répondre aux demandes raisonnables du Pakistan (que celui-ci a formulées en premier lieu dans sa demande d'entraide judiciaire du 23 janvier 2017 [vol. 2, annexe 17], puis renouvelées ultérieurement (en dernier lieu le 26 octobre 2017 [vol. 2, annexe 44])) tendant à obtenir des informations sur la manière dont le commandant Jadhav avait été autorisé à se procurer ce qui semblait être un passeport indien authentique sur lequel figurait un faux nom et à utiliser fréquemment ce document afin d'effectuer des déplacements au départ et à destination de l'Inde, et d'entrer clandestinement au Pakistan. L'absence de toute explication et le refus constant de répondre aux préoccupations pakistanaïses à cet égard soulèvent (à tout le moins) de sérieuses questions sur le point de savoir si l'Inde, pour ce qui a trait au commandant Jadhav, a

agi au mépris manifeste de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies. Jusqu'ici, le demandeur a cherché à se soustraire à ses obligations en la matière.

180. L'importance que revêt la coopération entre Etats relative à l'usage, abusif ou non, de documents de voyage par des terroristes est mise en évidence au *litt. a)* de l'article 3 de la résolution 1373 (2001) [vol. 5, annexe 89, page 3], par lequel le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies a appelé les Etats Membres de l'ONU à

«trouver les moyens d'intensifier et d'accélérer l'échange d'informations opérationnelles, concernant en particulier les actions ou les mouvements de terroristes ou de réseaux de terroristes, les documents de voyage contrefaits ou falsifiés, le trafic d'armes, d'explosifs ou de matières sensibles, l'utilisation des technologies de communication par des groupes terroristes, et la menace que constituent les armes de destruction massive en possession de groupes terroristes» (les italiques sont de nous).

181. Dans sa résolution 1373 (2001), le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies a précisé on ne peut plus clairement que les Etats devaient effectuer des contrôles efficaces lors de la délivrance de documents d'identité et de voyage. Il leur appartient également de s'assurer que les documents de voyage contrefaits ou falsifiés fassent l'objet de mesures énergiques, puisqu'ils facilitent les activités terroristes.

182. Il apparaît donc clairement que, si un Etat fournissait lui-même des documents de voyage facilitant le terrorisme, qu'ils soient ou non contrefaits ou falsifiés, il enfreindrait la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité, en plus de violer les principes de la Charte des Nations Unies si les documents en question servaient un comportement illicite. Il semble en effet fort probable que pareil comportement constituerait une menace pour la paix et la sécurité internationales.

52

183. A la lumière de ce qui précède, le Pakistan estime que le refus constant que l'Inde a opposé à ses demandes d'informations concernant le passeport du commandant Jadhav (qui a facilité l'entrée de celui-ci sur le territoire pakistanais aux fins de la commission d'actes d'espionnage et de terrorisme) constitue un manquement continu aux obligations contraignantes qui incombent à celle-ci au titre du droit international public.

184. En dépit de ce qui précède et du fait que le commandant Jadhav a volontairement avoué (et répété devant un juge, conformément à la loi) que les odieuses activités criminelles auxquelles il se livrait au Pakistan avaient été autorisées par le service de renseignement extérieur de l'Inde, celle-ci ne continue pas moins de soutenir qu'elle a le droit (et que le Pakistan est tenu de l'y autoriser) de communiquer sans entraves avec son espion et terroriste, sans chercher à répondre de quelque façon que ce soit aux questions légitimes que cela soulève.

185. Le Pakistan soutient respectueusement que ce comportement montre que l'Inde a agi de mauvaise foi.

186. Le Pakistan fait respectueusement valoir que l'Inde,

- 186.1. en cherchant à user et à abuser de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 pour tenter de communiquer, par l'entremise de ses autorités consulaires, avec le commandant Jadhav (qui, de son propre aveu, est un espion et un terroriste soutenu par l'Etat et se déplaçant avec des documents de voyage authentiques sous une fausse identité que lui ont fournies les autorités indiennes compétentes), commet un abus de droit fondamental ;
- 186.2. en refusant d'apporter la moindre assistance dans le cadre de l'enquête sur les infractions commises par le commandant Jadhav à l'encontre du Pakistan (y compris en cherchant à renvoyer telle quelle la demande d'entraide judiciaire que celui-ci lui a adressée), manque à des obligations *erga omnes* ou autrement contraignantes qui lui incombent.

187. En conséquence, le Pakistan prie respectueusement la Cour de dire que la demande de l'Inde, telle qu'elle a été présentée dans sa requête et son mémoire, est irrecevable en ce qu'elle constitue un abus de droit.

53

**C. *Ex turpi causa* (illicéité), principe des mains sales,
*ex injuria jus non oritur***

188. Au surplus, ou à titre subsidiaire, le Pakistan prie la Cour de dire et juger que les demandes de l'Inde, telles que celle-ci les a présentées dans son mémoire, sont irrecevables :

- 188.1. en raison du comportement illicite de l'Inde ; ou
- 188.2. au motif que l'Inde a invoqué la compétence de la Cour avec les mains sales ; ou
- 188.3. sur la base du principe *ex injuria jus non oritur* («un droit ne peut découler d'un acte illicite») ;

ce comportement illicite étant la délivrance au commandant Jadhav d'un authentique passeport indien lui prêtant une fausse identité musulmane, sous le nom de «Husseïn Mubarak Patel».

189. Il s'agit de principes que la Cour (et la Cour permanente de Justice internationale) a reconnus dans sa jurisprudence.

190. En l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów (demande en indemnité) (compétence) (République fédérale d'Allemagne c. Pologne)*, 1927, C.P.J.I., série A n° 9, une usine avait été construite en temps de guerre dans le cadre d'un contrat entre l'Allemagne et une entreprise privée allemande sur un territoire attribué à la Pologne. L'Allemagne affirmait que l'application de la loi polonaise par laquelle la Pologne avait par la suite repris possession de l'usine était illicite. La Cour permanente de Justice internationale a jugé que la radiation, par la Pologne, des droits de l'entreprise allemande était contraire à la convention de Genève de 1922. La Pologne et l'Allemagne ont alors engagé des négociations concernant la demande en indemnité.

191. A la page 31 de son arrêt du 26 juillet 1927 sur la compétence, la Cour permanente a déclaré ce qui suit (annexe 58) :

«C'est, du reste, un principe généralement reconnu par la jurisprudence arbitrale internationale, aussi bien que par les juridictions nationales, qu'*une Partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation* ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, *si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question*, ou d'avoir recours à la juridiction qui lui aurait été ouverte.» (Les italiques sont de nous.)

54

192. Le Pakistan reconnaît qu'il existe une distinction entre une situation dans laquelle un acte illicite empêche l'exécution d'une obligation et une situation dans laquelle, à la suite d'un acte illicite, l'exécution n'est pas requise. Il soutient cependant que l'illicéité de l'acte antérieur a pour conséquence d'annuler toute obligation corrélative qui aurait pu découler directement d'un acte licite.

193. En l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*, 1933, C.P.J.I. série A/B n° 53, le Danemark avait introduit une instance contre la Norvège à la suite de l'annonce, par cette dernière, de l'occupation de territoires dont il revendiquait la souveraineté.

194. La Cour permanente a rendu son arrêt le 5 avril 1933. A la page 95 de l'exposé de son opinion dissidente, le juge Anzilotti a clairement indiqué (annexe 59) qu'«un acte illégal ne p[ouvait] servir de base à une action en justice».

195. En l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, le Nicaragua avait introduit, le 9 avril 1984, une instance contre les Etats-Unis d'Amérique au sujet d'un différend relatif à la responsabilité du recours à la force à son encontre.

196. La Cour a rendu son arrêt sur le fond le 27 juin 1986. Aux paragraphes 268 à 272 de l'exposé de son opinion dissidente, le juge Schwebel (de nationalité américaine) a résumé la question de manière complète (annexe 60) :

«268. *Le Nicaragua ne s'est pas présenté devant la Cour avec les mains propres. Au contraire, comme agresseur, indirectement responsable — mais responsable en définitive — d'un grand nombre de morts et de destructions généralisées au Salvador, dépassant semble-t-il de beaucoup en ampleur ce que le Nicaragua a subi, le Nicaragua a les mains odieusement sales. Il a aggravé son cas par ses affirmations inexactes devant la Cour. Ainsi, que ce soit en raison de son intervention armée illicite au Salvador ou de sa tentative délibérée d'égarer la Cour sur la réalité de cette intervention par les faux témoignages de ses ministres, le Nicaragua doit être débouté de ses demandes contre les Etats-Unis.*

269. Ainsi qu'il a été rappelé au paragraphe 240 de la présente opinion, la Cour permanente de Justice internationale a appliqué une variante de la doctrine des «mains propres» en l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*. Le motif qui l'a conduite à le faire a été exposé par Anzilotti dans une déclaration célèbre qui n'a jamais été contredite : «Le principe ... (*inadimplenti non est adimplendum*) est si juste, si équitable, si universellement reconnu qu'il doit être appliqué dans les relations internationales...» (Elisabeth Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies : An Analysis of Countermeasures*, 1984, p. 16-17). Ce principe a été longuement développé par Hudson. Comme celui-ci l'a fait observer en rappelant les maximes d'équité qui «ont exercé une grande influence au cours de la période créatrice du développement du droit

anglo-américain», «l'égalité est l'équité» et «qui veut l'équité doit agir équitablement». Un tribunal d'équité «refuse d'accorder réparation au plaignant qui s'est mal conduit à l'égard de ce qui fait le fond du litige» (citation dans *Laws of England*, de Halsbury. 2^e éd., 1934, p. 87). Hudson constate qu'«un principe très semblable était admis en droit romain ... l'*exceptio non adimplenti contractus*...» Il démontre que c'est sur ce principe que reposent certains articles du code civil allemand et qu'il s'agit en fait d'«un principe général» de droit. Selon Hudson, on ne pouvait ordonner à la Belgique de mettre fin à une certaine activité alors que les Pays-Bas pouvaient persévérer dans une activité semblable — conclusion qui aurait dû être instructive dans le cas présent. Pour reprendre les termes de Hudson, «la Cour est invitée à ordonner en quelque sorte l'accomplissement spécifique d'une obligation réciproque que le demandeur lui-même ne remplit pas. Elle doit évidemment refuser de le faire.» (*Loc. cit.*, p. 77-78. Voir aussi la conclusion de la Cour, p. 25.) Dans la présente espèce aussi, le Nicaragua requiert la Cour d'ordonner l'accomplissement spécifique d'une obligation réciproque dont il ne s'acquitte pas pour sa part et, là aussi, la Cour aurait dû évidemment refuser de le faire.

270. La doctrine des «mains propres» trouve un appui direct non seulement dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*, mais aussi, dans une certaine mesure, dans la conclusion formulée par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (C.P.J.I. série A n° 5, p. 50), quand elle a déclaré que «M. Mavrommatis devait accomplir les actes qu'il a accomplis *pour préserver ses contrats de la déchéance qui autrement les aurait frappés*» (les italiques sont de moi). Cette doctrine trouve une base encore plus solide dans la conclusion formulée par Anzilotti en l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental* (C.P.J.I. série A/B n° 53, p. 95), suivant laquelle «un acte illégal ne peut servir de base à une action en justice». Dans leurs opinions dissidentes jointes à l'arrêt rendu dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (C.I.J. Recueil 1980, p. 53-55, 62 et 63), MM. Morozov et Tarazi ont invoqué un principe analogue. (La Cour permanente de Justice internationale a également apporté un certain appui à la doctrine en l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (C.P.J.I. série A n° 9, p. 31), quand elle a conclu qu'«une partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation ... si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question...») Le principe selon lequel un acte illicite ne peut fonder une action en justice est, d'après Cheng⁶, «généralement admis par les tribunaux internationaux» (Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 1958, p. 155). Cheng cite l'affaire du *Clark Claim*, 1862, dans laquelle un commissaire américain a écarté la demande présentée au nom d'un citoyen américain en posant la question suivante : «Pour ce qui est des Etats-Unis, peut-on admettre que l'on profite de ses propres fautes ? ... Une partie qui demande justice doit se présenter avec les mains propres...» (John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, 1898, vol. III, p. 2738, 2739.) Dans l'affaire *Pelletier*, en 1885, le secrétaire d'Etat des Etats-Unis a «catégoriquement et sans délai» abandonné la demande présentée contre Haïti par un certain Pelletier — qui avait pourtant bénéficié d'une décision arbitrale — en raison des fautes commises par le plaignant :

«*Ex turpi causa non oritur* : ce principe a été appliqué par d'innombrables décisions rendues sur la base du droit romain, dans les nations de tradition latine, et en vertu de la *common law* en Angleterre et aux Etats-Unis.» (*Foreign Relations of the United States*, 1887, p. 607.)

⁶ M. Bin Cheng était conférencier en droit international à l'University College de Londres.

56

Le secrétaire d'Etat citait en outre lord Mansfield comme ayant dit que : «Le principe d'ordre public est : *ex dolo malo non oritur actio.*» (P. 607.)

271. Plus récemment, sir Gerald Fitzmaurice — qui était à l'époque conseiller juridique au Foreign Office et devait peu après être élu membre de la Cour — a rappelé l'application dans le domaine international des maximes de *common law* : «qui veut l'équité doit agir équitablement» et «qui demande réparation en équité doit avoir les mains propres», pour conclure :

«Ainsi, un Etat coupable d'une conduite illicite peut être privé du nécessaire *locus standi in judicio* l'autorisant à se plaindre d'actes illicites correspondants d'autres Etats, en particulier si ces actes résultent des siens ou visent à répliquer aux siens — en d'autres termes s'ils ont été provoqués par lui-même.» («The General Principles of International Law», *Recueil des cours*, Académie de droit international, La Haye, t. 92 (1957-II), p. 119. Pour d'autres exemples récents qui montrent que la Cour est fondée à appliquer la doctrine des «mains propres», voir Oscar Schachter, «International Law in the Hostage Crisis», *American Hostages in Iran*, 1985, p. 344.)

272. *Le Nicaragua est précisément un Etat de cette catégorie, coupable d'une conduite illicite. Par conséquent, sa conduite aurait dû suffire pour que la Cour conclue que le Nicaragua s'était lui-même privé du nécessaire locus standi l'autorisant à se plaindre d'actes illicites correspondants des Etats-Unis, d'autant plus que, si actes illicites il y avait, ceux-ci résultaient des siens ou visaient à répliquer aux siens — en d'autres termes, avaient «été provoqués par lui-même.»* (Les italiques sont de nous.)

197. Dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la République fédérale de Yougoslavie avait déposé, le 29 avril 1999, des requêtes introductives d'instance contre des pays membres de l'OTAN à raison de violations alléguées de leur obligation de ne pas recourir à la force contre elle. Le principe des mains propres a été invoqué par plusieurs grandes puissances de l'OTAN (dont le Royaume-Uni, les Etats-Unis d'Amérique, le Canada, les Pays-Bas, l'Allemagne et le Portugal) pour s'opposer à la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Yougoslavie.

198. Dans son exposé oral, l'agent du Canada a déclaré ce qui suit (compte rendu de l'audience tenue le lundi 10 mai 1999 à 16 h 15, par. 5) (annexe 61) :

«5. Il s'agit là, Monsieur le président, d'une partie de l'argumentation que nous présenterons aujourd'hui. Nous montrerons, par ailleurs, qu'en l'occurrence la Cour ne saurait, de manière appropriée, exercer son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires au titre de l'article 41 de son Statut. Ce pouvoir est discrétionnaire. Son exercice ne saurait jamais être automatique mais doit dépendre des circonstances en cause. La Cour doit donc exercer le pouvoir en question de manière judicieuse en tenant compte de toutes les circonstances au vu desquelles une requête a été introduite ainsi que du différend correspondant. Qu'il me soit permis de suggérer qu'en se prêtant aux prétentions d'un demandeur qui ne se présente pas, en l'occurrence, les mains nettes devant elle, la Cour ne ferait pas un usage approprié du pouvoir qui lui est reconnu à l'article 41. *Il serait tragique que ce pouvoir soit exercé mal à propos pour ajouter foi aux accusations humanitaires sans fondement d'une Partie, dont les exactions commises par elle sur le plan humanitaire sont à l'origine du présent différend. Cela reviendrait à prendre les choses à l'envers.*» (Les italiques sont de nous.)

57

199. Dans ses plaidoiries, l'agent du Canada a déclaré (compte rendu de l'audience tenue le mercredi 12 mai 1999 à 15 h 20, p. 6) [vol. 3, annexe 62] ce qui suit :

«J'aimerais tout d'abord attirer l'attention de la Cour sur une omission flagrante dans la réponse de la République fédérale de Yougoslavie, à savoir l'absence de toute référence à la deuxième partie de nos conclusions : le caractère inapproprié des mesures conservatoires. *Cette absence est d'autant plus manifeste que non seulement le Canada mais également je crois tous les autres défendeurs ont appelé l'attention sur les nombreuses violations, commises par la République fédérale de Yougoslavie, de ses obligations juridiques internationales erga omnes, et sur les conséquences tragiques que ces violations ont eues sur le peuple kosovar et dans les pays voisins. Le fait que la République fédérale de Yougoslavie n'ait même pas tenté d'aborder ces points indique clairement qu'elle est consciente du fait qu'elle ne se présente pas devant la Cour les mains propres. A ce sujet, je renverrai simplement le tribunal à la présentation initiale du Canada.*» (Les italiques sont de nous.)

200. L'*Attorney-General* du Royaume-Uni de l'époque, quant à lui, a indiqué (compte rendu de l'audience tenue le mardi 11 mai 1999 à 15 heures, par. 24) [vol. 3, annexe 63] ceci :

«24. J'en arrive donc, Monsieur le président, à mon dernier point, qui est de savoir si la Cour devrait même donner une suite quelconque à cette demande de la République fédérale de Yougoslavie. Comme celle-ci ne fait aucun cas des conditions juridiques à remplir, j'ai déjà qualifié cette demande d'abus de la procédure de la Cour. Ce seul motif suffit à décider qu'il faut la rejeter. Mais il y a toutefois lieu, Monsieur le président, d'aller plus loin : dans le système juridique pratiqué dans mon pays, le moyen de droit que constituent les «mesures conservatoires» relèverait du pouvoir discrétionnaire du tribunal. En examinant s'il doit ou non exercer ce pouvoir, le tribunal pèserait soigneusement les enjeux de chacun et, ce faisant, vérifierait avec soin que la partie qui lui demande son concours se présente devant elle les mains propres. *Car le tribunal n'autoriserait personne à se servir de sa procédure pour faciliter l'exécution d'actes honteux. Je ne vois pas pourquoi l'auguste Cour qui nous écoute n'appliquerait pas les mêmes principes. Ceux-ci sont profondément ancrés dans la nature fondamentale de la fonction judiciaire. Il convient de les considérer comme des «principes généraux de droit» au sens de l'article 38 du Statut.*» (Les italiques sont de nous.)

201. Pour sa part, le coagent des Etats-Unis d'Amérique a dit (compte rendu de l'audience tenue le mardi 11 mai 1999 à 16 h 30, par. 3.17-3.18) [vol. 3, annexe 64] :

«3.17. Enfin, l'indication de mesures conservatoires contre les Etats-Unis et les autres défendeurs serait inappropriée étant donné que le demandeur ne se présente pas les mains nettes devant la Cour. Après s'être livré à une campagne intensive de nettoyage ethnique et à d'autres atrocités au Kosovo, le demandeur se présente en effet ainsi maintenant devant la Cour pour demander une protection contre les conséquences de ses propres actes illicites.

3.18. *Le principe selon lequel une partie en litige ne saurait tenter de tirer parti de ses propres actes illicites est bien établi en droit international (voir B. Cheng, General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals, p. 149-158 (nouvelle édition de 1987). Ce principe est souvent exprimé par l'adage latin nullus commodum capere de sua injuria propria (nul ne saurait tirer parti de son propre acte illicite). De nombreuses décisions arbitrales reflètent la réticence des tribunaux internationaux à indemniser des parties dont le comportement dans le*

58

différend en question est entaché d'illicéité (voir par exemple, Tippets, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA, 6 Iran-USCRT, p. 219, 228 (1994) ; Prises d'eau à la Meuse, C.P.J.I. série A/B n° 70, p. 77). Comme elle doit examiner toutes les circonstances pertinentes lorsqu'elle envisage d'indiquer des mesures conservatoires, la Cour devrait aussi bien tenir compte de ce principe.» (Les italiques sont de nous.)

202. Dans cette affaire, la Cour a rejeté la demande en indication de mesures conservatoires de la Yougoslavie pour d'autres motifs, et n'a donc pas examiné les arguments avancés au sujet du principe des mains propres. Toutefois, selon le Pakistan, le fait que plusieurs Etats importants l'aient invoqué constitue non seulement une preuve solide l'existence de ce principe en droit international coutumier, mais donne également une indication sur les raisons impérieuses pour lesquelles il devrait en être tenu compte en considérant les faits de la présente espèce dans leur juste contexte.

203. Dans la procédure consultative sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé (C.I.J. Recueil 2004, p. 136)*, l'Assemblée générale des Nations Unies avait sollicité l'avis de la Cour sur cette question au regard des règles et principes de droit international.

204. Dans la partie de l'exposé de son opinion individuelle portant sur la règle selon laquelle les Etats ne peuvent pas reconnaître une acquisition territoriale illicite, le juge Elaraby (Egypte) a souligné l'existence du principe *ex injuria jus non oritur*, estimant (au paragraphe 3.1) [vol. 3, annexe 65] que «[l]e principe général selon lequel un acte illicite ne peut créer de droits — *ex injuria jus non oritur* — [était] un principe reconnu du droit international».

205. La pertinence et l'importance du comportement illicite d'un Etat prétendant exercer une protection diplomatique à l'égard d'un individu dont il affirme qu'il est l'un de ses ressortissants ont été clairement exposées par M. John Dugard SC, ancien juge *ad hoc* de la Cour. En sa qualité de rapporteur spécial sur la protection diplomatique de la Commission du droit international, M. Dugard a, aux paragraphes 8 et 9 de son sixième rapport sur le sujet en date du 11 août 2004, exposé [vol. 5, annexe 110, p. 4] ce qui suit :

«8. Si un étranger se rend coupable d'une infraction dans un Etat étranger et qu'il est de ce fait privé par cet Etat de sa liberté ou de ses biens dans le respect des garanties prévues par la loi, il est peu probable que son Etat national intervienne pour le protéger. A vrai dire, il serait alors erroné de la part de l'Etat de nationalité d'intervenir, parce que, dans la plupart des cas, aucun fait internationalement illicite n'aura été commis. Dans ce sens, la doctrine des mains propres sert à exclure la protection diplomatique. La situation est cependant différente lorsque l'Etat défendeur commet, face au fait illicite de l'étranger, un fait internationalement illicite, par exemple lorsqu'un étranger soupçonné d'avoir perpétré une infraction pénale est soumis à la torture ou s'il est l'objet d'un procès qui n'est pas équitable. Dans ce cas, l'Etat de nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'égard de son national en raison de l'existence du fait internationalement illicite. Là, la théorie des mains propres ne peut s'appliquer à la personne lésée pour violation du droit international ; premièrement, parce que la réclamation acquiert alors une dimension internationale, mettant en jeu des relations d'Etat à Etat, et, deuxièmement, parce que l'individu ne jouit pas de la personnalité juridique internationale et qu'il ne peut donc (en dehors du champ du droit pénal international) être tenu pour responsable de la violation du droit international. Bref, par le truchement de la fiction selon laquelle un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'Etat lui-même, la réclamation présentée au nom

d'un national victime d'un fait internationalement illicite devient une réclamation internationale, et la théorie des mains propres peut être invoquée contre l'Etat responsable uniquement à raison de son comportement, et elle ne peut l'être contre l'individu lésé pour une faute qui aurait été antérieure au fait internationalement illicite.

9. Il découle de l'analyse qui précède que la théorie des mains propres n'occupe pas une place particulière dans les demandes de protection diplomatique. Si l'individu commet un fait illicite dans l'Etat hôte et qu'il est jugé et condamné dans le respect de la légalité, il n'y a pas fait internationalement illicite et la théorie des mains propres est sans objet. *Si, en revanche, la faute commise par le national au regard du droit interne donne lieu à un agissement illicite au regard du droit international né du comportement de l'Etat défendeur face à la faute du national, la réclamation devient une réclamation internationale si l'Etat du national lésé exerce sa protection diplomatique à son égard. Il se trouve donc que la théorie des mains propres ne peut être invoquée que contre l'Etat demandeur du fait de son propre comportement.* Cette constatation est illustrée par les affaires *LaGrand* et *Avena*. Dans ces deux affaires, des ressortissants étrangers avaient commis des crimes graves justifiant leur mise en jugement et leur condamnation. Mais, dans les deux cas, les Etats-Unis ont violé le droit international dans le cadre des poursuites qu'ils avaient engagées contre eux, en n'accordant pas aux intéressés le bénéfice de la représentation consulaire. A aucun stade de la procédure les Etats-Unis n'ont fait valoir que le caractère grave de leurs crimes salissait les mains de ces ressortissants étrangers, empêchant ainsi l'Allemagne et le Mexique, respectivement, de les protéger en vertu de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Au contraire, dans les deux affaires (comme il a été indiqué plus haut), les Etats-Unis ont affirmé que les Etats demandeurs eux-mêmes n'avaient pas les mains propres parce qu'ils n'avaient pas appliqué la Convention de Vienne de la manière requise par les Etats-Unis.» (Les italiques sont de nous.)

Le 23 janvier 2017 et ultérieurement — Les demandes ont été ignorées

206. Comme indiqué plus haut, le Pakistan a adressé à l'Inde, le 23 janvier 2017, une demande d'entraide judiciaire détaillée et parfaitement légitime concernant l'enquête sur les crimes perpétrés par le commandant Jadhav [vol. 2, annexe 17]. L'Inde était notamment priée d'apporter son concours pour obtenir les déclarations de 13 personnes nommément désignées et donner accès à divers documents et éléments, à savoir :

- 206.1. Un rapport de perquisition de l'appartement/maison du commandant Jadhav ;
- 206.2. Les relevés certifiés du téléphone mobile du commandant Jadhav ;
- 206.3. Les relevés bancaires certifiés correspondant aux comptes du commandant Jadhav et à ceux de sa famille [vol. 2, annexe 17, p. 2-3].

60

207. A ce jour, l'Inde n'a pas répondu sur le fond à la demande d'entraide judiciaire présentée par le Pakistan, qu'elle a fini par tenter de renvoyer telle quelle [vol. 2, annexe 33].

208. Dans la dernière lettre qu'il a adressée au ministère indien des affaires étrangères sur la question, le 26 octobre 2017, le Pakistan, se référant à la copie du passeport n° L9630722 établi au nom de «Hussein Mubarak Patel», demandait au Gouvernement indien de préciser les points suivants :

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

209. Cette lettre n'a pas suscité la moindre réponse de la part de l'Inde. Le fait que celle-ci n'ait pas donné suite à la demande du Pakistan constitue en outre un manquement aux obligations *erga omnes* ou autrement contraignantes de fournir aux autres Etats une assistance dans le cadre d'enquêtes sur des actes de terrorismes, comme le prévoit la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies [vol. 5, annexe 89].

61 L'utilisation, par le commandant Jadhav, d'un passeport indien authentique sous le couvert d'une fausse identité

210. Ainsi que cela a été brièvement exposé plus haut, face à l'inqualifiable refus de l'Inde de traiter ses demandes d'informations concernant le passeport dont le commandant Jadhav était en possession lors de son arrestation (ci-après «le passeport»), le Pakistan s'est vu contraint d'engager un expert indépendant (M. David Westgate) qu'il a chargé d'examiner le document en question, sur lequel figurait le nom de «Hussein Mubarak Patel».

211. M. Westgate a notamment travaillé pendant plus de 27 ans au ministère de l'intérieur et à la direction du renseignement sur l'immigration du Royaume-Uni ; il a en particulier été détaché auprès du ministère des affaires étrangères et du Commonwealth, où il a exercé les fonctions de conseiller des compagnies aériennes en matière d'immigration à New Delhi, et au bureau de Karachi (Pakistan) de ce même ministère, où il a exercé les fonctions d'agent des visas.

212. Les conclusions de cet expert indépendant, telles qu'elles figurent dans son rapport en date du 8 novembre 2017 (ci-après «le rapport Westgate»), sont claires et probantes [vol. 7, annexe 141].

Le rapport Westgate

213. En résumé, M. Westgate a conclu ce qui suit dans son rapport :

- 213.1. Le passeport est un document de voyage indien authentique, et non une contrefaçon. Cette conclusion est fondée sur un examen des éléments de sécurité intégrés, parmi lesquels la présence d'un filigrane multiton de haute qualité dans tout le document, de fibres fluorescentes apparaissant à des emplacements aléatoires sous exposition aux UV et d'une impression de haute qualité, accompagnée d'une photo fantôme supplémentaire (par. 9 du rapport Westgate [vol. 7, annexe 141, p. 2]).
- 213.2. La partie intérieure du film comporte une impression de sécurité claire et intacte, et rien ne prouve que la photo du document ne soit pas celle d'origine (par. 9 du rapport Westgate [vol. 7, annexe 141, p. 2]).
- 213.3. Les différents visas d'entrée, de sortie ou autres approbations officielles figurant dans le passeport contiennent des éléments bien précis qui portent à croire qu'ils sont authentiques. A titre d'exemple, les visas contiennent des empreintes détaillées réalisées à l'aide d'encre spéciales, et rien n'indique que l'un quelconque d'entre eux ait été altéré ou falsifié d'une autre manière (par. 11 du rapport Westgate [vol. 7, annexe 141, p. 3]).
- 213.4. «D'après ma connaissance et ma compréhension du système d'immigration mis en œuvre aux aéroports indiens, les guichets sont reliés à une base de données centrale, et toute irrégularité relative à l'authenticité [d']un passeport y est normalement signalée. J'en conclus que le nombre de fois où l'intéressé a présenté le document en cause à un guichet d'immigration en Inde pour entrer sur le territoire ou le quitter tend à en prouver le caractère authentique. En outre, si des problèmes s'étaient posés au sujet du titulaire d'un passeport authentique, par exemple l'existence d'une notice Interpol I24/7, d'une inscription sur la liste centrale indienne des personnes surveillées, d'une procédure pénale ou de questions liées à l'identité de l'intéressé, il est fort probable qu'ils auraient été décelés au guichet d'immigration lorsque les fonctionnaires indiens ont contrôlé le passeport. Ces derniers examinent en effet tous les jours des centaines de passeports et possèdent donc bien plus d'expérience en la matière» (par. 15 du rapport Westgate [vol. 7, annexe 141, p. 7]).

62

214. Sur la base des informations que le Pakistan a soumises à la Cour, les déductions que celle-ci est invitée à tirer n'ont pas été (et ne sauraient être) réfutées :

- 214.1. L'Inde refuse de fournir le moindre élément attestant la nationalité indienne de la personne qui affirme être le commandant Kulbushan Sudhir Jadhav, car elle est consciente que cela révélerait ses propres actes illicites.
- 214.2. En l'espèce, les actes illicites commis par l'Inde ont notamment consisté à fournir au commandant Jadhav un passeport indien authentique en lui prêtant une fausse identité musulmane au nom de «Hussein Mubarak Patel». L'intéressé semble avoir présenté au moins 17 fois ce passeport aux services de l'immigration de l'Inde pour entrer sur le territoire de celle-ci ou le quitter. Sa capacité à le faire sans difficultés apparentes amène à conclure que

214.2.1. la fourniture d'un passeport authentique ; et

214.2.2. la fourniture d'une fausse identité, avec un nom musulman, constituent toutes deux des actes ou omissions coupables de l'Inde ou de ses organismes.

215. Ces actes ne pouvaient viser à faciliter que des activités clandestines ou scélérates.

216. La commission d'une violation aussi grave des normes fondamentales qui régissent les relations amicales entre Etats ne peut servir de fondement à l'invocation de droits conventionnels destinés à promouvoir lesdites relations.

217. Au-delà de la question, traitée à la section V B) ci-après, de savoir si l'«espionnage» est englobé dans la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, l'Inde a commis une violation fondamentale des principes de bonne foi et des relations amicales entre Etats en se comportant de la sorte.

218. Le Pakistan fait respectueusement valoir que :

218.1. S'agissant du commandant Jadhav comme de l'Inde, le droit de communiquer par l'entremise des autorités consulaires est fondé sur l'établissement en droit de la nationalité indienne de l'intéressé. En règle générale, la preuve de la nationalité est apportée par un passeport valable. Cependant, le fait que l'Inde ait fourni une fausse identité au commandant Jadhav ou que celui-ci en ait obtenu une à l'aide d'un passeport authentique constitue à première vue (et sans surprise) un acte illicite en droit interne indien. L'affirmation selon laquelle le commandant Jadhav et l'Inde auraient le droit de communiquer par l'entremise des autorités consulaires repose donc sur un ou plusieurs actes illicites au regard du droit indien et du droit international public.

218.2. En ne fournissant aucune explication et aucun élément de preuve concernant la fausse identité ou le passeport authentique qui était en la possession du commandant Jadhav lors de son arrestation, l'Inde a en réalité empêché le Pakistan d'établir avec une certitude absolue la véritable identité de l'intéressé et sa nationalité étrangère. Il est ironique (pour ne pas dire pervers) que le demandeur affirme aujourd'hui qu'aucune preuve de la «nationalité» de l'intéressé ne serait nécessaire, soit parce que celui-ci était en possession d'un passeport indien (sous une fausse identité), soit parce qu'il a avoué être un espion indien.

Ex turpi causa

218.3. Le commandant Jadhav a volontairement fait des aveux détaillés, affirmant avoir été envoyé par l'Inde au Pakistan pour y commettre des actes d'espionnage et de terrorisme. Or, l'envoi, par un Etat, d'un espion et terroriste sur le territoire d'un autre Etat constitue une grave violation du droit international et un comportement fondamentalement contraire aux principes de la Charte des Nations Unies.

218.4. Le Pakistan fait respectueusement valoir que, en application du principe *ex turpi causa*, les actes illicites de l'Inde à cet égard privent celle-ci de qualité pour invoquer la compétence de la Cour afin de pouvoir communiquer avec son espion et terroriste par l'entremise de ses autorités consulaires et, *a fortiori*, pour présenter une demande relative au déni de ce droit.

218.5. Au surplus, tout prétendu déni, par le Pakistan, du droit du commandant Jadhav de communiquer avec ses autorités consulaires aurait été la conséquence directe des activités illicites de l'Inde elle-même, laquelle a employé un agent secret doublé d'un terroriste pour enfreindre ou saper l'intégrité territoriale et la souveraineté politique pakistanaises en se rendant coupable d'une grave violation du droit.

218.6. Le fait que l'Inde n'ait pas apporté au Pakistan la moindre assistance dans le cadre de l'enquête sur les crimes commis par le commandant Jadhav emporte violation d'obligations *erga omnes* ou autrement contraignantes énoncées dans la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies [vol. 5, annexe 89].

219. Sur la base de ce qui précède, le Pakistan a le regret de faire observer à la Cour que l'Inde s'est rendue coupable d'un comportement illicite grave en fournissant au commandant Jadhav un passeport authentique et une fausse identité, puis en l'envoyant au Pakistan pour y commettre des actes d'espionnage et de terrorisme en violation de la Charte des Nations Unies.

220. Le Pakistan prie respectueusement la Cour de déclarer que la demande de l'Inde, telle que présentée dans sa requête et son mémoire, est irrecevable sur la base du principe d'illicéité, du principe des mains propres ou du principe *ex injuria jus non oritur*.

64

IV. EN OUTRE, OU À TITRE SUBSIDIAIRE, MÊME S'IL EST SATISFAIT AUX CRITÈRES RÉGISSANT LA COMPÉTENCE DE LA COUR, LES QUESTIONS PRÉLIMINAIRES DEVRAIENT FAIRE OBSTACLE À L'OCTROI DE TOUTE RÉPARATION

221. En outre, ou à titre subsidiaire, le Pakistan soutient respectueusement que, même si la Cour considère que les questions préliminaires soulevées dans la section III ci-dessus ne rendent pas la demande de l'Inde irrecevable, elles devraient néanmoins faire obstacle à l'octroi de toute réparation au demandeur.

222. Sans préjudice de ce qui précède, la Cour pourrait considérer que les questions préliminaires soulevées dans la section III ci-dessus relèvent davantage de l'examen du fond de l'affaire ou de la question de la réparation que de considérations indépendantes liées à la compétence ou à la recevabilité dans le contexte d'une réclamation internationale.

223. Pour dissiper tout doute éventuel à cet égard, le Pakistan précise qu'il ne sollicite aucune bifurcation de procédure et en fait bien volontiers l'économie.

224. La Cour s'est penchée sur cette question aux paragraphes 27 à 30 de l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 161 [vol. 3, annexe 66] :

«27. La Cour examinera tout d'abord une argumentation à laquelle les Etats-Unis semblent attribuer un certain caractère préliminaire. Les Etats-Unis, attribuant à l'Iran un comportement illicite, à savoir la violation du traité de 1955 ainsi que d'autres règles du droit international régissant l'emploi de la force, prient la Cour de rejeter la demande de l'Iran et de lui refuser la réparation qu'il sollicite. Ils invoquent ce qu'ils présentent comme trois principes connexes. Premièrement, une partie qui a adopté un comportement inapproprié en rapport avec l'objet d'un différend n'a pas droit à réparation ; selon les Etats-Unis, au moment de leurs actions contre les plates-formes, l'Iran avait lancé des attaques armées manifestement illicites

contre des navires américains et d'autres navires neutres dans le golfe Persique, et il a en la présente instance fourni à la Cour une version déformée des faits de la cause. Deuxièmement, une partie ayant elle-même méconnu des obligations identiques à celles sur lesquelles se fonde sa requête n'a pas droit à réparation ; or l'Iran avait, d'après les Etats-Unis, lui-même violé les obligations «mutuelles et réciproques» découlant du traité de 1955. Troisièmement, le demandeur n'a pas droit à réparation lorsque les actes dont il se plaint sont la conséquence de son propre comportement illicite. Ainsi, selon les Etats-Unis, les attaques contre les plates-formes étaient la conséquence du comportement illicite qui avait été celui de l'Iran dans le golfe Persique.

65

28. L'Iran répond que la notion de «mains propres» sur laquelle reposent ces arguments des Etats-Unis, «tout en exprimant et en incorporant des principes de droit fondamentaux inspirés de la bonne foi, n'est pas une institution juridique autonome». Il soutient que cette notion requiert, pour être mise en œuvre, l'intervention d'autres institutions ou règles juridiques. L'Iran affirme que c'est dans le cadre de demandes relatives à la protection diplomatique que peut être invoqué l'argument selon lequel le «propre comportement illicite du plaignant » constituerait un motif d'irrecevabilité d'une demande ; ce principe concernerait uniquement les «mains propres» d'un ressortissant étranger, mais serait dépourvu de pertinence s'agissant de réclamations directes d'Etat à Etat. Selon l'Iran, dans les réclamations de cette nature, ce principe ne peut avoir de signification juridique qu'au stade du fond, et uniquement à celui de la fixation du montant de la réparation, mais ne prive pas un Etat de son droit à se présenter en justice.

29. La Cour note que ces questions ont été soulevées pour la première fois par les Etats-Unis dans leur contre-mémoire, après l'arrêt de la Cour du 12 décembre 1996 sur l'exception préliminaire à sa compétence formulée par les Etats-Unis. Dans cette pièce, les Etats-Unis abordaient ces questions *in fine*, après avoir exposé leurs arguments sur le fond, et non à titre de question préliminaire. Dans leurs écritures ultérieures et leurs plaidoiries, ils ont présenté ces arguments comme si ceux-ci revêtaient plutôt un caractère préliminaire, sans toutefois aller jusqu'à donner à penser qu'il s'agissait de questions de recevabilité, devant être examinées avant tout examen au fond. Normalement, une exception à la recevabilité consiste à affirmer que, quand bien même la Cour serait compétente et les faits exposés par l'Etat demandeur seraient tenus pour exacts, il n'en existe pas moins des raisons pour lesquelles il n'y a pas lieu pour la Cour de statuer au fond. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Les Etats-Unis ne demandent pas à la Cour de juger les prétentions de l'Iran irrecevables ; ils lui demandent de les écarter. Ils ne prétendent pas que la Cour devrait être empêchée d'examiner la demande iranienne quant au fond en raison du comportement de l'Iran ; ils font plutôt valoir que, par ce comportement, l'Iran «s'est lui-même ôté tout droit à la réparation qu'il cherche à obtenir devant la Cour», ou qu'«il ne saurait se voir reconnaître aucun droit à réparation en l'espèce». Les Etats-Unis invitent la Cour à conclure «que les mesures qu'ils ont prises contre les plates-formes étaient la conséquence de l'emploi illicite de la force par l'Iran lui-même» et estiment que la Cour devrait assortir cette conclusion «des conséquences juridiques pertinentes». La Cour note que, pour parvenir à cette conclusion, il lui faudrait examiner les actions de l'Iran et des Etats-Unis dans le golfe Persique durant la période pertinente — ce qu'elle doit également faire pour statuer sur la demande iranienne et la demande reconventionnelle des Etats-Unis.

30. C'est pourquoi la Cour n'est pas tenue, à ce stade de son arrêt, de se pencher sur la conclusion des Etats-Unis tendant à ce que la demande de l'Iran soit rejetée et à ce que la réparation qu'il sollicite lui soit refusée en raison du comportement attribué à

l'Iran. La Cour va maintenant examiner les demandes formulées par l'Iran et les moyens de défense invoqués par les Etats-Unis.»

225. Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, les Etats-Unis ne demandaient pas à la Cour de déclarer la demande de l'Iran irrecevable, mais de l'écarter. En la présente espèce, en revanche, le Pakistan invite bel et bien la Cour à déclarer la demande de l'Inde irrecevable sur la base des questions préliminaires examinées à la section III ci-dessus.

66

226. En outre, ou à titre subsidiaire, le Pakistan fait toutefois valoir que, si elle devait considérer que les questions préliminaires examinées dans la section III ci-dessus ne rendent pas la demande de l'Inde irrecevable, la Cour devrait néanmoins rechercher si ces questions font obstacle à l'octroi d'une quelconque réparation à l'Inde, y compris celles que cette dernière a sollicitées dans sa requête et dans son mémoire.

227. Le Pakistan soutient respectueusement que le contenu de l'article 39 (contribution au préjudice) du projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de la Commission du droit international (ci-après la «CDI») [vol. 6, annexe 134, p. 109] doit éclairer les délibérations de la Cour sur la réparation sollicitée par l'Inde :

«Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'Etat lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée.»

228. Au paragraphe 2) de son commentaire dudit article 39 [vol. 6, annexe 134, p. 110], la CDI indique ce qui suit :

«L'article 39 dispose que le comportement de l'Etat lésé ou de toute personne ou entité pour laquelle réparation est demandée doit être pris en compte pour déterminer la forme et l'étendue de la réparation.»

229. Elle poursuit, au paragraphe 6) [vol. 6, annexe 134, p. 110], comme suit :

«L'action ou omission, intentionnelle ou par négligence, qui contribue au dommage peut être le fait de l'Etat lésé ou «de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée». *L'expression vise à couvrir non seulement les situations où un Etat introduit une réclamation au nom d'un de ses nationaux dans le cadre de la protection diplomatique, mais aussi toute autre situation dans laquelle un Etat invoque la responsabilité d'un autre Etat à raison d'un comportement qui affecte principalement une tierce partie.*» (Les italiques sont de nous.)

230. En conséquence, le Pakistan soutient respectueusement que le comportement de l'Inde et celui du commandant Jadhav lui-même (en tant qu'instrument de l'Inde) devront être pris en compte dans tout examen par la Cour de la réparation qui pourrait être accordée à cet Etat, y compris la question de savoir si ce comportement est d'une illicéité telle qu'il fait totalement obstacle à l'octroi d'une quelconque réparation.

**V. LA CONVENTION DE VIENNE SUR LES RELATIONS CONSULAIRES DE 1963
N'EST PAS APPLICABLE**

231. Le Pakistan soutient que la convention de Vienne de 1963 ne trouve pas à s'appliquer en la présente espèce.

232. Cet instrument a été adopté à Vienne le 24 avril 1963 et est entré en vigueur le 19 mars 1967.

233. La convention de Vienne de 1963 a été rédigée et promulguée en vue de promouvoir des relations amicales entre les nations, ce qui ressort clairement de son préambule [vol. 5, annexe 88] :

«Les Etats parties à la présente Convention,

.....

Conscients des Buts et des Principes de la Charte des Nations Unies concernant l'égalité souveraine des Etats, le maintien de la paix et de la sécurité internationales et le développement de relations amicales entre les nations,

.....

Persuadés qu'une convention internationale sur les relations, privilèges et immunités consulaires contribuerait elle aussi à favoriser les relations d'amitié entre les pays, quelle que soit la diversité de leurs régimes constitutionnels et sociaux.»

234. Le Pakistan fait respectueusement valoir qu'il serait porté atteinte au développement de relations amicales entre les nations, ainsi qu'au but de la convention de Vienne de 1963, si :

- 234.1. un individu se voyait prêter une fausse identité par l'«Etat d'envoi» en vue de pénétrer clandestinement sur le territoire de l'«Etat de résidence»,
- 234.2. aux fins de se livrer à des activités criminelles des plus graves sur ordre de l'«Etat d'envoi»,
- 234.3. pour ensuite pouvoir communiquer librement avec les agents ou autorités consulaires de l'«Etat d'envoi» après son arrestation.

235. Cela est d'autant plus évident dans la situation présente. En dépit de nombreuses demandes en ce sens, l'Inde n'a en effet pas satisfait à une condition préalable fondamentale pour que la convention de Vienne de 1963 trouve à s'appliquer, à savoir d'apporter la preuve de la nationalité. Le fait qu'elle ait manqué ou refusé de démontrer que le commandant Jadhav est un ressortissant indien ne saurait être écarté comme une simple formalité ; le Pakistan affirme que la convention ne peut s'appliquer si l'Etat d'envoi n'établit pas que l'accusé est bien l'un de ses ressortissants, *a fortiori* si ce défaut ou refus n'est pas motivé.

236. De fait, si l'Inde a manqué ou refusé de le faire, c'est en raison du dilemme auquel elle est confrontée : le Pakistan soutient que, pour répondre comme il se doit aux questions qu'il a soulevées quant au fait que le commandant Jadhav était en possession d'un passeport indien

authentique sur lequel figurait un faux nom (musulman), l'Inde serait contrainte de révéler qu'elle a chargé l'intéressé de se livrer à des actes d'espionnage et de terrorisme.

237. Le Pakistan a posé des questions circonstanciées, légitimes et nécessaires concernant le passeport dans sa demande en date du 31 mai 2017, questions qu'il a ensuite reposées dans celles en date du 30 août 2017 et du 26 octobre 2017 :

237.1. 31 mai 2017 :

- «c) Lorsqu'il a été arrêté, le commandant Jadhav était en possession d'un passeport indien sur lequel figurait un autre nom — «Hussein Mubarak Patel» —, un nom musulman et manifestement faux. Nous avons, le 23 janvier 2017, fourni au Gouvernement indien copie de ce passeport et des aveux du commandant Jadhav dans le cadre de la demande d'entraide judiciaire aux fins d'une enquête sur des faits de terrorisme.
- d) Nous sommes au regret de noter que le Gouvernement indien n'a pas donné suite à la demande d'entraide judiciaire, ce qui emporte violation des obligations fondamentales énoncées dans la Charte des Nations Unies et dans nombre de résolutions du Conseil de sécurité de l'Organisation, dont sa résolution 1373 (2001).
- e) Le 14 avril 2017, dans une déclaration publique, le conseiller aux affaires étrangères auprès du premier ministre pakistanais a notamment relevé que l'Inde n'avait donné aucune explication sur la question de savoir comment et dans quelles circonstances le commandant Jadhav avait obtenu ce passeport sur lequel figurait un faux nom, et demandé à l'Inde de s'expliquer.
- f) A ce jour, l'Inde n'a toutefois donné aucune réponse à cet égard, ni fait le moindre effort pour fournir une quelconque explication». [Vol. 2, annexe 42, p. 1-2.]

237.2. 30 août 2017 :

«5. Le Gouvernement indien a, par exemple, reçu une copie lisible du passeport n° L9630722 délivré au nom de «Hussein Mubarak Patel».

6. Il incombe au Gouvernement indien d'expliquer :

- a) si le commandant Jadhav est bien le commandant Jadhav ou s'il est «Hussein Mubarak Patel».
- b) S'il n'est pas «Hussein Mubarak Patel», cette personne existe-t-elle ?
- c) Que «Hussein Mubarak Patel» existe ou non, quelles démarches le Gouvernement indien a-t-il entreprises, à tout le moins depuis le 23 janvier 2017, pour enquêter sur la manière dont le commandant Jadhav a pu obtenir un passeport auprès des autorités indiennes compétentes ?
- d) Les différents déplacements effectués par le commandant Jadhav.

69

7. A titre subsidiaire, le Gouvernement indien considère-t-il que le commandant Jadhav était en possession de documents faux et inexacts, au sens où :

- a) il ne s'appellerait pas «Hussein Mubarak Patel» ; ou
- b) son passeport n'aurait pas été délivré par les autorités indiennes compétentes ?

8. Si tel est le cas, le Gouvernement indien considère-t-il que le commandant Jadhav a commis une ou plusieurs infractions au regard du droit indien ? Dans l'affirmative, quelles sont-elles ?

9. La République islamique du Pakistan considère que le fait de retourner la demande d'entraide à son expéditeur n'excuse en rien le manquement de la République de l'Inde aux obligations internationales susmentionnées. Pour aider l'Inde à s'y conformer, ladite demande lui est donc adressée de nouveau.» [Vol. 2, annexe 43, p. 1-2.]

237.3. 26 octobre 2017 :

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

70

238. Le Pakistan soutient que le fait que l'Inde ait jusqu'ici manqué ou refusé de lui fournir (et *a fortiori* à la Cour) un quelconque élément attestant la nationalité du commandant Jadhav impose de rejeter la demande indienne au motif que la convention de Vienne de 1963 ne trouve pas à s'appliquer en ce qui concerne l'intéressé.

239. Au surplus, ou à titre subsidiaire, si un consul est censé protéger les intérêts de ses ressortissants à l'étranger contre d'éventuelles violations commises par l'Etat de résidence, il n'a toutefois jamais été prévu qu'il protège autre chose que les intérêts *légitimes* desdits ressortissants.

240. Cela reste valable aujourd'hui, après l'entrée en vigueur de la convention de Vienne de 1963, qui contient nombre de dispositions rappelant (si besoin était) que les fonctions consulaires doivent être exercées d'une manière conforme au droit international et au droit interne de l'Etat de résidence. Exemples :

- 240.1. Article 5 : «*a*) Protéger dans l'Etat de résidence les intérêts de l'Etat d'envoi et de ses ressortissants, personnes physiques et morales, *dans les limites admises par le droit international*» [vol. 5, annexe 88, p. 5] ;
- 240.2. Article 5 : «*f*) Agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et exercer des fonctions similaires, ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, *pour autant que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas*» [vol. 5, annexe 88, p. 5] ;
- 240.3. Article 5 : «*g*) Sauvegarder les intérêts des ressortissants, personnes physiques et morales, de l'Etat d'envoi, dans les successions sur le territoire de l'Etat de résidence *conformément aux lois et règlements de l'Etat de résidence*» [vol. 5, annexe 88, p. 5] ;
- 240.4. Article 5 : «*h*) Sauvegarder, *dans les limites fixées par les lois et règlements de l'Etat de résidence*, les intérêts des mineurs et des incapables, ressortissants de l'Etat d'envoi, particulièrement lorsque l'institution d'une tutelle ou d'une curatelle à leur égard est requise» [vol. 5, annexe 88, p. 5] ;
- 240.5. Article 5 : «*i*) *Sous réserve des pratiques et procédures en vigueur dans l'Etat de résidence*, représenter les ressortissants de l'Etat d'envoi ou prendre des dispositions afin d'assurer leur représentation appropriée devant les tribunaux ou les autres autorités de l'Etat de résidence pour demander, *conformément aux lois et règlements de l'Etat de résidence*, l'adoption de mesures provisoires en vue de la sauvegarde des droits et intérêts de ces ressortissants lorsque, en raison de leur absence ou pour toute autre cause, ils ne peuvent défendre en temps utile leurs droits et intérêts» [vol. 5, annexe 88, p. 5] ;
- 240.6. Article 5 : «*j*) Transmettre des actes judiciaires et extrajudiciaires ou exécuter des commissions rogatoires conformément aux accords internationaux en vigueur ou, à défaut de tels accords, *de toute manière compatible avec les lois et règlements de l'Etat de résidence*» [vol. 5, annexe 88, p. 5-6] ;
- 240.7. Article 5 : «*l*) Prêter assistance aux navires, bateaux et avions mentionnés à l'alinéa k du présent article, ainsi qu'à leurs équipages, recevoir les déclarations sur le voyage de ces navires et bateaux, examiner et viser les papiers de bord et, *sans préjudice des pouvoirs des autorités de l'Etat de résidence*, faire des enquêtes concernant les incidents survenus au cours de la traversée et régler, pour autant que les lois et règlements de l'Etat d'envoi l'autorisent, les contestations de toute nature entre le capitaine, les officiers et les marins» [vol. 5, annexe 88, p. 6] ;
- 240.8. Article 5 : «*m*) Exercer toutes autres fonctions confiées à un poste consulaire par l'Etat d'envoi *que n'interdisent pas les lois et règlements de l'Etat de résidence* ou auxquelles l'Etat de résidence ne s'oppose pas ou qui sont mentionnées dans les accords internationaux en vigueur entre l'Etat d'envoi et l'Etat de résidence» [vol. 5, annexe 88, p. 6] ;

240.9. Article 36 : «2. Les droits visés au paragraphe 1 du présent article doivent s'exercer dans le cadre des lois et règlements de l'Etat de résidence, étant entendu, toutefois, que ces lois et règlements doivent permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu du présent article» [vol. 5, annexe 88, p. 17-18] ;

240.10. Article 38 : «Dans l'exercice de leurs fonctions, les fonctionnaires consulaires peuvent s'adresser : ... b) Aux autorités centrales compétentes de l'Etat de résidence *si et dans la mesure où cela est admis par les lois, règlements et usages de l'Etat de résidence* ou par les accords internationaux en la matière» [vol. 5, annexe 88, p. 18] ;

240.11. Article 55 : «1. Sans préjudice de leurs privilèges et immunités, toutes les personnes qui bénéficient de ces privilèges et immunités ont le devoir de *respecter les lois et règlements de l'Etat de résidence*. Elles ont également le devoir de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de cet Etat» [vol. 5, annexe 88, p. 25]. (Les italiques sont de nous.)

241. En outre, il ne ressort *pas* des travaux préparatoires de la convention de Vienne de 1963 et de la pratique des Etats que le droit international coutumier vient étayer l'affirmation selon laquelle une personne arrêtée, dont le comportement et les documents en sa possession indiquent à première vue qu'elle se livrait à des actes d'espionnage, a le droit de communiquer avec ses autorités consulaires en application du *litt. b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de ladite convention.

242. En conséquence, le Pakistan soutient que la commission d'actes d'espionnage par le commandant Jadhav (et le fait que celui-ci ait avoué avoir commis ces actes sur ordre de l'Inde, affirmation qui n'a jamais été sérieusement contestée) doit entraîner le rejet de la demande indienne, au motif que la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 ne trouve pas à s'appliquer en ce qui concerne l'intéressé.

72

A. L'Inde n'a pas établi la nationalité du commandant Jadhav

243. Par définition, l'obligation de permettre la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi, qui incombe à l'Etat de résidence, n'existe qu'à l'égard des ressortissants étrangers. Une condition préalable fondamentale pour que s'applique le dispositif global régissant ladite communication et qu'un éventuel droit à cet égard puisse se faire jour est donc qu'il soit établi que la personne arrêtée ou détenue est effectivement ressortissante de «l'Etat d'envoi». La réponse de l'Inde est simple (mais erronée) : le commandant Jadhav a avoué être un espion indien ; sa nationalité n'est donc pas en cause. Ce raisonnement est tout à fait absurde, ce d'autant plus que l'Inde dénigre par ailleurs les aveux du commandant Jadhav et rejette totalement le statut pourtant avéré de ce dernier.

Preuve de la nationalité — un passeport valide

244. Un passeport valide est généralement considéré comme le principal document officiel reconnaissant et certifiant que son porteur est un ressortissant de l'Etat qui l'a délivré. Voici ce qu'écrivait M. Adam I. Muchmore⁷ à ce sujet :

«Le passeport a évolué, passant d'une sorte de lettre *ad hoc* adressée à des puissances étrangères à un document sophistiqué et formalisé attestant à la fois

⁷ Vice-doyen (Recherche et Partenariats), professeur à la faculté de droit de l'université de Pennsylvanie (Penn State Law).

l'identité et la nationalité de son porteur. Même si les premiers passeports n'étaient pas toujours acceptés comme preuves de la nationalité d'une personne, y compris au regard du droit de l'Etat de délivrance, le passeport moderne est désormais largement reconnu comme une preuve de la nationalité en droit interne. En outre, au moins une juridiction internationale de premier plan a reconnu que le passeport était un élément de preuve quasi irréfutable de la nationalité en droit interne.» (Muchmore AI. «Passports and Nationality in International Law» dans *University of California Davis Journal of International Law & Policy* (2004), p. 305-306 [vol. 5, annexe 111].)

245. Le principal ouvrage universitaire sur le droit consulaire (Lee & Quigley, *Consular Law and Practice* (1^{ère} édition, 1961, p. 175-176) [vol. 5, annexe 112.2] indique par ailleurs ceci :

«Le passeport est un document officiel servant à attester que son titulaire est un ressortissant de l'Etat qui l'a délivré. Considéré comme un commencement de preuve du statut national de son titulaire, il devient de plus en plus une nécessité dans les voyages à l'étranger ... L'importance attachée au passeport explique pourquoi les Etats demandent invariablement à leurs consuls de s'assurer de l'identité du demandeur, de son allégeance et de son statut national de façon à ce qu'il ne subsiste aucun doute raisonnable avant de lui délivrer un passeport.»

246. L'Organisation de l'aviation civile internationale a publié le document 9303 (septième édition, 2015), qui a trait aux documents de voyage lisibles à la machine (ci-après les «DVLM») et contient des recommandations relatives au format des passeports à l'intention des gouvernements nationaux. Ce document est annexé au présent contre-mémoire dans son intégralité car il révèle le niveau de détails auquel les Etats s'engagent afin de garantir l'uniformité des documents de voyage et, ce qui est peut-être plus important encore, éradiquer tout usage abusif qui pourrait en être fait [vol. 6, annexe 135].

247. Les spécifications ne visent pas à constituer une norme pour les documents nationaux d'identité. Le document 9303 prévoit cependant qu'un Etat dont les documents d'identité sont reconnus comme des documents de voyage valides par d'autres Etats doit les concevoir de telle sorte qu'ils soient conformes aux spécifications des documents 9303-3 et 9303-4, 9303-5 ou 9303-6. Le document 9303 comprend plusieurs sections, dont la deuxième est intitulée «Spécifications pour la sécurité de la conception, de la fabrication et de la délivrance des DVLM» (y sont présentées des spécifications obligatoires et des spécifications optionnelles sur les précautions que doivent prendre les autorités de délivrance de documents de voyage pour sécuriser, contre tout acte frauduleux, les DVLM et les moyens utilisés pour les personnaliser et les délivrer à leurs titulaires légitimes. Y sont également présentées des spécifications obligatoires et des spécifications optionnelles sur la sécurité physique des locaux où les DVLM sont produits, personnalisés et délivrés, ainsi que sur le contrôle de sécurité des personnels chargés de ces opérations).

248. Il est nécessaire et normal d'adopter des normes internationales communes en ce qui concerne les passeports. Si les Etats autorisent l'entrée légitime de ressortissants étrangers sur leur territoire, ainsi que leur sortie, ils doivent pouvoir s'appuyer, pour l'essentiel, sur un document de voyage authentique leur permettant d'éviter d'avoir à mener une enquête particulièrement fastidieuse sur chacune des personnes entrant dans leur juridiction. A cet égard, il est bien évidemment primordial que la délivrance de documents de voyage ne fasse l'objet d'aucun abus.

249. Comme l'a démontré l'affaire *Koszta* [vol. 5, annexe 113, p. 133-134], le principe selon lequel un passeport qui n'est pas en soi conforme au droit n'est pas valide, et ce, quel que soit l'usage auquel il est destiné, existait en droit international bien avant l'entrée en vigueur de la convention de Vienne de 1963.

250. En 1848-1849, un certain Martin Koszta participa à une tentative de soulèvement contre l'Autriche et se réfugia en Turquie. Après y avoir été arrêté, il fut libéré à la condition de quitter le pays et choisit les Etats-Unis d'Amérique comme pays d'exil. Bien que le droit applicable imposât cinq années de résidence avant de pouvoir être naturalisé américain, l'intéressé retourna à Smyrne (devenu Izmir, en Turquie) en ayant obtenu un titre de voyage indiquant qu'il avait droit à la protection des Etats-Unis d'Amérique. Il fut enlevé par des agents autrichiens et les Etats-Unis demandèrent sa libération, appuyant leur demande par l'envoi d'un navire de guerre. La crise diplomatique qui s'ensuivit fut finalement réglée par la médiation d'un consul français, mais l'Autriche protesta contre les Etats-Unis d'Amérique qui prétendaient être en droit d'exercer leur protection diplomatique à l'égard de Martin Koszta. La question de savoir si la naturalisation incomplète de l'intéressé lui donnait droit à la protection diplomatique ne fut jamais réglée.

74

251. Dans son manuel de droit international (1895), M. Edwin F. Glenn⁸ s'est intéressé à l'effet du passeport américain que Martin Koszta avait obtenu et en a conclu ce qui suit [vol. 5, annexe 113, p. 134] :

«En ce qui concerne l'effet du passeport accordé à M. Koszta et dont il a été prétendu qu'il lui conférait le droit à la protection des Etats-Unis d'Amérique, cette assertion est infondée car il semble que ledit document ait été délivré à l'intéressé en violation de la loi et qu'il n'avait aucune validité, quel que soit l'usage auquel il était destiné.»

252. Dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, le Mexique avait, par une requête datée du 9 janvier 2003, introduit une instance contre les Etats-Unis d'Amérique concernant des violations alléguées des articles 5 et 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 à l'égard (initialement) de 54 personnes condamnées à mort dans certains états américains. Les Etats-Unis avaient soulevé une exception à la recevabilité des demandes relatives à certaines des personnes avec lesquelles le Mexique cherchait à obtenir le droit de communiquer par l'entremise de ses autorités consulaires, au motif qu'il ne s'agissait pas de ressortissants mexicains [vol. 3, annexe 67, par. 41]. Le Mexique avait alors modifié ses conclusions en retirant sa demande de réparation concernant l'une de ces personnes, M. Enrique Zambrano Garibi, après avoir constaté que M. Garibi possédait en réalité la double nationalité mexicaine et américaine [vol. 3, annexe 67, par. 7].

253. Aux paragraphes 53 et 54 de son arrêt du 31 mars 2004 [vol. 3, annexe 67], la Cour a indiqué ce qui suit :

«53. Les Parties ont situé leurs arguments relatifs à la nationalité dans trois contextes juridiques différents. Les Etats-Unis en ont en premier lieu tiré une exception d'irrecevabilité que la Cour a déjà examinée (voir par. 41 et 42 ci-dessus). Par ailleurs, les Etats-Unis soutiennent qu'un grand nombre des cinquante-deux personnes visées au paragraphe 16 ci-dessus étaient des ressortissants américains et

⁸ Edwin F. Glenn a été général de division dans l'armée américaine et professeur de science et tactique militaires à l'Université du Minnesota. Il a travaillé auprès du juge-avocat général au Dakota, dans le district de Columbia et aux Visayas. Il a siégé en qualité de juge au tribunal militaire de la 5^e brigade, et a ensuite pris le commandement de la 83^e division en août 2017.

que, par conséquent, les Etats-Unis n'étaient tenus d'aucune obligation envers ces personnes en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36. La Cour traitera de cet aspect de la question dans les paragraphes qui suivent. Enfin, les Parties divergent sur la question de savoir si l'information qui doit être donnée «sans retard», comme le prescrit l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36, doit l'être dès l'arrestation d'une personne ou à partir du moment où sa nationalité est établie. La Cour se penchera sur cette question plus loin (voir par. 63 ci-après).

54. Les Parties ne sont d'accord ni sur ce que chacune d'elles doit prouver en ce qui concerne la nationalité aux fins de l'application du paragraphe 1 de l'article 36, ni sur la manière dont les principes régissant la preuve ont été respectés dans chaque cas en ce qui concerne les faits.»

75

254. Aux paragraphes 55 et 56 de son arrêt [vol. 3, annexe 67], la Cour a poursuivi en exposant les arguments des parties sur la question de savoir à qui il incombait d'établir la nationalité d'une personne à l'égard de laquelle un Etat d'envoi entendait exercer sa protection diplomatique :

«55. Les deux Parties reconnaissent le principe bien établi en droit international selon lequel il incombe au plaideur qui cherche à établir l'existence d'un fait d'en apporter la preuve (cf. Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 437, par. 101). Le Mexique reconnaît qu'il lui appartient de prouver que les cinquante-deux personnes énumérées au paragraphe 16 ci-dessus étaient des ressortissants mexicains auxquels les dispositions de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 s'appliquent en principe. Il affirme s'être acquitté de cette charge en fournissant à la Cour les extraits d'acte de naissance de ces ressortissants, ainsi que des déclarations de quarante-deux d'entre eux, attestant qu'ils n'ont pas acquis la nationalité américaine. Le Mexique affirme aussi que si les Etats-Unis souhaitent faire valoir que, parmi les personnes de nationalité mexicaine arrêtées, certaines étaient également à l'époque des ressortissants des Etats-Unis, c'est à eux d'en apporter la preuve.

56. Les Etats-Unis reconnaissent que, dans ces cas, la charge de la preuve leur incombe en ce qui concerne l'établissement de la nationalité américaine, mais soutiennent que, néanmoins, il appartient au Mexique de produire les «éléments de preuve» pertinents. Selon les Etats-Unis, cette distinction s'explique par le fait que des personnes de nationalité mexicaine peuvent aussi avoir acquis de plein droit la nationalité américaine, du fait notamment de la date et du lieu de naissance, du lieu de résidence ou de la situation matrimoniale de leurs parents au moment de leur naissance. Selon les Etats-Unis «[p]ratiquement toutes ces informations sont en possession du Mexique, par l'intermédiaire des cinquante-deux personnes qu'il représente désormais». Les Etats-Unis soutiennent qu'il appartenait au Mexique de produire ces informations, ce qu'il n'a pas fait.» (Les italiques sont de nous).

255. Au paragraphe 57 [vol. 3, annexe 67], la Cour a formulé la conclusion suivante :

«57. La Cour estime qu'il appartient au Mexique de démontrer que les cinquante-deux personnes identifiées au paragraphe 16 ci-dessus étaient de nationalité mexicaine au moment de leur arrestation. Elle constate que le Mexique a produit à cet effet des extraits d'acte de naissance et des déclarations de nationalité, dont le contenu n'a pas été contesté par les Etats-Unis.» (Les italiques sont de nous.)

256. En la présente espèce, et malgré les multiples occasions que le Pakistan lui a offertes à cet effet, l'Inde n'a fourni aucun élément de preuve concernant la nationalité du commandant Jadhav.

257. La Cour a poursuivi en ces termes au paragraphe 57 de l'arrêt *Avena* [vol. 3, annexe 67] :

76

«La Cour relève que les Etats-Unis ont cependant soulevé la question de savoir si certaines de ces personnes n'étaient pas aussi des ressortissants américains. Les Etats-Unis ont ainsi informé la Cour que, «dans le cas de l'accusé n° 2, M. Ayala, [ils étaient] quasiment certains que l'intéressé est citoyen des Etats-Unis», et que cela pourrait être confirmé avec une certitude absolue si le Mexique avait fourni les informations requises. De même, selon les Etats-Unis, M. Avena (cas n° 1) doit être considéré comme étant «vraisemblablement» citoyen des Etats-Unis, et on «pouvait» penser que quelque seize autres accusés l'étaient aussi. En ce qui concerne six autres personnes, les Etats-Unis ont déclaré que l'éventualité de la nationalité américaine ne «[pouvait] être écartée». *La Cour est d'avis qu'il appartenait aux Etats-Unis de prouver qu'il en était ainsi et de fournir à la Cour toutes informations en leur possession à ce sujet. Dans la mesure où des informations pertinentes sur la matière étaient, selon les Etats-Unis, en la possession du Mexique, les Etats-Unis devaient s'en enquérir auprès des autorités mexicaines. La Cour ne peut pas accepter l'argument selon lequel il revenait au Mexique de produire ces informations au motif qu'elles se trouvaient peut-être en partie en sa possession. C'est aux Etats-Unis qu'il appartenait de chercher à obtenir lesdites informations, avec un degré de précision suffisant, et de démontrer à la fois qu'ils l'avaient fait et que les autorités mexicaines avaient refusé ou n'avaient pas été en mesure de répondre à leurs demandes précises. A aucun stade pourtant, les Etats-Unis n'ont établi devant la Cour qu'ils avaient adressé des demandes de renseignements précises aux autorités mexicaines sur des cas particuliers, mais n'avaient pas obtenu de réponse. La Cour en conclut que les Etats-Unis ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait de prouver que certaines personnes de nationalité mexicaine étaient aussi des ressortissants des Etats-Unis.» (Les italiques sont de nous.)*

258. Dans la présente affaire, au contraire, comme le démontrent les éléments de preuve qu'il a soumis à la Cour (et que l'Inde s'est, quant à elle, délibérément abstenue de produire), le Pakistan a présenté plusieurs demandes formelles aux autorités indiennes afin d'obtenir des explications concernant le passeport du commandant Jadhav et a rappelé à plusieurs reprises à l'Inde qu'elle avait manqué ou refusé de fournir des preuves de la nationalité indienne de l'intéressé.

259. Si l'Inde avait répondu sur le fond, la preuve nécessaire de ce que le commandant Jadhav est un ressortissant indien aurait peut-être été apportée. Or, elle n'a pas cherché à répondre aux demandes datées des 31 mai 2017, 30 août 2017 et 26 octobre 2017 [vol. 2, annexes 42, 43 et 44].

260. Au paragraphe 63 [vol. 3, annexe 67] de l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Avena*, la Cour a indiqué ce qui suit :

«63. La Cour estime que les autorités qui interviennent dans les procédures de détention ont l'obligation de donner l'information requise par l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 au moment où elles constatent que la personne arrêtée est

un ressortissant étranger ou lorsqu'il existe des raisons de penser qu'il s'agit probablement d'un ressortissant étranger. *Le moment précis varie selon les circonstances.*» (Les italiques sont de nous.)

261. Le Pakistan soutient respectueusement que, dans un cas comme celui du commandant Jadhav, à savoir celui d'un espion porteur d'un passeport manifestement authentique indiquant une fausse identité, il est probable que l'établissement de la vérité concernant la nationalité de la personne arrêtée prenne un certain temps et nécessite confirmation de la part de l'Etat qui fait valoir quelque droit de communiquer avec elle par l'entremise de ses autorités consulaires, à moins qu'il ne cherche à désavouer cette personne ou à éviter d'aborder la question par peur d'être accusé d'activités illicites.

262. Le paragraphe 65 de l'arrêt *Avena* [vol. 3, annexe 67] se lit comme suit :

77 «65. Gardant à l'esprit les difficultés exposées par les Etats-Unis, la Cour commencera par examiner la question de l'application de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne aux cinquante-deux cas. Dans quarante-cinq de ces cas, la Cour ne dispose d'aucun élément indiquant que les personnes arrêtées aient déclaré être de nationalité américaine, ni que l'on ait pu raisonnablement penser qu'elles l'étaient, et que *des recherches précises aient été effectuées en temps utile* pour vérifier ces cas de double nationalité. La Cour a expliqué au paragraphe 57 ci-dessus quelles recherches auraient dû être effectuées à bref délai et quelles informations auraient dû lui être fournies.» (Les italiques sont de nous.)

263. Comme cela est expliqué ci-dessus, contrairement aux Etats-Unis d'Amérique dans l'affaire *Avena*, en la présente espèce, le Pakistan a bel et bien effectué des recherches précises auprès de l'Inde en lui demandant des preuves, notamment pour établir avec certitude la nationalité du commandant Jadhav. Ces recherches précises, telles qu'elles apparaissent dans la demande d'entraide judiciaire du Pakistan du 23 janvier 2017 [vol. 2, annexe 17] et ont été réitérées par la suite, ont été effectuées «*en temps utile*» dans le cadre d'une enquête complexe pour espionnage et terrorisme visant le commandant Jadhav et d'autres personnes et groupes avec lesquels il a conspiré.

264. L'Inde n'a pas donné suite à la demande d'entraide judiciaire et n'a jamais fourni aucun élément de preuve à cet égard. La dernière lettre (qui a suivi d'autres rappels, dont ceux des 31 mai 2017 [vol. 2, annexe 42] et 30 août 2017 [vol. 2, annexe 43]) que le Pakistan a adressée sur cette question au ministère indien des affaires étrangères le 26 octobre 2017 [vol. 2, annexe 44] n'a suscité aucune réponse de celle-ci.

265. En outre, il ressort clairement des conclusions énoncées par la Cour aux paragraphes 66 et 74 de l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Avena* [vol. 3, annexe 67] que l'incapacité, ou le manquement (sans parler du refus) de l'Etat d'envoi en ce qui concerne l'établissement de la nationalité d'une personne devant la Cour porte un coup fatal au droit de cet Etat d'exercer la protection diplomatique dont il pourrait se prévaloir à l'égard de cette personne :

«66. Les Etats-Unis font valoir que sept personnes ont déclaré, au moment de leur arrestation, être des citoyens américains. *Dans le cas de M. Salcido (cas n° 22) uniquement, les Etats-Unis ont présenté à la Cour des éléments attestant qu'une telle déclaration a été faite. Ce point a été reconnu par le Mexique. En outre, il n'a été soumis à la Cour aucun élément indiquant qu'il y eût en même temps, dans ce cas, des*

indices de nationalité mexicaine qui auraient dû déclencher rapidement des recherches de la part des autorités ayant procédé à l'arrestation et la fourniture «sans retard» de l'information consulaire. Dans le cas de M. Salcido, le Mexique n'a donc pas démontré que les Etats-Unis aient violé les obligations leur incombant en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36.»

.....

«74. La Cour conclut que le Mexique n'a pas démontré que les Etats-Unis aient violé les obligations leur incombant en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 dans le cas de M. Salcido (cas n° 22), et elle ne formulera pas d'autres observations concernant ce cas.» (Les italiques sont de nous.)

266. A la lumière de ce qui précède, le Pakistan soutient respectueusement que si l'Inde a délibérément choisi de ne pas chercher à établir la nationalité indienne du commandant Jadhav ou de ne pas l'établir selon les normes requises, c'est (malheureusement) pour des raisons bien trop évidentes.

78

267. En conséquence, le Pakistan soutient aussi respectueusement que le fait que l'Inde ait manqué d'établir la nationalité indienne du commandant Jadhav, ou refusé de le faire, porte un coup fatal à sa demande tendant à pouvoir communiquer avec celui-ci par l'entremise de ses autorités consulaires.

268. Le Pakistan soutient en outre respectueusement que ce manquement ou ce refus de l'Inde signifie que la convention de Vienne de 1963 n'est pas applicable car le dispositif régissant la communication entre une personne et les autorités consulaires de l'Etat dont il est ressortissant ne s'applique que lorsque la nationalité de l'accusé a été établie.

269. Ainsi, un passeport authentique indiquant une fausse identité ne saurait être considéré en soi comme une preuve, et encore moins comme une preuve suffisante, de la nationalité d'une personne. Il s'ensuit nécessairement que la preuve de la nationalité exige des éléments démontrant le fondement juridique de l'existence du «lien de nationalité» au regard du droit interne et du droit international public.

270. Compte tenu de ce qui précède, le Pakistan invite respectueusement la Cour à rejeter la demande de l'Inde telle que celle-ci l'a présentée dans sa requête et dans son mémoire, au motif que la convention de Vienne de 1963 ne s'applique pas dans le cas du commandant Jadhav.

79

**B. La convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963
ne trouve pas à s'appliquer dans les affaires d'espionnage**

271. En outre, ou à titre subsidiaire, le Pakistan soutient que la convention de Vienne de 1963 ne s'applique pas aux individus dont le comportement et les documents qui sont en leur possession portent à première vue à croire qu'ils se livraient à des activités d'espionnage.

Le contexte historique des relations consulaires

272. Il ressort du contexte historique des relations consulaires que les consuls ont été chargés de protéger les intérêts *légitimes* de ressortissants à l'étranger contre les violations pouvant être commises par l'Etat de résidence.

273. Il apparaît qu'il en allait ainsi bien avant la rédaction et la promulgation de la convention de Vienne de 1963.

274. En 1904, le baron Alphonse Heyking (alors consul général de la Russie impériale à Londres) a publié un ouvrage intitulé *A Practical Guide for Russian Consular Officers and All Persons Having Relations with Russia*. A la page 129 d'une seconde édition parue en 1916, il a indiqué ce qui suit au sujet de l'assistance consulaire offerte aux sujets russes [vol. 5, annexe 114.2] :

«Le consul a notamment pour fonctions, outre celles énumérées dans des paragraphes distincts ci-après, d'apporter une protection et une assistance générales à tout sujet russe, que ce soit dans sa circonscription consulaire ou non. Il lui appartient d'aider tout sujet russe à toute fin *légitime* dans la mesure où celle-ci relève du domaine de l'activité consulaire». (Les italiques sont de nous.)

L'historique de la convention de Vienne de 1963

275. En 1927, la faculté de droit de Harvard a entrepris de coordonner des travaux de recherche et d'élaborer un projet relatif au statut juridique et aux fonctions des consuls, dont le professeur Quincy Wright a été le rapporteur et qui a été décrit comme ayant exercé une influence «décisive» sur la manière dont la CDI a traité le sujet (G. E. do Nascimento, «The Vienna Conference on Consular Relations» in *The International & Comparative Law Quarterly*, vol. 13, n° 4 (octobre 1964), p. 1216 [vol. 5, annexe 115]).

276. En 1928, la convention relative aux fonctionnaires consulaires a été rédigée à La Havane, sur la base d'un projet élaboré un an auparavant par la commission internationale de juristes américains à Rio de Janeiro. La convention de La Havane relative aux fonctionnaires consulaires de 1928 est également décrite comme ayant eu une «forte influence» sur le projet de la CDI (G. E. do Nascimento, «The Vienna Conference on Consular Relations» in *The International & Comparative Law Quarterly*, vol. 13, n° 4 (octobre 1964), p. 1216 [vol. 5, annexe 115]).

80

277. Dans les années 1950, la CDI a œuvré à un projet de convention découlant de la coutume internationale, d'une série de conventions consulaires bilatérales et du droit interne ou de la pratique générale. En 1955, le professeur Jaroslav Žourek⁹ a été désigné rapporteur spécial et a soumis pour examen trois rapports à la CDI. Celle-ci a mis la dernière main à son projet d'articles sur les relations consulaires en 1960. Après la signature de la convention de Vienne sur les relations diplomatiques en 1961, elle s'est de nouveau réunie afin de reformuler la version initiale de son projet d'articles précité (G. E. do Nascimento, «The Vienna Conference on Consular Relations» in *The International & Comparative Law Quarterly*, vol. 13, n° 4 (octobre 1964), p. 1218 [vol. 5, annexe 115]).

⁹ Ancien conseiller juridique du ministère tchèque des affaires étrangères ; ancien professeur de droit international à l'Université de Nancy ; ancien président de la Commission du droit international.

278. Le projet d'articles relatifs aux relations consulaires de la CDI a servi de base à la conférence des Nations Unies sur les relations consulaires (G. E. do Nascimento, «The Vienna Conference on Consular Relations» in *The International & Comparative Law Quarterly*, vol. 13, n° 4 (octobre 1964), p. 1219). Le professeur Žourek, en sa qualité de rapporteur spécial, a participé à cette conférence en tant qu'expert (G. E. do Nascimento, «The Vienna Conference on Consular Relations» in *The International & Comparative Law Quarterly*, vol. 13, n° 4 (octobre 1964), p. 1220 [vol. 5, annexe 115]).

279. La conférence des Nations Unies sur les relations consulaires a été convoquée à Vienne du 4 mars au 22 avril 1963. Comme l'a exposé le délégué du Brésil à ladite conférence, il n'était alors pas nécessairement aisé de déterminer les principes du droit coutumier existant en matière de relations consulaires :

«Il est impossible de dissocier la conférence sur les relations diplomatiques de 1961 de la conférence sur les relations consulaires de 1963. L'analogie avec nombre de situations juridiques qui avaient dû être résolues en 1961 a rappelé aux participants les règles adoptées deux ans plus tôt. Il y avait toutefois une différence de taille car si, en 1961, la conférence disposait d'un ensemble de règles sur lesquelles la coutume internationale était raisonnablement claire, en 1963, le problème était plus complexe et les participants devaient tenir compte non seulement de certaines coutumes mais aussi d'une série de conventions consulaires et de droits et usages internes» (G. E. do Nascimento, «The Vienna Conference on Consular Relations» in *The International & Comparative Law Quarterly*, vol. 13, n° 4 (octobre 1964), p. 1214-1215 [vol. 5, annexe 115]).

280. L'on ne saurait trop insister sur l'importance et l'effet du contexte de la guerre froide sur l'exercice de codification du droit international effectué à cette époque. A peine quelques années auparavant, à la 414^e réunion de la CDI tenue le mardi 11 juin 1957, à 15 heures, la déclaration suivante avait été faite lors d'un débat général (annuaire de la Commission du droit international, 1957, vol. 1, p. 169, par. 16, deuxième colonne) [vol. 5, annexe 90] :

81

«16. Le Rapporteur spécial a eu une tâche ingrate, parce que la Commission s'efforce en fait de transposer les règles du droit interne sur le plan du droit international ; or, les règles du droit interne relatives à la responsabilité civile diffèrent beaucoup d'un pays à l'autre. De plus, *l'époque est singulièrement inopportune, parce que la méfiance et la suspicion règnent partout* et que presque tous les pays, grands ou petits, qui s'efforcent d'écarter une menace supposée de subversion ont recours à des lois et règlements d'exception qui équivalent en pratique à la négation du droit commun. A son avis, ce n'est pas une exagération de dire que le commencement de l'ère atomique a rendu presque chimériques les droits et libertés que les constitutions de presque tous les pays venaient à peine de garantir aux individus.» (Les italiques sont de nous.)

281. En outre, à la conférence des Nations Unies sur les relations consulaires elle-même, l'Union des républiques socialistes soviétiques a posé une question concernant le droit du Gouvernement de la République de Chine de prendre part à ladite conférence. En réponse, le délégué de la Chine a déclaré ce qui suit (documents officiels de la conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, vol. I (comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la première et de la deuxième Commission), p. 3, par. 22) [vol. 5, annexe 91] :

«22. M. WU (Chine) regrette que, dès le début de la Conférence, l'atmosphère d'harmonie et d'amitié ait été troublée par des déclarations âpres et discordantes qui se

bornent à reprendre, à des fins de propagande, ce que disent depuis des années aux Nations Unies les délégations des Etats dont il s'agit. Le représentant des Etats-Unis a rappelé, clairement et en peu de mots, ce que sont les faits. Si l'on n'a pas permis au régime communiste chinois de se faire représenter à la Conférence, c'est parce que ce régime a été créé par l'impérialisme soviétique comme l'instrument de sa politique d'agression en Asie et en Extrême-Orient. Il n'est aucune règle, aucun principe défendus par les Nations Unies que ce régime n'ait violés ; il n'a donc pas qualité pour être membre de l'Organisation des Nations Unies, non plus que pour être représenté à la Conférence. Du reste, la question de la participation à la Conférence a été réglée à la seizième session de l'Assemblée générale ; ainsi, toute tentative de poser à nouveau la question à la Conférence est irrecevable. Le gouvernement de la République de Chine est mieux qualifié pour représenter la Chine à la Conférence que le gouvernement du pays dont la délégation lui en a contesté le droit : la Chine est le ferme défenseur des idéaux et des conceptions des Nations Unies et s'acquitte fidèlement des devoirs qui lui incombent au titre de la Charte ; elle ne limite pas les déplacements des diplomates et des consuls étrangers à un rayon de 80 kilomètres autour de sa capitale, *elle n'arrête pas les agents diplomatiques et consulaires sur de fausses accusations d'espionnage, elle ne viole pas les locaux des ambassades et des consulats pour y brancher des appareils aux téléphones et aux bureaux.*» (Les italiques sont de nous.)

Travaux préparatoires

282. Selon le Pakistan, les travaux préparatoires de la convention de Vienne de 1963 ne contiennent aucun élément attestant ou donnant à penser que les principes du droit international coutumier viennent étayer l'affirmation selon laquelle un individu arrêté dont le comportement et les documents qui sont en sa possession démontrent à première vue qu'il se livrait à des activités d'espionnage a le droit de communiquer avec ses autorités consulaires en application de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 dudit instrument.

82

283. L'ouvrage en trois volumes intitulé *The International Law Commission 1949-1998* (1999), publié sous la direction du regretté et très respecté sir Arthur Watts QC, ancien conseiller juridique principal au ministère britannique des affaires étrangères et du Commonwealth, est considéré comme une source faisant autorité en ce qui concerne les délibérations de la CDI et l'élaboration, par celle-ci, de projets de traités entre 1949 et 1998.

284. Le commentaire de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 du projet de convention sur les relations consulaires de la CDI (vol. 1, p. 273-274) est reproduit *in extenso* ci-après [vol. 5, annexe 92] :

- «1) Cet article définit les droits accordés au fonctionnaire consulaire afin de faciliter l'exercice des fonctions consulaires par rapport aux ressortissants de l'Etat d'envoi.
- 2) L'article énonce tout d'abord, à l'alinéa *a*) du paragraphe 1, la liberté que doivent avoir les ressortissants de l'Etat d'envoi de communiquer avec le fonctionnaire consulaire compétent et de se rendre auprès de lui. L'expression «fonctionnaire consulaire compétent» vise le fonctionnaire consulaire dans la circonscription duquel se trouve le ressortissant de l'Etat d'envoi.
- 3) La disposition précitée énonce également le droit que doit avoir le fonctionnaire consulaire de communiquer avec les ressortissants de l'Etat d'envoi et, si l'exercice des fonctions consulaires l'exige, de se rendre auprès d'eux.

- 4) Cet article détermine en outre les droits du fonctionnaire consulaire pour le cas où un ressortissant de l'Etat d'envoi a été mis en état de détention préventive ou incarcéré en exécution du jugement d'un tribunal. Dans de tels cas, l'Etat de résidence assume aux termes de l'article proposé trois obligations :
- a) Il doit tout d'abord avertir, sans retard injustifié, le fonctionnaire consulaire de l'Etat d'envoi, dans les limites de la circonscription duquel un ressortissant de l'Etat d'envoi a été mis en état de détention préventive ou incarcéré. Le fonctionnaire consulaire compétent pour recevoir la communication relative à l'arrestation ou à l'incarcération d'un ressortissant de l'Etat d'envoi peut donc être, le cas échéant, différent de celui qui est normalement compétent pour exercer la protection consulaire à l'égard du ressortissant dont il s'agit à raison de sa résidence habituelle ;
 - b) L'Etat de résidence doit en outre transmettre au fonctionnaire consulaire, sans retard injustifié, les communications que la personne détenue ou incarcérée lui adresse ;
 - c) Enfin, l'Etat de résidence doit 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. Cette disposition vise aussi bien les cas où un ressortissant de l'Etat d'envoi a été mis en état de détention préventive et où l'instruction criminelle a été ouverte contre lui que les cas où il a été condamné, mais où il a encore le droit de se pourvoir en appel ou en cassation, et également le cas où la sentence condamnant le ressortissant est devenue définitive. Cette disposition vise également les autres formes de détention (quarantaine, internement dans un hôpital psychiatrique).

83

- 5) Tous les droits qui viennent d'être mentionnés s'exercent conformément aux lois et règlements de l'Etat de résidence. C'est ainsi que les visites aux personnes détenues ou incarcérées seront autorisées conformément aux dispositions des codes de procédure pénale et des règlements concernant le régime pénitentiaire. Les codes de procédure pénale subordonnent en règle générale la visite que l'on veut faire à une personne détenue, contre laquelle une instruction criminelle ou un procès criminel est en cours, à l'autorisation du juge d'instruction qui aura à décider selon les besoins de l'instruction. Dans le cas précité, le fonctionnaire consulaire doit demander la permission du juge d'instruction. S'il s'agit d'une personne incarcérée en exécution d'un jugement, le règlement pénitentiaire régissant les visites qui peuvent être rendues aux personnes détenues s'applique également aux visites que le fonctionnaire consulaire voudrait rendre à une personne incarcérée qui est ressortissante de l'Etat d'envoi.
- 6) L'expression «sans retard inju[s]tifié» utilisée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 tient compte des cas où les intérêts de l'instruction criminelle exigent que l'arrestation d'une personne soit tenue secrète pendant un certain temps.
- 7) Si les droits prévus au présent article doivent s'exercer conformément aux lois et règlements de l'Etat de résidence, cela ne veut pas dire que ces lois et règlements pourraient mettre à néant les droits dont il s'agit.»

285. Le Pakistan se permet de relever que rien dans ce commentaire faisant autorité de sir Arthur Watts QC n'indique que le projet de disposition de la CDI relatif à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi visait à inclure les individus

arrêtés dont le comportement et les documents qui sont en leur possession démontrent à première vue qu'ils se livraient à des activités d'espionnage.

286. Il a au contraire été reconnu dans le projet qu'il existait des circonstances dans lesquelles les intérêts de l'instruction criminelle autorisaient les Etats à tenir l'arrestation de certaines personnes secrète pendant un certain temps.

287. Lors des délibérations de la CDI sur son projet de convention relative à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi, le représentant du Royaume-Uni, sir Gerald Fitzmaurice, a formulé certaines observations sur la question de savoir si les fonctionnaires consulaires de l'Etat d'envoi auraient le droit de communiquer avec des ressortissants de leur pays se trouvant dans des zones que l'Etat de résidence avaient déclarées interdites aux fonctionnaires consulaires étrangers pour des raisons de sécurité nationale. Selon lui, la sécurité nationale serait la seule raison permettant de justifier une limitation de la communication entre les fonctionnaires consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi (Annuaire de la Commission du droit international, 1960, vol. 1, p. 62, par. 39, première colonne) [vol. 5, annexe 93] :

«39. En outre, la seule objection réelle qui ait été faite contre l'alinéa *a*) du projet a trait au droit de communiquer avec un ressortissant de l'Etat d'envoi dans une zone dont l'accès est interdit pour des raisons de sécurité nationale. Il n'existe en effet aucun autre motif pour contester le droit du consul d'aller voir un ressortissant de son pays. Sir Gerald reconnaît que la question des zones interdites mérite d'être examinée, mais il estime que l'amendement de M. Erim a une portée trop générale. Il faut qu'il y ait des raisons majeures (telles que des considérations de sécurité nationale) pour déclarer une zone particulière interdite au consul. Il serait préférable de reprendre les dispositions de l'article 24 du projet sur les relations diplomatiques. Avec ces réserves, sir Gerald est prêt à introduire dans l'alinéa *a*) de son texte une clause relative aux restrictions qui pourraient être imposées pour des raisons de sécurité nationale.»

84

288. Dans le même ordre d'idées, Grigory Tounkine, alors chef du département juridique du ministère des affaires étrangères de l'Union soviétique, a, dans le cadre d'une discussion portant sur l'expression «sans retard» employée dans la disposition relative à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi, fait une déclaration qui n'était pas incompatible avec la pratique des Etats et le droit international coutumier de l'époque (voir ci-après) au sujet des cas d'espionnage (Annuaire de la Commission du droit international, 1960, vol. 1, p. 63, par. 47, deuxième colonne) [vol. 5, annexe 93] :

«47. M. TOUNKINE croit préférable de supprimer les mots «sans retard». Dans certains cas, il est impossible d'informer immédiatement le consul de l'arrestation ou de la détention d'un ressortissant. Parfois même, lorsqu'il s'agit d'espionnage et qu'il peut y avoir des complices en liberté, il peut être bon que les autorités locales ne soient pas tenues d'informer le consul.

48. Le PRESIDENT fait observer que l'énoncé d'un principe général de droit ne saurait couvrir tous les cas concevables. Au cas où la Commission déciderait d'examiner la question de savoir s'il convient de faire exception pour les cas d'espionnage, c'est le principe même de la protection consulaire et de la communication du consul avec ses ressortissants qui serait remis en cause.»

289. Le Pakistan fait respectueusement valoir que les paragraphes qui précèdent démontrent qu'à l'époque les Etats étaient très réticents à se pencher sur la question des cas d'espionnage.

290. Dans le cadre de la négociation, de la rédaction et de la promulgation de la convention multilatérale sur les relations consulaires, les cas d'espionnage ont apparemment été «mis de côté» pour permettre la conclusion de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963. L'espionnage était et demeure, semble-t-il, un sujet «brûlant», qu'il est préférable de ne pas aborder ou d'occulter.

291. Les limites de la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi sont également illustrées par une déclaration dans laquelle le rapporteur spécial s'est expressément référé au fait que les obligations y afférentes ne devraient pas risquer de rendre l'application du droit interne plus difficile pour l'Etat de résidence (Annuaire de la Commission du droit international, 1961, vol. 1, p. 305, par. 71 et 73, première colonne) [vol. 5, annexe 94] :

«71. M. ZOUREK, Rapporteur spécial, fait observer que l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article vise également les cas où les autorités de l'Etat de résidence pourraient ne pas vouloir révéler immédiatement l'arrestation d'une personne impliquée dans une affaire criminelle importante commise par tout un groupe de personnes (par exemple, un cas de trafic de stupéfiants) pour ne pas mettre les complices sur leurs gardes. Les mots «sans retard injustifié» s'appliquent à des cas de ce genre et se trouvent pleinement justifiés.

.....

85

73. Le PRESIDENT, parlant en qualité de membre de la Commission, dit que, dans le cas mentionné par le Rapporteur spécial, les autorités de l'Etat de résidence ne voudront certainement pas avertir le consulat sur le champ, ce qui rendrait beaucoup plus difficile la tâche de la police.»

292. Certains Etats ont de fait expressément reconnu que l'Etat de résidence pouvait être autorisé à limiter le droit de l'Etat d'envoi de communiquer avec ses ressortissants arrêtés. A cet égard, le Gouvernement du Danemark a indiqué ce qui suit (Annuaire de la Commission du droit international, 1961, vol. 2, p. 65, première colonne) [vol. 5, annexe 95] :

«2. *Danemark.* — Le Gouvernement danois interprète la disposition du paragraphe 2 comme autorisant l'Etat de résidence à restreindre le droit du consul de s'entretenir avec un détenu, pour des raisons de sécurité nationale, des raisons tenant aux relations avec des puissances étrangères ou pour d'autres raisons particulières.»

293. De même, le Danemark a interprété comme suit les limites posées au droit de l'Etat d'envoi de s'entretenir avec ses ressortissants arrêtés (Annuaire de la Commission du droit international, 1961, vol. 2, p. 146, deuxième colonne) [vol. 5, annexe 96] :

«Article 6

Le Gouvernement danois croit comprendre que la réserve figurant au paragraphe 2 autorise l'Etat de résidence à restreindre le droit du consul de s'entretenir avec un détenu, pour des raisons de sécurité nationale, des raisons tenant aux relations avec des puissances étrangères ou pour d'autres raisons particulières.»

294. A la Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, l'expert (le professeur Žourek) a été invité à exposer les raisons pour lesquelles la CDI avait inclus l'expression «sans retard injustifié» dans son projet de ce qui allait devenir l'article 36 de la convention de Vienne de 1963.

295. La réponse du professeur Žourek confirme que les arrestations de personnes soupçonnées d'espionnage doivent pouvoir être considérées comme fondamentalement différentes des arrestations pour d'autres activités criminelles (documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires, vol. I (comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la première et de la deuxième Commission, p. 365, par. 8-9) [vol. 5, annexe 97] :

«8. Le PRESIDENT invite M. Žourek à expliquer pourquoi la Commission du droit international a introduit dans son projet les mots «sans retard injustifié», car ils ont suscité nombre de remarques à la séance précédente.

9. M. ZOUREK (expert) indique que les mots en question ne figuraient pas dans le projet original et qu'ils ont été ajoutés après de longs débats tant en séance plénière qu'au Comité de rédaction. Ce faisant, on a voulu prévoir les cas dans lesquels la police de l'Etat de résidence pourrait juger bon de mettre un délinquant en état de détention préventive pendant un certain temps. Par exemple, si elle soupçonne quelqu'un de diriger un réseau de contrebande, la police pourrait juger bon de garder son arrestation secrète jusqu'au moment où elle aura trouvé ses complices. *Des mesures analogues pourraient être adoptées en cas d'espionnage.* La Commission du droit international a estimé que, pour que cette disposition soit susceptible d'une application pratique, il convenait de prendre ces cas en considération puisqu'ils se présentent dans la réalité.» (Les italiques sont de nous.)

86

296. Le Pakistan fait respectueusement valoir qu'il ressort de l'historique et des travaux préparatoires de la convention de Vienne de 1963 que les cas d'espionnage n'étaient pas considérés comme entrant dans le champ d'application de cet instrument ou que les questions d'espionnage ou de sécurité nationale étaient considérées comme pouvant constituer une limite, restriction ou exception justifiable au droit de l'Etat d'envoi de communiquer avec ses ressortissants arrêtés dans l'Etat de résidence.

Le droit international coutumier à l'époque de la convention de Vienne de 1963 : la pratique des Etats

297. La convention de Vienne de 1963 avait pour objet de parvenir à une certaine consolidation du droit international en matière de relations consulaires. Ses rédacteurs avaient cependant clairement conscience que certaines questions y relatives ne seraient pas expressément réglées par cet instrument. Aussi est-il indiqué ce qui suit dans le préambule [vol. 5, annexe 88] : «Affirmant que les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions qui n'ont pas été expressément réglées dans les dispositions de la présente Convention.»

298. A titre d'exemple, deux questions importantes ayant trait aux relations consulaires, et notamment à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi, semblent ne pas avoir été expressément réglées dans les dispositions de ladite convention : 1) celle des demandeurs d'asile ; et 2) celle des personnes ayant une double nationalité.

299. En affirmant pour les besoins de sa cause, comme elle le fait au paragraphe 96 de son mémoire, que la convention «avait pour objet de rassembler l'ensemble d[es] questions [ayant trait aux relations consulaires] dans un texte unique et exhaustif», l'Inde fait donc manifestement erreur.

300. Pour ce qui est des demandeurs d'asile, la pratique des Etats semble indiquer que, dans certaines circonstances, les autorités doivent faire preuve de discernement pour déterminer s'il convient d'informer un consulat étranger de l'arrestation de l'un de ses ressortissants lorsque celui-ci affirme être un réfugié, a fait une demande d'asile ou a l'intention d'en faire une.

301. Au Royaume-Uni, par exemple, l'article 66 de la loi de 1984 sur la police et l'administration de la preuve pénale autorise le ministère de l'intérieur à publier des codes de bonnes pratiques concernant un large éventail de pouvoirs de police. Le code C, qui a été établi en application de cette loi, vise notamment les questions de la «détention, [du] traitement et [de] l'audition par les fonctionnaires de police». Le paragraphe 7.2 de ce code prévoit ce qui suit [vol. 5, annexe 98] :

«Si la personne détenue est le ressortissant d'un pays avec lequel le Royaume-Uni est lié par une convention ou un accord consulaire bilatéral en vigueur prévoyant la notification des cas d'arrestation, elle doit également être informée que, sous réserve du paragraphe 7.4 [de ce même code], une notification de son arrestation sera adressée dès que possible au haut-commissariat, à l'ambassade ou au consulat concerné, qu'une demande à cet effet ait été formulée ou non.»

87

302. Le paragraphe 7.4 de ce même code prévoit que [vol. 5, annexe 98],

«[n]onobstant les dispositions des conventions consulaires, l'officier de police responsable doit s'assurer que, lorsque la personne détenue prétend être un réfugié, a fait une demande d'asile ou a l'intention d'en faire une, cette demande soit notifiée dès que possible au service des visas et de l'immigration (anciennement le service de contrôle des frontières) du Royaume-Uni. Celui-ci détermine alors si, conformément aux obligations internationales pertinentes, l'arrestation doit être notifiée, et informe l'officier de police responsable des mesures que la police devra prendre.»

303. On trouve un autre exemple de cette pratique en Irlande. Le règlement de 1987 adopté au titre de la loi irlandaise de 1984 sur le système de justice pénale (traitement des personnes détenues dans les postes de la Garda Síochána) énonce (au paragraphe 4 de l'article 14) une restriction expresse à la pratique des notifications consulaires en cas de demandes d'asile [vol. 5, annexe 99] :

«4) S'il a des raisons valables de croire qu'un ressortissant étranger ayant été arrêté est un réfugié politique ou qu'il demande l'asile politique, l'officier de police responsable ne doit en notifier l'arrestation à un fonctionnaire consulaire, permettre à ce dernier d'entrer en communication avec l'intéressé ou lui fournir des informations à son sujet que si ce dernier en a fait la demande expresse.»

304. La communication entre les autorités consulaires et les personnes ayant une double nationalité constitue clairement un autre exemple de question n'ayant pas été expressément réglée par la convention de Vienne 1963.

305. Dans leur ouvrage intitulé *The Law of Consular Access : A Documentary Guide*, publié en 2011, Quikley, Aceves et Shank indiquent ce qui suit [vol. 5, annexe 116.1] :

«Il arrive que la personne arrêtée soit le ressortissant de plusieurs Etats. *La convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 ne traite pas de ce cas de figure, s'en remettant au droit international général en matière de nationalité, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur la capacité d'un Etat à invoquer un droit de protection.* Si l'intéressé est un ressortissant de plusieurs Etats, mais pas de l'Etat de résidence, il n'y a guère de difficultés ; il est admis que l'un des Etats de nationalité peut le représenter.

.....

La situation se complique lorsque l'un des Etats de nationalité est l'Etat de résidence, autrement dit lorsque l'intéressé a la nationalité de l'Etat d'envoi et de l'Etat de résidence. Nombre d'Etats d'envoi ne cherchent alors pas à assurer une protection consulaire.» (Les italiques sont de nous.)

306. Le fait que la convention de Vienne ne traite pas de la communication entre les autorités consulaires et les personnes ayant une double nationalité ressort également du *Manual of Consular Instructions* (Canada), tel que cité aux pages 45 et 46 de l'ouvrage *The Law of Consular Access : A Documentary Guide* (2011) [vol. 5, annexe 116.2] :

88

«4.6. Canada

Paragraphe 2.4.4 6) du chapitre 2, intitulé «Protection et assistance», du Manuel d'instructions consulaires du bureau des affaires consulaires au ministère des affaires étrangères et du commerce international.

.....

De la possibilité d'entrer en communication avec un ressortissant canadien ayant une double nationalité qui a été arrêté ou placé en détention. *La convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 ne se prononce pas sur la possibilité, pour un ressortissant ayant une double nationalité qui a été arrêté ou placé en détention dans l'autre pays dont il est ressortissant, d'entrer en communication avec les autorités consulaires.* Un certain nombre de pays (voir annexe C) ont conclu avec le Canada un accord bilatéral assurant une protection limitée aux ressortissants canadiens ayant la double nationalité qui se rendent dans leur autre pays de nationalité. Dans les pays avec lesquels il n'existe pas pareil accord, si le ressortissant canadien ayant été arrêté ou placé en détention est également un ressortissant du pays concerné, les autorités locales peuvent ne pas reconnaître de droit formel d'intervenir en sa faveur ; le rôle des fonctionnaires consulaires peut alors se limiter à des démarches informelles pouvant nécessiter des consultations avec l'administration centrale. Le champ d'action peut se révéler encore plus limité lorsqu'un résident permanent (immigrant) n'ayant pas encore acquis la nationalité canadienne est arrêté dans son pays de nationalité.» (Les italiques sont de nous.)

307. Cette interprétation de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 est également confirmée par la manière dont la question de la communication entre les autorités consulaires et les personnes ayant une double nationalité est traitée dans le manuel des affaires étrangères du Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique [vol. 6, annexe 136] :

«416.3. Double nationalité

L'octroi d'une protection consulaire à des ressortissants ayant une double nationalité pose parfois des problèmes complexes en raison du conflit qui peut exister entre les lois et réglementations des Etats-Unis et celles d'autres pays. Les fonctionnaires consulaires sont tenus d'ouvrir un dossier, de déposer un rapport d'arrestation et d'informer le département d'Etat des mesures prises pour entrer en communication avec l'intéressé et se rendre auprès de lui.

416.3-1 Ressortissants ayant la double nationalité et ayant été arrêtés dans leur autre pays de nationalité

- a) Les problèmes les plus complexes concernant l'octroi d'une protection à des ressortissants ayant une double nationalité se posent lorsque l'intéressé rencontre des difficultés dans son autre pays de nationalité. *Si les fonctionnaires consulaires n'ont, en règle générale, pas le droit d'entrer en communication avec un ressortissant ayant une double nationalité présent dans l'un de ses pays de nationalité, des démarches peuvent néanmoins être effectuées auprès du gouvernement hôte pour que cette possibilité soit accordée par courtoisie.*
- b) Pour obtenir des informations sur les personnes ayant une double nationalité et ayant été arrêtées aux Etats-Unis, voir la page 14 du manuel de notification et de communication consulaires et les instructions fournies à la police et à la justice à ce sujet par le Département d'Etat américain.

416.3-2 Ressortissants ayant une double nationalité et ayant été arrêtés dans un pays tiers

89

Toute personne ayant une double nationalité en déplacement dans un pays tiers et munie d'un passeport délivré par les Etats-Unis a droit, en règle générale, à l'ensemble des services consulaires prévus en cas d'arrestation, sauf interdiction émanant de l'Etat de résidence». (Les italiques sont de nous.)

308. En Afrique du sud, la page intitulée «En cas d'arrestation à l'étranger» figurant dans l'onglet «Informations consulaires» du site Internet du ministère des relations et de la coopération internationales prévoit ce qui suit [vol. 6, annexe 137, p. 3] :

«Un ressortissant ayant une double nationalité et ayant été arrêté ou placé en détention dans son autre pays de nationalité ne bénéficiera d'aucune assistance de la part des représentants consulaires de l'Afrique du sud. S'il est arrêté ou placé en détention dans un autre pays dont il n'est pas ressortissant et qu'il n'était pas muni d'un passeport sud-africain lors de ses déplacements, mais du passeport délivré par son autre Etat de nationalité, l'intéressé doit se mettre en rapport avec le représentant consulaire du pays ayant délivré le passeport avec lequel il a effectué ses déplacements.»

309. La communication entre les autorités consulaires et les personnes ayant une double nationalité constitue donc clairement, selon le Pakistan, un exemple de question qui n'a pas été réglée expressément dans les dispositions de la convention de Vienne de 1963 et qui, partant, est régie par les règles du droit international coutumier.

310. De toute évidence, certaines questions intéressant les Etats ne tombent pas sous le coup des obligations en matière de communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi telles qu'énoncées dans les dispositions de la convention de Vienne de 1963.

311. Le Pakistan soutient à cet égard que rien, dans la pratique des Etats ou les articles de doctrine, n'atteste ou ne donne à penser que les principes du droit international coutumier viennent étayer l'affirmation selon laquelle une personne ayant été arrêtée et dont le comportement et les documents qui sont en sa possession établissent à première vue qu'elle se livrait à des activités d'espionnage aurait le droit de communiquer avec ses autorités consulaires au titre de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article de la convention de Vienne de 1963.

312. En 1933, le président Roosevelt et le commissaire soviétique aux affaires étrangères, Maxim Litvinov, ont échangé des lettres sur la question de la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi dans le cadre des négociations portant sur les conditions dans lesquelles les Etats-Unis d'Amérique accorderaient la reconnaissance diplomatique à l'URSS. Le 16 novembre 1933, le commissaire Litvinov a déclaré que l'URSS octroierait un certain nombre de droits aux ressortissants américains selon le principe de la nation la plus favorisée. Un accord conclu en 1925 entre l'URSS et l'Allemagne prévoyait que toute arrestation d'un ressortissant d'un des deux pays serait notifiée «dès que possible» à un consul de l'autre pays et que les demandes de ce consul tendant à se rendre auprès de l'intéressé seraient acceptées «sans délai». Dans la réponse qu'il a formulée le même jour, le président Roosevelt a donc déclaré ce qui suit :

«[I] arrestation ou la détention d'un ressortissant américain devra être immédiatement notifiée au diplomate ou fonctionnaire consulaire américain le plus proche, qui devra se voir accorder, dans les plus brefs délais, la possibilité de communiquer et de s'entretenir avec l'intéressé» [vol. 7, annexe 145].

90

313. Nonobstant l'accord conclu entre Roosevelt et Litvinov, il est clair que, durant la guerre dite froide entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Union des républiques socialistes soviétiques, les deux Etats se sont fréquemment opposés sur la question des ressortissants placés en détention, notamment ceux qui étaient accusés d'espionnage.

314. Il ressort de nombreux cas d'espionnage anciens ou récents que les Etats ont souvent agi en partant du principe qu'ils n'auraient pas le droit ou la possibilité de communiquer avec leurs agents secrets si ceux-ci se faisaient capturer ou si leur couverture était compromise. En général, les Etats veillent bien sûr scrupuleusement à ne divulguer aucune information sur leurs agents. Pendant la guerre froide, il était monnaie courante que des espions soient envoyés à l'étranger en qualité de membres de missions diplomatiques. Les intéressés jouissaient donc souvent de l'immunité diplomatique et ne pouvaient être arrêtés. S'ils étaient capturés ou démasqués, ces agents étaient fréquemment déclarés *persona non grata* et sommés de quitter le pays. Cependant, il arrivait aussi que des agents secrets opèrent en tant qu'«illégaux» (c'est-à-dire qu'ils entraient dans un pays et y vivaient de manière illégale, se forgeant une identité crédible pour ne pas éveiller les soupçons pendant qu'ils se livraient à des activités d'espionnage). Parfois, des espions capturés étaient remis à leur Etat d'origine dans le cadre d'un échange.

315. Exemples :

315.1. le 12 décembre 1938, Mihail Gorin, ressortissant soviétique et chef de l'agence Intourist de Los Angeles, a été mis en détention par le FBI dans le cadre d'une enquête sur des

souçons d'espionnage. Il a été détenu huit heures durant dans les bureaux du département de la Justice des Etats-Unis d'Amérique avant d'être officiellement arrêté. Bien qu'il ait été autorisé à appeler l'ambassade soviétique, l'intéressé s'est vu interdire de s'exprimer en russe pendant la conversation téléphonique (cette mesure visant sans doute à l'empêcher de communiquer aux représentants de son Etat quelque information sensible obtenue dans le cadre de ses activités d'espionnage). Après avoir été informée par le département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique qu'elle n'aurait le droit de communiquer avec l'accusé que sur la base de l'accord Roosevelt-Litvinov (dont le représentant soviétique ne semblait pas avoir connaissance), l'URSS a demandé à communiquer avec lui par l'entremise de ses autorités consulaires. Si le vice-consul soviétique a bien été autorisé à se rendre auprès de l'accusé, le département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique a toutefois insisté pour qu'un agent de l'*Office of Naval Intelligence* parlant le russe assiste à l'entrevue [vol. 7, annexe 146] ;

- 315.2. en 1949, Judith Coplon, ressortissante américaine, a été arrêtée en même temps que son officier traitant du MGB, Valentin Gubitchev, puis jugée conjointement avec lui. Ce dernier a été reconnu coupable, condamné et déporté. Rien ne prouve que l'URSS ait jamais cherché à communiquer avec Valentin Gubitchev par l'entremise de ses autorités consulaires [vol. 7, annexe 147] ;
- 315.3. en 1957, le colonel Rudolph Ivanovich Abel (alias William Fisher), l'un des cas d'«illégaux» les mieux documentés, a été confondu par des agents du FBI dans son appartement à New York et arrêté par des fonctionnaires du service de l'immigration et de la naturalisation. Le colonel Abel a été mis en accusation devant la Cour fédérale des Etats-Unis d'Amérique en octobre 1957. En novembre de la même année, il a été condamné à trente ans d'emprisonnement pour des charges liées à l'espionnage. Rien ne donne à penser que l'URSS ait jamais cherché à communiquer avec le colonel Abel par l'entremise de ses autorités consulaires — le fait que l'avocat chargé d'assurer la défense de l'intéressé à son procès ait été choisi pour lui par la Brooklyn Bar Association semble d'ailleurs indiquer le contraire. Le 10 février 1962, le colonel Abel a été échangé contre Gary Powers [vol. 7, annexe 148] ;
- 315.4. le 1^{er} mai 1960, un avion espion U-2 piloté par le ressortissant américain Gary Powers a été abattu alors qu'il survolait l'espace aérien soviétique. Le pilote a été capturé, reconnu coupable d'espionnage et condamné à trois ans d'emprisonnement ainsi qu'à sept ans de travaux forcés. Comme cela sera exposé ci-après, l'URSS a refusé de permettre aux Etats-Unis d'Amérique de communiquer avec Gary Powers pendant l'intégralité des vingt et un mois de détention de l'intéressé. Pour rappel, le 10 février 1962, celui-ci a été échangé contre le colonel Rudolph Abel [vol. 7, annexe 149] ;
- 315.5. en 1960, Mark Kaminsky, ressortissant américain, a été arrêté en Union soviétique et accusé de recueillir des renseignements confidentiels. Ayant obtenu des informations faisant état de son arrestation, le département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique a entrepris des démarches auprès du ministère soviétique des affaires étrangères, mais en vain. Mark Kaminsky était en état d'arrestation, et l'affaire se trouvait au stade de l'instruction. L'intéressé a ensuite été traduit en justice devant un tribunal militaire, reconnu coupable d'espionnage et condamné à sept ans d'emprisonnement, mais sa peine a immédiatement été commuée, et il a été libéré. Dans un entretien en date du 18 octobre 1960, Mark Kaminsky se serait déclaré «très heureux de reparler à un Américain», ce qui indique que, à aucun moment pendant sa détention, il n'avait pu communiquer avec un consul des Etats-Unis [vol. 7, annexe 150].

Doctrine

316. La principale source doctrinale en matière de droit et de relations consulaires, à laquelle il a déjà été fait référence dans le présent contre-mémoire, est l'ouvrage de Luke T. Lee et de John B. Quigley intitulé *Consular Law and Relations*. La première édition de cet ouvrage a été publiée en 1961, soit peu avant la rédaction et la promulgation de la convention de Vienne de 1963 ; elle constitue de ce fait un outil important pour comprendre ce qu'étaient alors les règles du droit international coutumier, lesquelles continuent par conséquent de régir les questions qui ne relèvent pas expressément dudit instrument.

317. En 1961, la pratique des Etats relative à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi dans les affaires d'espionnage avait conduit Lee et Quigley à conclure clairement (à la page 125) [vol. 5, annexe 112.1] que l'«un des cas où il [était] souvent dérogé au droit des fonctionnaires consulaires de protéger leurs concitoyens et de leur rendre visite en prison [était] celui des espions».

318. Il apparaît d'ailleurs que ce point de vue était alors partagé par un conseiller principal du Gouvernement de l'Inde, Biswanath Sen (conseiller juridique honoraire au ministère indien des affaires étrangères de 1954 à 1964), qui a indiqué ce qui suit à la page 233 de son ouvrage intitulé *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice* et publié en 1965 [vol. 5, annexe 117] : «Constitue souvent une exception au droit des consuls de protéger leurs ressortissants et de leur rendre visite en prison le cas des personnes détenues pour espionnage, comme le démontre la pratique des Etats».

92

319. A la page 125 de leur ouvrage [vol. 5, annexe 112.1], Lee et Quigley ont par ailleurs exposé que, avant la conclusion de la convention de Vienne de 1963, les Etats étaient en règle générale extrêmement réticents à permettre aux agents secrets de communiquer avec leurs autorités consulaires et que, s'ils leur accordaient pareille possibilité, ils l'assortissaient de limites très strictes :

«Après avoir prétendument avoué s'être livrés aux activités d'espionnage dont les accusaient les autorités hongroises, Robert A. Vogeler, Israel Jacobson et Edgar Sanders ont été emprisonnés au secret. Quant au correspondant de l'Associated Press, William N. Oatis, lui aussi accusé d'espionnage, il a passé plus de douze mois en prison avant que les autorités tchécoslovaques ne permettent à des représentants des Etats-Unis d'Amérique de lui rendre visite.»

320. Dans les notes figurant au bas de la page 125 [vol. 5, annexe 112.1], Lee et Quigley ont précisé que, dans le cas de William N. Oatis, le vice-consul américain avait été autorisé à assister au procès à condition de se tenir à une distance de cent pieds (trente mètres).

321. Dans ces mêmes notes de bas de page [vol. 5, annexe 112.1], Lee et Quigley ont également relaté que, dans certaines des affaires d'espionnage les plus médiatisées de la guerre froide, liées aux incidents des U-2 et RB-47, les Etats-Unis d'Amérique avaient

«sollicité à maintes reprises la permission de s'entretenir avec les pilotes qui auraient avoué avoir procédé à une reconnaissance aérienne du territoire soviétique ... Cette permission n'a pas été accordée, en dépit des assurances que l'URSS avait données en 1933 au sujet du droit consulaire des Etats d'être informés, dans les trois jours, de l'arrestation de l'un de leurs ressortissants dans les grands centres et, dans les

sept jours, d'une arrestation intervenue dans des zones reculées, ainsi que de leur droit de se rendre «sans retard» auprès de l'intéressé.»

322. Par la suite, les Etats sont demeurés réticents à permettre à des agents secrets de communiquer avec leurs autorités consulaires, et ce, jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention de Vienne de 1963 et au-delà :

322.1. en 1963, Frederick C. Barghoorn, ressortissant américain et professeur à l'Université de Yale, a été arrêté pour espionnage à Moscou et conduit à la prison de la Loubianka où il a été détenu au secret pendant seize jours. Il a été rapporté que des diplomates américains avaient protesté en apprenant la détention de l'éminent enseignant. Celui-ci a été libéré après que le président Kennedy fut intervenu en personne auprès du Gouvernement de l'URSS [vol. 7, annexe 151]. Lors d'une audience du Sénat des Etats-Unis d'Amérique tenue le 16 mars 1967, le sénateur américain Clifford P. Hansen a présenté une lettre que lui avait adressée le département d'Etat le 9 mars de la même année et qui contenait le texte ci-après [vol. 7, annexe 151, p. 7041] :

«Le traitement réservé aux ressortissants américains par l'Union soviétique a varié. Nous n'avons jamais été autorisés à communiquer avec le professeur Barghoorn avant son expulsion de ce pays. Il ne nous a pas non plus été permis, à quelque moment que ce soit, de communiquer avec Gary Powers pendant les vingt et un mois de son emprisonnement, ni avec les lieutenants McKone et Olmstead après que leur RB-47 eut été abattu au-dessus des eaux internationales. En revanche, depuis la signature de cette convention, en 1964, nous avons pu communiquer avec chaque Américain détenu plus de quelques jours. La pratique soviétique semble donc s'être améliorée depuis la négociation de la convention consulaire mais, dans aucun de ces cas, la notification ou l'autorisation de communiquer ne sont intervenues aussi rapidement et aussi fréquemment que le prévoit le traité» ;

322.2. en janvier 1982, Hanson Huang, avocat sino-américain, a été détenu à Beijing et condamné à quinze ans d'emprisonnement pour espionnage. Les fonctionnaires de l'ambassade américaine ont apparemment «rencontré de grandes difficultés pour pouvoir communiquer [avec M. Huang] par l'entremise des autorités consulaires» [vol. 7, annexe 152] ;

322.3. en 1995, Harry Wu, ressortissant américain naturalisé, a été arrêté en Chine pour espionnage. Cette arrestation et le «refus de la Chine de permettre à des fonctionnaires consulaires des Etats-Unis d'Amérique de se rendre auprès de lui» ont suscité des protestations aux Etats-Unis. En août 1995, à l'issue d'un procès qui s'est déroulé à huis clos en Chine centrale, l'intéressé a été reconnu coupable et condamné à quatorze ans d'emprisonnement avant de se voir expulser de Chine [vol. 7, annexe 153] ;

322.4. le 5 juillet 2010, il a été rapporté par voie de presse qu'un géologue américain connu sous le nom de Xue Feng avait été condamné en Chine à une peine de huit ans d'emprisonnement pour avoir obtenu de manière illicite des secrets d'Etat relatifs à l'industrie pétrolière chinoise. Il ressort de l'article que le cas de M. Xue a été examiné lors d'une réunion entre le président Obama et le Gouvernement chinois, et que ce dernier avait, «des mois auparavant», refusé de permettre à des représentants des Etats-Unis d'Amérique d'assister au procès de l'intéressé. Malgré l'existence d'une convention bilatérale relative à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi, qui prévoyait un délai de notification de quatre jours,

pareille communication ne semble avoir été autorisée qu'au bout de «plusieurs semaines» ou «trente-deux jours» [vol. 7, annexe 154] ;

- 322.5. le 26 janvier 2015, Yevgeny Buryakov, ressortissant russe, a été arrêté par les autorités fédérales des Etats-Unis d'Amérique. L'on a ensuite appris que les procureurs fédéraux américains avaient accusé trois Russes d'avoir espionné les Etats-Unis d'Amérique pour le compte de leur gouvernement. M. Buryakov, qui se serait fait passer pour un employé d'une banque russe à New York et aurait recueilli des renseignements sur les sanctions américaines dirigées contre les banques russes, a apparemment été détenu sans caution. Igor Sporyshev et Victor Podobnyy, les présumés officiers traitants de M. Buryakov, jouissaient de l'immunité diplomatique et ont quitté le pays sans être arrêtés. Un porte-parole du ministère russe des affaires étrangères aurait fait la déclaration suivante : «Nous insistons pour ... pouvoir communiquer immédiatement avec Yevgeny Buryakov par l'entremise de nos autorités consulaires, afin que les droits de ce ressortissant russe soient rigoureusement observés et qu'il soit libéré.» Rien n'indique toutefois que cette possibilité ait été accordée [vol. 7, annexe 155] ;
- 322.6. en mars 2015, Phan Phan-Gillis, ressortissante américaine, a été arrêtée à la frontière entre Macao et la Chine, et accusée, en Chine continentale, d'avoir tenté de recruter des espions dans les années 1990. Certains articles indiquent que ce n'est qu'en juillet 2015 qu'il a été permis à Mme Phan-Gillis de communiquer avec ses autorités consulaires [vol. 7, annexe 156].

94

323. Le Pakistan soutient que rien, dans les travaux préparatoires de la convention de Vienne de 1963 ou dans la pratique des Etats, n'atteste — et encore moins de manière concluante — ou ne donne à penser que les principes du droit international coutumier viennent étayer l'affirmation selon laquelle une personne ayant été arrêtée et dont le comportement et les documents qui sont en sa possession établissent à première vue qu'elle se livrait à des activités d'espionnage aurait le droit de communiquer avec ses autorités consulaires au titre de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de ladite convention.

324. Le fait que les Etats considèrent l'activité d'espionnage comme particulièrement pernicieuse se reflète d'ailleurs dans le traitement réservé aux espions ou saboteurs capturés en temps de guerre. L'article 5 du titre I (dispositions générales) de la convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 [vol. 5, annexe 100] dispose en effet ce qui suit :

«Article 5

Si, sur le territoire d'une Partie au conflit, celle-ci a de sérieuses raisons de considérer qu'une personne protégée par la présente Convention fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat ou s'il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité, ladite personne ne pourra se prévaloir des droits et privilèges conférés par la présente Convention qui, s'ils étaient exercés en sa faveur, pourraient porter préjudice à la sécurité de l'Etat.

Si, dans un territoire occupé, une personne protégée par la Convention est appréhendée en tant qu'espion ou saboteur ou parce qu'elle fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de la Puissance occupante, ladite personne pourra, dans les cas où la sécurité militaire l'exige absolument, être privée des droits de communication prévus par la présente Convention.

Dans chacun de ces cas, les personnes visées par les alinéas précédents seront toutefois traitées avec humanité et, en cas de poursuites, ne seront pas privées de leur droit à un procès équitable et régulier tel qu'il est prévu par la présente Convention. Elles recouvreront également le bénéfice de tous les droits et privilèges d'une personne protégée, au sens de la présente Convention, à la date la plus proche possible eu égard à la sécurité de l'Etat ou de la Puissance occupante, suivant le cas.»

325. Le Pakistan prie respectueusement la Cour de rejeter la demande de l'Inde telle que celle-ci l'a présentée dans sa requête et son mémoire, au motif que la convention de Vienne de 1963 n'est pas censée s'appliquer dans des cas tels que celui du commandant Jadhav, c'est-à-dire lorsqu'il est question d'un individu dont le comportement et les documents qui sont en sa possession ont montré à première vue qu'il se livrait à des activités d'espionnage avec le soutien d'un Etat.

95 VI. EN OUTRE, OU À TITRE SUBSIDIAIRE, DANS L'HYPOTHÈSE OÙ LA CONVENTION DE VIENNE SUR LES RELATIONS CONSULAIRES DE 1963 S'APPLIQUERAIT, LE PAKISTAN N'A COMMIS AUCUNE VIOLATION EN LA PRÉSENTE ESPÈCE

326. En outre, ou à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où la Cour considérerait que la convention de Vienne de 1963 s'applique, le Pakistan soutient qu'il n'a commis aucune violation en la présente espèce.

327. Le principe selon lequel les fonctions consulaires ne doivent être exercées ou utilisées que d'une manière ou à des fins conformes aux lois de l'Etat de résidence est essentiel au bon fonctionnement des relations consulaires dans leur ensemble.

328. Il apparaît qu'il en allait ainsi bien avant la rédaction et la promulgation de la convention de Vienne de 1963. En 1916, le baron Heyking déclarait en effet ce qui suit au sujet des devoirs consulaires en général (à la page 1) [vol. 5, annexe 114.1] :

«Les consuls russes doivent se conformer, dans l'exercice de leurs fonctions officielles, aux lois de l'Empire russe, aux circulaires du ministère des affaires étrangères, aux instructions des légations, ambassades ou consulats auxquels ils sont subordonnés, ainsi qu'aux instructions des ministères des finances, du commerce et de la marine.

Les fonctionnaires consulaires doivent cependant aussi être guidés par les lois et les usages de la circonscription dans laquelle ils exercent leurs fonctions. Si le gouvernement local n'a pas octroyé au consul des privilèges et droits spéciaux par accord avec l'Etat dont le consul est l'agent, celui-ci est soumis, dans l'ensemble de ses actes officiels, aux lois du pays où il réside et, partant, ne doit pas y contrevenir.»

96 A. Les dispositions spécifiques de la convention de Vienne de 1963

329. L'article 5 de la convention de Vienne de 1963 (intitulé «fonctions consulaires») se lit comme suit [vol. 5, annexe 88, p. 5-6] :

«Les fonctions consulaires consistent à :

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

.....

- i) *Sous réserve des pratiques et procédures en vigueur dans l'Etat de résidence*, représenter les ressortissants de l'Etat d'envoi ou prendre des dispositions afin d'assurer leur représentation appropriée devant les tribunaux ou les autres autorités de l'Etat de résidence pour demander, conformément aux lois et règlements de l'Etat de résidence, l'adoption de mesures provisoires en vue de la sauvegarde des droits et intérêts de ces ressortissants lorsque, en raison de leur absence ou pour toute autre cause, ils ne peuvent défendre en temps utile leurs droits et intérêts ;

.....

- m) Exercer toutes autres fonctions confiées à un poste consulaire par l'Etat d'envoi que *n'interdisent pas les lois et règlements de l'Etat de résidence ou auxquelles l'Etat de résidence ne s'oppose pas ou qui sont mentionnées dans les accords internationaux en vigueur entre l'Etat d'envoi et l'Etat de résidence.*» (Les italiques sont de nous.)

330. L'alinéa a) de l'article 5 de la convention de Vienne de 1963 dispose expressément que les fonctions consulaires ne peuvent être exercées que dans les limites admises par le droit international. A cet égard, le Pakistan fait valoir que la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi ne peut tout simplement pas servir à porter atteinte à la souveraineté ou à l'intégrité de l'Etat de résidence.

331. Il ressort clairement de l'alinéa i) de l'article 5 de la convention de Vienne de 1963 que l'accès à l'aspect judiciaire des fonctions consulaires au titre dudit article est soumis aux pratiques et procédures juridiques applicables au regard du droit de l'Etat de résidence. Ainsi, en la présente espèce, l'exercice par l'Inde des fonctions consulaires consistant à représenter ou à prendre des dispositions afin d'assurer la représentation du commandant Jadhav est, en tout état de cause, soumis au cadre juridique applicable du Pakistan et aux pratiques et procédures de la cour martiale générale.

332. L'alinéa m) de l'article 5 de la convention de Vienne de 1963 établit que la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi (comme, d'ailleurs toute autre fonction consulaire) ne saurait s'accompagner de mesures interdites par la loi de l'Etat de résidence ou auxquelles celui-ci s'est opposé. Dès lors, on ne saurait affirmer que, quelles que soient les circonstances, cette communication (en tant que fonction consulaire) est un droit plein et entier.

97

333. L'article 36 de la convention de Vienne de 1963 dispose ce qui suit [vol. 5, annexe 88, p. 17-18] :

«1. 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.*

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

334. Selon le Pakistan, les trois alinéas du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 sont indissociables (contrairement à ce que l'Inde allègue au paragraphe 96 de son mémoire, à savoir que «[l]a convention avait pour objet de rassembler l'ensemble de ces questions dans un texte unique et exhaustif»).

335. L'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 énonce, d'une manière générale, la liberté de l'Etat d'envoi de communiquer avec ses ressortissants qui se trouvent dans l'Etat de résidence. Il se distingue de l'alinéa b), qui concerne spécifiquement la détention et pose en outre une condition préalable «Si l'intéressé en fait la demande» (l'intéressé étant le ressortissant de l'Etat d'envoi détenu dans l'Etat de résidence).

La communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi n'est pas immédiatement requise

336. Pour donner un aperçu de l'approche (erronée) de l'Inde, celle-ci affirme que le fait que le commandant Jadhav ait été interrogé sur ses activités illicites au Pakistan avant d'avoir pu communiquer avec ses autorités consulaires implique que toutes les mesures prises dans le cadre de l'enquête sur ses activités ainsi que sa mise en accusation à raison desdites activités ne sont pas valides, ce dont il résulte que le seul remède approprié doit nécessairement être l'annulation de l'ensemble de ces mesures.

337. Or, il s'agit là d'une approche que la Cour elle-même a refusé d'adopter dans des affaires antérieures, au motif que cela ne ressortait pas expressément des termes de la convention de Vienne de 1963 ou des travaux préparatoires de cet instrument.

338. En l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* (arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 12), la Cour a considéré ce qui suit (par. 87) [vol. 3, annexe 67] :

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

339. A la lumière de ce qui précède, le Pakistan soutient que l'argument de l'Inde selon lequel l'interrogatoire du commandant Jadhav, qui a été mené sans que celui-ci ait pu communiquer avec ses autorités consulaires, était en soi un acte contraire à l'alinéa *b)* du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 n'est clairement pas conforme à la jurisprudence de la Cour.

340. En outre, ainsi que cela appert du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963, les droits énoncés aux alinéas *a)* à *c)* du paragraphe 1 dudit article doivent être exercés en conformité avec le droit de l'Etat de résidence (le Pakistan, en l'occurrence).

341. Bien entendu, le droit de cet Etat doit «permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles les droits sont accordés en vertu [de l']article [36]». A cet effet, le Pakistan et l'Inde ont conclu en 2008 une convention bilatérale sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi (examinée ci-après à la section VI. B)).

342. Le paragraphe 1 de l'article 55 de la convention de Vienne de 1963 (intitulé «Respect des lois et règlements de l'Etat de résidence») dispose ce qui suit [vol. 5, annexe 88, p. 25] :

99

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

343. Le commentaire du paragraphe 1 de l'article 55 du projet d'articles de la CDI établi par sir Arthur Watts QC dans *Commission du droit international 1949-1998* (vol. 1, p. 298), texte qui fait autorité, est reproduit ci-après dans son intégralité [vol. 5, annexe 101] :

«1. Cet article énonce, en son paragraphe 1, la règle fondamentale selon laquelle toute personne jouissant des privilèges et immunités consulaires a le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat de résidence, sauf dans les cas où elle est exempte de leur application par une disposition expresse du présent projet ou d'un

autre accord international pertinent. C'est ainsi, par exemple, que les lois imposant une prestation personnelle quelconque ou les lois sur la sécurité sociale ne sont pas applicables aux membres du consulat qui ne sont pas ressortissants de l'Etat de résidence.

2. L'interdiction de l'ingérence dans les affaires intérieures de l'Etat de résidence, énoncée dans la seconde phrase du paragraphe 1, ne doit pas être interprétée comme empêchant les membres du consulat d'effectuer des démarches, dans le cadre de leurs fonctions, pour protéger et défendre les intérêts de leur pays ou de ses ressortissants, conformément au droit international.»

344. Le Pakistan réaffirme que ce commentaire faisant autorité montre clairement que l'Etat d'envoi doit exercer la fonction consulaire de défense des intérêts de ses ressortissants dans l'Etat de résidence en conformité avec les lois de cet Etat.

345. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 55 de la convention de Vienne de 1963, les fonctionnaires consulaires doivent respecter les lois et règlements de l'Etat de résidence (le Pakistan, en l'espèce), mais ils ont aussi le devoir exprès de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures de ce dernier. Le Pakistan soutient que le libellé du paragraphe 1 de l'article 55 de la convention de Vienne de 1963 reflète le principe établi par le paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies de 1945 [vol. 5, annexe 102]. Selon lui, le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat souverain étranger s'applique donc — sans surprise — aux droits énoncés dans la convention de Vienne de 1963 (notamment aux alinéas *a*) à *c*) du paragraphe 1 de l'article 36).

100

B. L'accord bilatéral de 2008 entre l'Inde et le Pakistan

Contexte

346. Ainsi que cela a été mentionné ci-dessus, l'Inde et le Pakistan ont, le 21 mai 2008, conclu un accord bilatéral sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi (ci-après l'«accord de 2008») [vol. 7, annexe 161]. Après avoir semblé admettre que cet instrument était fort pertinent et s'être engagée dans cette voie (jusqu'au 14 avril 2017), l'Inde a cherché à s'en dégager en déclarant qu'elle n'«invoqu[ait]» pas ledit accord [vol. 1, annexe 5.1, p. 34, par. 66 *a*)] et que celui-ci n'était «pas pertinent» [vol. 1, annexe 5.1, p. 17, par. 15, et p. 34, par. 66] ; ces derniers temps, elle affirme (forcée et contrainte) qu'il convient tout simplement d'ignorer les minutieux et importants travaux qu'elle a consacrés à l'élaboration de cet instrument. Rien de tout cela n'est convaincant.

347. Avant d'examiner les dispositions spécifiques de l'accord de 2008 afin d'en comprendre le fonctionnement ainsi que la manière dont il interagit avec la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, il est toutefois nécessaire de se pencher sur le contexte de ces deux instruments pour ce qui concerne la sécurité nationale et l'espionnage.

348. S'agissant de la convention de Vienne de 1963, il ressort de la pratique des Etats que l'espionnage constituait une exception aux dispositions de cet instrument relatives à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi, même si cela n'était pas dit ouvertement, le sujet étant trop sensible. Ainsi que cela a été exposé précédemment, à l'époque de la guerre froide, il était courant que des espions soient envoyés à l'étranger en tant que membres de missions diplomatiques si bien que, s'ils étaient soupçonnés ou découverts par

l'Etat hôte, ils bénéficiaient de la protection diplomatique et, partant, échappaient aux poursuites pénales. S'ils étaient capturés ou découverts, ces agents étaient souvent déclarés *persona non grata* et obligés de quitter le pays. Les Etats avaient parfaitement conscience de ce que leurs ressortissants impliqués dans des activités d'espionnage encouraient des poursuites pénales et de graves sanctions, ainsi que de l'incompatibilité d'un tel comportement avec le principe des relations amicales. C'est pourquoi ils avaient (et ont toujours) en la matière recours à des subterfuges élaborés (et à la couverture de l'immunité diplomatique).

349. Parmi les exemples antérieurs et postérieurs à la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, on citera notamment les suivants :

- 349.1. en janvier 1953, Yuri Vasilyevich Novikov, ancien officier de l'armée rouge et diplomate soviétique soupçonné de conspirer en vue de diriger un réseau d'espionnage avec des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique en Autriche, a été déclaré *persona non grata* et expulsé [vol. 7, annexe 157] ;
- 349.2. en 1999, Stanislav Borisovic Gusev, secrétaire à l'ambassade de Russie aux Etats-Unis d'Amérique, a été arrêté par le FBI qui le soupçonnait d'avoir placé un dispositif d'écoute dans les locaux du département d'Etat des Etats-Unis. Le sous-secrétaire d'Etat des Etats-Unis l'a déclaré *persona non grata* et lui a ordonné de quitter le pays dans un délai de 10 jours [vol. 7, annexe 158] ;
- 101 349.3. en mai 2013, Ryan Fogle, un diplomate américain, a été arrêté à Moscou au motif qu'il tentait de recruter des personnes pour le compte de la CIA. Il a été déclaré *persona non grata* et expulsé [vol. 7, annexe 159].

La spécificité du contexte indo-pakistanaï

350. Historiquement, la relation entre l'Inde et le Pakistan est l'une des plus tendues au monde. Depuis que le Pakistan a obtenu son indépendance en 1947, au moins quatre conflits armés ont opposé les deux pays et de nombreuses allégations de terrorisme et d'espionnage, dont le bien-fondé n'a pas toujours été établi, ont été formulées de part et d'autre.

351. C'est dans ce contexte que l'Inde elle-même a proposé que soit conclu un accord bilatéral sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi. Il est toutefois regrettable qu'elle ait omis d'expliquer le contexte, le but et le sens de l'accord de 2008.

352. Les paragraphes suivants du présent contre-mémoire sont fondés sur des communications entre l'Inde et le Pakistan datant de l'époque de l'accord de 2008, au sujet duquel elles fournissent d'importants éclaircissements.

353. Le projet d'accord sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi a été proposé par l'Inde à l'occasion d'une visite au Pakistan du ministre indien des affaires étrangères (2-5 octobre 2005), l'Inde ayant alors proposé de modifier l'accord existant (daté de 1982). Ainsi qu'on peut le voir, ce projet était très bref et ne faisait pas mention d'«arrestation, de détention ou de condamnation pour des motifs politiques ou relatifs à la sécurité» [vol. 7, annexe 160, p. 1-2]. Le texte intégral du projet d'accord se lisait comme suit :

«PROJET D'ACCORD SUR LA COMMUNICATION ENTRE LES AUTORITES
CONSULAIRES ET LES RESSORTISSANTS
DE L'ETAT D'ENVOI

Le Gouvernement de l'Inde et le Gouvernement du Pakistan, désireux d'œuvrer à la réalisation de l'objectif consistant à garantir un traitement humain aux ressortissants de chacun des deux Etats en cas d'arrestation, de détention ou d'emprisonnement sur le territoire de l'autre, sont convenus des facilités consulaires réciproques suivantes :

- i) Chaque gouvernement tient une liste exhaustive des ressortissants de l'autre Etat arrêtés, détenus ou emprisonnés sur son territoire. Ces listes sont échangées dès que possible le 1^{er} janvier et le 1^{er} juillet de chaque année.
- ii) L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement de tout ressortissant de l'autre Etat doivent être signalés sans délai au haut-commissariat de celui-ci.
- iii) Chaque gouvernement autorise les autorités consulaires de l'autre Etat à entrer en communication avec les ressortissants de celui-ci qui ont été arrêtés, détenus ou emprisonnés, dans un délai de trois mois à compter de la date de ladite arrestation, détention ou condamnation.
- iv) Les deux gouvernements conviennent de libérer et de rapatrier les intéressés, à l'exception de ceux qui ont été condamnés, qui sont en cours de jugement ou qui, ayant été condamnés, n'ont pas fini d'exécuter leur peine. Ces personnes seront libérées et rapatriées par le gouvernement concerné dans un délai d'un mois après confirmation de leur nationalité. Les autres seront rapatriées, après confirmation de leur nationalité, une fois leur peine exécutée.»

102

354. Avec ce projet d'accord, l'Inde a également fourni une version de l'accord initial du 2 novembre 1982 faisant apparaître les modifications qui y avaient été apportées. Le texte contenait auparavant une référence aux «motifs ou infractions d'ordre politique ou touchant à la sécurité», qui a été supprimée et remplacée comme indiqué ci-dessous [vol. 7, annexe 160, p. 3-4] :

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

355. La manière dont l'Inde aborde cette question particulière laisse clairement apparaître qu'elle reconnaît et comprend parfaitement l'importance des termes proposés ainsi que leurs conséquences concrètes.

356. Ainsi, en affirmant notamment, par la voix de son conseil, M. Harish Salve, que l'accord de 2008 n'est pas pertinent et qu'elle ne l'invoque pas, alors même que «[c]ertaines des dispositions de [cet instrument] renforcent les obligations contenues dans la convention de Vienne» [vol. 1, annexe 5.1, p. 34, par. 66 a)], l'Inde fait (au mieux) preuve de malhonnêteté intellectuelle.

357. Le projet d'accord a été communiqué au ministre pakistanais de l'intérieur le 6 octobre 2005 afin de recueillir ses vues et observations [vol 7, annexe 160, p. 1], qu'il a fait connaître le 15 avril 2006 [vol. 7, annexe 160, p. 5-6] et qui ont été transmises au Haut-Commissariat pakistanais à New Delhi le 2 mai 2006, puis à l'Inde [vol. 7, annexe 160, p. 7].

358. Le 21 juin 2006, le Haut-Commissariat pakistanais à New Delhi a déclaré que le projet d'accord bilatéral sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi avait été transmis au ministère indien des affaires étrangères [vol. 7, annexe 160, p. 8-11].

359. Le 3 juillet 2007, le ministère pakistanais des affaires étrangères a de nouveau communiqué le projet d'accord au Haut-Commissariat pakistanais à New Delhi, à la demande de celui-ci [vol. 7, annexe 160, p. 18-19]. Ce document devait être examiné durant les pourparlers au niveau des secrétaires d'Etat à l'intérieur qui se sont tenus à New Delhi les 3 et 4 juillet 2007. Le compte rendu de la réunion (établi par Riffat Masood (conseiller (politique)) — que le Haut-Commissariat du Pakistan à New Delhi a transmis au directeur général pour l'Asie du Sud au ministère des affaires étrangères à Islamabad le 10 juillet 2007 — fait état de progrès réalisés sur le texte du projet d'accord [vol. 7, annexe 160, p. 25-30] ; une déclaration commune faite aux médias indiquait en outre que la mise au point du texte du projet d'accord avait été effectuée par des groupes de travail distincts [vol. 7, annexe 160, p. 20-22].

103

360. Dans sa partie pertinente, la déclaration commune se lisait comme suit :

«3. Les deux parties ont fermement condamné tous les actes de terrorisme et souligné la nécessité impérieuse de mesures efficaces et durables contre les activités terroristes.

4. Les deux parties ont reconnu que les terroristes et criminels devaient faire l'objet de sanctions rapides et efficaces dans l'un et l'autre pays.

.....

9. Des groupes de travail distincts ont procédé à un examen approfondi des projets d'accord révisés sur les visas et sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi, qui ont pour objectif de libéraliser les dispositions actuelles et de les rendre plus efficaces. La mise au point du texte de l'accord bilatéral sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi a été achevée». [Vol. 7, annexe 160, p. 20-22.]

361. En ce qui concerne l'accord de 2008, le passage pertinent du compte rendu précise ce qui suit :

«7. Le secrétaire d'Etat indien à l'intérieur a proposé que trois sous-groupes soient constitués pour examiner les questions suivantes de manière approfondie :

.....

- ii) L'accord bilatéral sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi et l'accord sur les visas. La libération des pêcheurs et des prisonniers civils.

.....

10. Les trois sous-groupes ont passé le reste de la journée à travailler sur les sujets susmentionnés. Si le premier et le dernier sous-groupes — chargés des questions relatives aux pêcheurs et aux prisonniers, de l'accord sur les visas et de l'accord bilatéral sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi, ainsi que de la coopération entre le CBI et le FIA — ont réalisé des progrès considérables, aucune avancée n'a été réalisée en ce qui concerne le mémorandum d'accord sur le trafic de stupéfiants, qui n'a pas été signé au cours de cette réunion.» [Vol. 7, annexe 160, p. 29-30.]

362. Le 4 juillet 2007, M. Aizaz Ahmad Chaudhry, alors directeur général pour l'Asie du Sud au ministère pakistanais des affaires étrangères, a informé le ministère pakistanais de l'intérieur que les négociations relatives au projet d'accord étaient conduites par lui du côté pakistanais et que le texte de ce document tel que mis au point avait été transmis au ministère de l'intérieur [vol. 7, annexe 160, p. 23-24]. Le 20 juillet 2007, le ministre de l'intérieur a approuvé le projet d'accord [vol. 7, annexe 160, p. 31].

104

363. Le 10 août 2007, le ministère pakistanais des affaires étrangères a adressé une note verbale au Haut-Commissariat de l'Inde à Islamabad, indiquant que le Pakistan était prêt à signer le projet tel que mis au point [vol. 7, annexe 160, p. 32-33].

364. Le 3 mars 2008, le Haut-Commissariat de l'Inde à Islamabad a fait part de son accord sur le projet approuvé [vol. 7, annexe 160, p. 34]. Le 19 mai 2008, le ministère pakistanais du droit et de la justice a fait savoir qu'il acceptait le projet d'accord [vol. 7, annexe 160, p. 35].

365. L'accord de 2008 a été signé le 21 mai 2008 à l'issue de la réunion d'examen qui s'est tenue au niveau des ministres des affaires étrangères à Islamabad [vol. 7, annexe 160, p. 36-37].

366. Le texte intégral de l'accord de 2008 est ainsi libellé :

«Accord sur la communication entre les autorités consulaires
et les ressortissants de l'Etat d'envoi

Le Gouvernement de l'Inde et le Gouvernement du Pakistan, désireux d'œuvrer à la réalisation de l'objectif consistant à garantir un traitement humain aux ressortissants de chacun des deux Etats en cas d'arrestation, de détention ou d'emprisonnement sur le territoire de l'autre, sont convenus des facilités consulaires réciproques suivantes :

- i) Chaque gouvernement tient une liste exhaustive des ressortissants de l'autre Etat arrêtés, détenus ou emprisonnés sur son territoire. Ces listes sont échangées le 1^{er} janvier et le 1^{er} juillet de chaque année.
- ii) L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement de tout ressortissant de l'autre Etat doivent être signalés sans délai au haut-commissariat de celui-ci.

- iii) Chaque gouvernement s'engage à informer sans délai l'autre gouvernement des condamnations prononcées à l'encontre des ressortissants de celui-ci.
- iv) Chaque gouvernement autorise, dans un délai maximal de trois mois, les autorités consulaires de l'autre Etat à entrer en communication avec les ressortissants de celui-ci qui ont été arrêtés, détenus ou emprisonnés.
- v) Les deux gouvernements conviennent de libérer et de rapatrier les intéressés dans un délai d'un mois au plus tard après expiration de leur peine et confirmation de leur nationalité.
- vi) En cas d'arrestation, de détention ou de condamnation pour des motifs politiques ou relatifs à la sécurité, chaque partie peut examiner l'affaire au fond.
- vii) Dans des circonstances spéciales appelant ou requérant compassion et humanité, chaque partie peut exercer son pouvoir discrétionnaire, sous réserve de ses lois et règlements, d'autoriser une libération et un rapatriement anticipés.

Le présent accord entrera en vigueur à la date de sa signature.» [Vol. 7, annexe 161.]

105 L'interaction entre la convention de Vienne de 1963 et l'accord de 2008

367. L'article 73 de la convention de Vienne de 1963 prévoit expressément la possibilité que les Etats aient déjà conclu, ou concluent ultérieurement, d'autres accords bilatéraux ou multilatéraux traitant de la question de la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi [vol. 5, annexe 88, p. 31] :

«1. 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.

2. 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.»

368. L'article 73 de la convention de Vienne de 1963 dispose que cet instrument ne porte pas atteinte aux autres accords en vigueur entre les Etats.

369. Le Pakistan soutient que l'accord de 2008, considéré comme il doit l'être, peut être regardé comme «complétant» les dispositions de la convention de Vienne de 1963 ou «étendant leur champ d'application», au sens de l'article 73.

370. Le sens habituel des termes «compléter» et «étendre» est le suivant (voir le Grand Robert de la langue française : «rendre complet» et «rendre plus grand», respectivement.

371. Le Pakistan fait observer que l'accord de 2008, qu'on le considère dans son intégralité ou que l'on s'en tienne à son article vi), satisfait largement à ces conditions.

372. Le Pakistan fait respectueusement valoir que les deux Etats entendaient clairement faire porter l'accord de 2008 sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi ; ils en ont négocié le libellé pendant près de deux ans. L'Inde n'a tout simplement pas précisé en quoi un quelconque aspect de cet accord, et *a fortiori* son article vi), serait incompatible avec l'article 73 de la convention de Vienne de 1963.

373. De plus, l'accord de 2008 donne clairement effet aux buts énoncés à l'article 36 de la convention, puisqu'il vise manifestement à faciliter le «traitement humain [des] ressortissants de chacun des deux Etats en cas d'arrestation, de détention ou d'emprisonnement sur le territoire de l'autre» ; il prévoit expressément des «facilités consulaires réciproques» [vol. 7, annexe 161].

374. L'Inde et le Pakistan ayant expressément négocié et signé l'accord de 2008 pour traiter de la question de la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi dans le cadre de leurs relations particulières (parfois) quelque peu tendues, les considérations de «sécurité nationale» relatives à cette communication qui sont mentionnées à l'article vi) de l'accord de 2008 doivent être interprétées dans le contexte bien précis des relations entre les deux Etats. Autrement dit, il convient d'accorder une certaine signification à cette disposition, puisqu'elle était clairement censée produire un effet et que l'accord en question semble avoir été appliqué pendant près de dix ans.

106 *La rédaction de l'accord de 2008*

375. La mise au point du projet révisé de l'accord de 2008 a été achevée, à New Delhi les 3 et 4 juillet 2007, lors des pourparlers que le Pakistan et l'Inde ont tenus, au niveau de leurs secrétaires d'Etat, sur le terrorisme et le trafic de stupéfiants dans le cadre du quatrième cycle de leur dialogue composite [vol. 7, annexe 160, p. 25-30].

376. Le contexte dans lequel se sont inscrites les négociations finales de l'accord est important, car il démontre que ce dernier était étroitement lié à des questions de terrorisme (les deux principaux points de l'ordre du jour de cette réunion ayant été les «attaques terroristes dans chacun des deux Etats» ainsi que l'«infiltration et [le] terrorisme transfrontière»).

377. En outre, l'accord de 2008 doit être lu dans le contexte des articles 30, 31 et 41 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui disposent ce qui suit [vol. 5, annexe 103] :

«Article 30

Application de traités successifs portant sur la même matière

1. Sous réserve des dispositions de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, les droits et obligations des Etats parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.

2. Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.

3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été

suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur :

- a) Dans les relations entre les Etats parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3 ;
- b) Dans les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux Etats sont parties régit leurs droits et obligations réciproques.

5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60 ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un Etat de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre Etat en vertu d'un autre traité.

107

SECTION 3. INTERPRETATION DES TRAITES

Article 31

Règle générale d'interprétation

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :

- a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;
- b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

- a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;
- b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;
- c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

.....

Article 41

Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement

1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement :

- a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité ; ou
- b) Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle :
 - i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations ; et
 - ii) 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 pris dans son ensemble.

2. A moins que, dans le cas prévu à l'alinéa a du paragraphe 1, le traité n'en dispose autrement, les parties en question doivent notifier aux autres parties leur intention de conclure l'accord et les modifications que ce dernier apporte au traité.»

108

378. A la page 770 de l'ouvrage *Judge Shigeru Oda: Liber Amicorum* (sous la dir. de Nisuke Andão, Edward McWhinney et Rüdiger Wolfrum) (édition de 2002), Chusei Yamada¹⁰ indique ce qui suit dans le passage pertinent relatif à l'article 73 de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 [vol. 5, annexe 118] :

«Le commentaire de ce qui était alors l'article 26 (aujourd'hui l'article 30) adopté par la CDI cite un exemple tiré du paragraphe 2 de l'article 73 de la convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires.

«Article 73

.....

2. 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».

Il est précisé dans le commentaire que cette disposition, qui reconnaît le droit de compléter celles de la convention par des accords bilatéraux, confirme seulement la légitimité d'accords ne dérogeant pas aux obligations imposées par la convention générale. Toutefois, le libellé du paragraphe 2 de l'article 30 va bien au-delà d'une simple confirmation de la légitimité de tels accords bilatéraux ; appliqué en l'espèce, il dispose en effet que ces accords consulaires bilatéraux l'emportent sur la convention de Vienne sur les relations consulaires».

¹⁰ Ancien membre de la Commission du droit international (1992-2009).

L'enregistrement de l'accord de 2008

379. Le 17 mai 2017, l'accord de 2008 a été enregistré au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, conformément au paragraphe 1 de l'article 102 de la Charte des Nations Unies [vol. 7, annexe 161].

380. L'article 102 de la Charte des Nations Unies dispose ce qui suit [vol. 5, annexe 104] :

«1. Tout traité ou accord international conclu par un Membre des Nations Unies après l'entrée en vigueur de la présente Charte sera, le plus tôt possible, enregistré au Secrétariat et publié par lui.

2. Aucune partie à un traité ou accord international qui n'aura pas été enregistré conformément aux dispositions du paragraphe 1 du présent Article ne pourra invoquer ledit traité ou accord devant un organe de l'Organisation.»

381. L'Inde a affirmé (au moment de l'examen de sa demande en indication de mesures conservatoires) que, étant donné que l'accord de 2008 n'était alors pas encore enregistré au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, le Pakistan ne pouvait, conformément au paragraphe 2 de l'article 102 de la Charte des Nations Unies, invoquer cet instrument devant la Cour. L'Inde a également déclaré (à l'audience du 15 mai 2017) que cet accord «n'[était] pas pertinent» :

109

381.1. Selon M. V. D. Sharma, *Joint Secretary* du ministère indien des affaires étrangères, «cet accord bilatéral n'est pas pertinent pour la présente instance, puisqu'il ne peut que compléter la convention de Vienne» [vol. 1, annexe 5.1, page 17, par. 15] ;

381.2. Selon M. Harish Salve, conseil de l'Inde, «[l]'accord sur la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi conclu entre l'Inde et le Pakistan n'est pas pertinent aux fins de la présente instance» [vol. 1, annexe 5.1, p. 34, par. 66]. Et M. Salve d'ajouter que l'Inde n'«invoque» pas l'accord de 2008, faisant néanmoins observer que «[c]ertaines des dispositions de cet accord renforcent les obligations contenues dans la convention de Vienne» [vol. 1, annexe 5.1, p. 34, par. 66 a)]. Le Pakistan invite l'Inde à expliquer pourquoi l'article vi) ne serait pas pertinent.

382. Dans la mesure où l'Inde pourrait maintenant (malheureusement) chercher à se fonder sur des aspects d'ordre purement technique pour revenir sur un instrument conclu avec le Pakistan qui a régi pendant près de dix ans des circonstances factuelles très délicates telles que celles de la présente espèce, le défendeur fait respectueusement valoir que les arguments du demandeur relatifs au défaut d'enregistrement de l'accord de 2008 sont erronés.

383. S'agissant de l'aspect de l'enregistrement, l'analyse faite par M. Kolb aux pages 560 et 561 de son ouvrage intitulé *La Cour internationale de Justice* (2013) reflète fidèlement l'approche précédemment suivie par la Cour à cet égard [vol. 5, annexe 119] :

«Un enregistrement reste certainement possible à tout moment, même s'il est tardif. Dès lors, un défaut éventuel de non-enregistrement pourrait être éliminé pendant une procédure devant la CIJ, c'est-à-dire après sa saisine. La Cour a montré peu de formalisme à cet égard. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (1949), elle a accepté sa compétence sur la base d'un compromis spécial non enregistré. Dans l'affaire de la *Mer Egée* de 1978 précitée, la Cour a admis la possibilité qu'un

communiqué de presse conjoint constitue un accord attributif de compétence, sans mentionner la question de l'enregistrement. Dans l'affaire *Qatar/Bahreïn* de 1994, également précitée, le Bahreïn avança l'argument que l'absence d'enregistrement pendant plusieurs mois montrait que Qatar ne considérait pas le procès-verbal comme un accord juridiquement contraignant, car autrement il aurait procédé à le faire enregistrer immédiatement. Sollicité[e] sur cet aspect, la Cour ne pouvait pas l'esquiver. Elle rappelle qu'en effet de tels accord[s] doivent être enregistrés, mais qu'un enregistrement tardif n'a pas de conséquences dirimantes :

110

«La Cour observera qu'un traité ou accord international non enregistré auprès du Secrétariat de l'[O]rganisation des Nations Unies ne peut, selon les dispositions de l'article 102 de la Charte, être invoqué par les parties devant un organe de l'[O]rganisation des Nations Unies. Le défaut d'enregistrement ou l'enregistrement tardif est en revanche sans conséquence sur la validité même de l'accord, qui n'en lie pas moins les parties. Dès lors la Cour ne saurait déduire de la circonstance que Qatar ait sollicité l'enregistrement du procès-verbal de 1990 six mois seulement après sa signature que cet Etat considérait, en décembre 1990, ledit procès-verbal comme ne constituant pas un accord international.»

Le considérant de la Cour s'inscrit dans le contexte d'un argument soulevé par une partie à l'instance. La Cour rappelle l'obligation d'enregistrer (qui découle d'une pratique désormais généralement suivie pour les compromis spéciaux), refuse de voir dans l'enregistrement tardif la preuve qu'un Etat ne considérait pas un acte comme un accord juridiquement contraignant, et souligne que l'enregistrement peut avoir lieu même en retard. Si l'enregistrement devait avoir lieu *pendente lite*, la Cour appliquera sans doute la «règle Mavrommatis» sur les défauts de forme : il ne servirait à rien de conclure à l'invalidité de l'instance et de forcer ainsi une partie à réintroduire une instance nouvelle identique, une fois l'accord enregistré. En somme, l'exigence d'enregistrement ne constitue pas une condition de forme très onéreuse.»

Conclusions

384. Le Pakistan fait respectueusement valoir que toute tentative de l'Inde d'exclure purement et simplement l'accord de 2008 ou d'en minorer l'importance devant la Cour est inopportune :

- 384.1. l'accord de 2008 a été adopté à l'initiative de l'Inde. L'instrument finalement adopté est fondé sur un projet conçu et proposé par elle pour régir entre les deux Etats la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi ;
- 384.2. cela fait maintenant près de dix ans que l'accord de 2008 produit ses effets et régit cette question entre l'Inde et le Pakistan. Cette dernière ne peut donc pas dire aujourd'hui à la Cour que ledit instrument n'a aucune incidence sur cette même question.

385. En conséquence, le Pakistan fait respectueusement valoir que :

- 385.1. l'accord de 2008 est pleinement conforme à l'article 73 de la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963, ainsi qu'aux articles 31 et 41 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, en ce qu'il complète l'article 36 de la première ou en étend le champ d'application ;

- 385.2. l'accord de 2008 a pour objet de régir entre l'Inde et le Pakistan la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi ;
- 385.3. compte tenu de la nature et des circonstances des activités criminelles d'espionnage ou de terrorisme menées par le commandant Jadhav, l'arrestation de celui-ci relève clairement de la restriction relative à la sécurité nationale énoncée à l'article vi) de l'accord de 2008 ;
- 385.4. le Pakistan était par conséquent habilité à rechercher «au fond» s'il convenait de permettre au commandant Jadhav de communiquer avec ses autorités consulaires et d'examiner cette question à la lumière des circonstances particulières de la présente espèce.

111

VII. LES REMÈDES SOLLICITÉS PAR L'INDE SONT HORS DE SA PORTÉE OU INAPPROPRIÉS

Introduction

386. Sans préjudice de l'un quelconque des arguments du Pakistan qui précèdent, la Cour ne peut, en tout état de cause, pas accorder les remèdes sollicités par l'Inde, ou il serait inapproprié qu'elle le fasse.

387. Au paragraphe 214 de son mémoire, l'Inde sollicite (en son nom propre) les remèdes ci-après :

«Pour ces motifs, le Gouvernement de l'Inde prie respectueusement la Cour de dire et juger que le Pakistan a agi en violation flagrante de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, en ce qu'il

- i) n'a pas informé l'Inde sans délai de l'arrestation et de la détention de M. Jadhav ;
- ii) n'a pas informé M. Jadhav de ses droits au titre de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires ;
- iii) a refusé aux fonctionnaires consulaires de l'Inde la possibilité de communiquer avec M. Jadhav, en violation de leur droit de se rendre auprès de lui alors qu'il était 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 ;

et, en conséquence de ce qui précède,

- i) de déclarer que la condamnation à laquelle est parvenu le tribunal militaire au mépris total des droits énoncés à l'article 36 de la convention de Vienne, notamment au *litt. b)* du paragraphe 1 de celui-ci, et des droits de l'homme élémentaires de M. Jadhav, auxquels il convient également de donner effet en application de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, est contraire au droit international et aux dispositions de la convention de Vienne ;
- ii) de déclarer que l'Inde a droit à la *restitutio in integrum* ;

- iii) de prescrire au Pakistan de ne pas donner effet à la condamnation ou à la déclaration de culpabilité prononcées par le tribunal militaire, de libérer sans délai le ressortissant indien qui en a fait l'objet et de faciliter son retour en Inde en toute sécurité ;
- iv) à titre subsidiaire, et si la Cour devait conclure qu'il n'y a pas lieu de libérer M. Jadhav, de prescrire au Pakistan de ne pas donner effet à la condamnation prononcée par le tribunal militaire et de prendre les mesures qui pourraient être prévues par le droit pakistanais pour annuler la décision de ce tribunal, et, après avoir déclaré irrecevables les aveux de l'intéressé qui ont été recueillis sans que celui-ci ait pu communiquer avec ses autorités consulaires, d'organiser un procès de droit commun devant les juridictions civiles, dans le respect le plus strict des dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ainsi que du droit des autorités consulaires de communiquer avec l'intéressé et de pourvoir à sa représentation en justice.»

112

388. La question essentielle que doit se poser la Cour est la suivante : si tant est qu'une violation ait été commise, quel est le remède approprié ?

389. Ainsi que cela ressort très clairement de la jurisprudence de la Cour, les réparations n'ont *jamais* été considérées comme étant la solution appropriée, contrairement à ce qu'affirme l'Inde, et ce, parce qu'elles n'auraient pas pour effet de remédier à quelque préjudice subi par l'Etat d'envoi (dont les droits sont à l'examen).

390. Pour autant que la Cour soit amenée à rechercher le remède approprié pour l'Etat d'envoi, le Pakistan soutient respectueusement qu'il s'agit (tout au plus), conformément à la jurisprudence élaborée par celle-ci, d'un «réexamen et [d'une] revision».

391. En se penchant sur la question, la Cour constatera que, si elle faisait droit aux demandes de l'Inde, elle agirait en tant que juridiction d'appel en matière criminelle, rôle qu'elle a maintes fois décliné catégoriquement.

L'Inde simplifie à tort la nature et la portée des réparations

392. Le Pakistan fait respectueusement valoir que l'Inde simplifie à tort la nature et la portée des réparations accordées à un Etat, ainsi qu'à une personne. En cherchant à présenter le principe énoncé par la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond) (1928), C.P.J.I. série A n° 17, arrêt du 13 septembre 1928* (p. 47) (et reproduit ci-après) comme formant à lui seul la base sur laquelle la Cour doit examiner la question des réparations en l'espèce, le demandeur fait une description fondamentalement erronée de la nature du présent différend :

«Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite ... est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place ; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international.» [Vol. 3, annexe 68.]

393. Ainsi que cela est clairement exposé à la page 568 de l'ouvrage *Brownlie's Principles of Public International Law*, publié sous la direction de M. le juge Crawford (8^e éd., 2012), l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)*

113

«portait sur la violation alléguée d'un traité bilatéral qui avait pour objet la protection des intérêts de l'Etat requérant. Il convient de la distinguer des affaires dans lesquelles un Etat donné cherche à établir qu'il a qualité pour protéger des intérêts juridiques que l'on ne peut lui attribuer à lui seul voire à un quelconque Etat en particulier. *Dans les affaires classiques, un Etat protège ses propres intérêts juridiques en cherchant à obtenir réparation à raison de dommages — matériels ou autres — subis par lui-même ou ses ressortissants.* Comme l'a dit le TIDM en l'affaire du navire «SAIGA» (n^o 2),

«[s]elon une règle bien établie du droit international, un Etat qui a subi un préjudice à la suite d'un acte illicite d'un autre Etat est en droit d'obtenir réparation du préjudice qu'il a subi du fait de l'Etat qui a commis l'acte illicite, et «la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis.» (Les italiques sont de nous.) [Vol. 5, annexe 120.]

394. Aux pages 568 et 569 de l'ouvrage précité, le regretté Ian Brownlie QC a précisé comme suit le principe selon lequel un Etat exerçant la protection diplomatique à l'égard d'un de ses ressortissants ayant subi un préjudice exerce en réalité ses propres droits, et non ceux de la personne concernée :

«S'ajoute à cela, dans le cas où des ressortissants auraient subi un préjudice, la règle énoncée par la Cour permanente en l'affaire *Mavrommatis* selon laquelle,

«[e]n prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet Etat fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international.» [Vol. 5, annexe 120.]

395. Le Pakistan soutient respectueusement que, à la lumière de ce qui précède, il apparaît clairement que la Cour doit, si tant est qu'un quelconque remède soit disponible dans la présente affaire, rechercher lequel permettrait de réparer un préjudice causé aux intérêts juridiques propres de l'Etat d'envoi. C'est ce qui explique en partie l'approche que la Cour a suivie en pareil contexte lorsqu'elle a refusé d'accorder les remèdes que l'Inde sollicite aujourd'hui.

La Cour n'est pas une juridiction d'appel en matière criminelle

396. Le Pakistan fait respectueusement valoir que les remèdes tels que sollicités — pour ne pas dire exigés — par l'Inde (l'annulation d'une déclaration de culpabilité et d'une condamnation prononcées par une juridiction pénale nationale et la libération d'un prisonnier reconnu coupable) ne pourraient éventuellement être accordés que par une cour d'appel en matière criminelle.

397. La Cour a maintes fois exprimé une position très claire à cet égard : elle n'a pas pour fonction de servir de juridiction d'appel, en matière criminelle, de décisions dans lesquelles des tribunaux internes ont déclaré coupables ou condamné des personnes privées. L'importance que

114 cela revêt pour elle est telle qu'elle l'annonce désormais clairement sur son site Internet, sous la rubrique «Informations pratiques» [vol. 6, annexe 138, p. 1] :

«Enfin, la Cour n'est pas une cour suprême à la disposition des juridictions nationales ; elle n'offre pas un ultime recours aux personnes privées. Elle n'est pas davantage une cour d'appel pour quelque tribunal international que ce soit.»

398. La Cour a énoncé cette position à maintes reprises dans sa jurisprudence, comme cela sera démontré ci-après, et l'a réitérée dans l'ordonnance en indication de mesures conservatoires qu'elle a rendue le 18 mai 2017 en la présente espèce [vol. 1, annexe 6, p. 13] :

«56. La Cour relève que les questions dont elle est saisie en la présente affaire n'ont pas trait au point de savoir si un Etat a le droit de recourir à la peine de mort. Ainsi qu'elle a déjà eu l'occasion de le faire observer, «la fonction de la Cour est de régler des différends juridiques internationaux entre Etats, notamment lorsqu'ils découlent de l'interprétation ou de l'application de conventions internationales, et *non pas d'agir en tant que cour d'appel en matière criminelle*» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 15, par. 25 ; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 5 février 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 89, par. 48).» (Les italiques sont de nous.)

399. En l'affaire de l'*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. 248, le Paraguay avait, par requête en date du 3 avril 1998, introduit contre les Etats-Unis d'Amérique une instance portant sur des violations alléguées de la convention de Vienne de 1963 à l'égard d'un ressortissant paraguayen qui avait été condamné à mort aux Etats-Unis sans avoir été informé des droits que lui conférait l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de cet instrument. Le demandeur priait la Cour de dire et juger qu'il avait droit à une «*restitutio in integrum*» [vol. 3, annexe 69, par. 25]. Le 3 avril 1998, il avait également présenté une demande en indication de mesures conservatoires.

400. Au paragraphe 38 de son ordonnance du 9 avril 1998 sur la demande en indication de mesures conservatoires, la Cour a précisé ce qui suit [vol. 3, annexe 70] :

«Considérant que les questions portées devant la Cour en l'espèce ne concernent pas le droit des Etats fédérés qui composent les Etats-Unis de recourir à la peine de mort pour les crimes les plus odieux ; et considérant en outre que la fonction de la Cour est de régler des différends juridiques internationaux entre Etats, notamment lorsqu'ils découlent de l'interprétation ou de l'application de conventions internationales, et *non pas d'agir en tant que cour d'appel en matière criminelle.*» (Les italiques sont de nous.)

401. Le demandeur s'est finalement désisté, et l'affaire a été rayée du rôle de la Cour le 10 novembre 1998 [vol. 3, annexe 71].

115 402. En l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 9, l'Allemagne avait, par requête en date du 2 mars 1999, introduit contre les Etats-Unis d'Amérique une instance portant sur des violations alléguées de la convention de Vienne de 1963 à l'égard de deux ressortissants allemands (les frères Karl et Walter LaGrand) qui avaient été condamnés à mort aux Etats-Unis sans être informés des

droits que leur conférait l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de cet instrument. Karl LaGrand avait déjà été exécuté le 24 février 1999, et la date de l'exécution de Walter LaGrand avait été fixée au 3 mars 1999 [vol. 4, annexe 78, par. 8].

403. Le 2 mars 1999, en même temps que sa requête introductive d'instance, l'Allemagne avait présenté une demande en indication de mesures conservatoires.

404. Dans le dispositif de son ordonnance du 3 mars 1999, la Cour a indiqué des mesures conservatoires qui imposaient notamment aux Etats-Unis d'Amérique de «prendre toutes les mesures dont ils dispos[ai]ent pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente instance n'aura[it] pas été rendue» [vol. 3, annexe 72].

405. La Cour a réitéré la position qu'elle avait adoptée en l'affaire *Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique* (voir plus haut), précisant ce qui suit au paragraphe 25 [vol. 3, annexe 72] :

«Considérant que les questions portées devant la Cour en l'espèce ne concernent pas le droit des Etats fédérés qui composent les Etats-Unis de recourir à la peine de mort pour les crimes les plus odieux ; et considérant en outre que la fonction de la Cour est de régler des différends juridiques internationaux entre Etats, notamment lorsqu'ils découlent de l'interprétation ou de l'application de conventions internationales, et *non pas d'agir en tant que cour d'appel en matière criminelle.*» (Les italiques sont de nous.)

406. Au mépris de l'ordonnance que la Cour avait rendue, le 3 mars 1999, sur la demande en indication de mesures conservatoires, Walter LaGrand a toutefois été exécuté par les Etats-Unis d'Amérique [vol. 3, annexe 73, par. 34].

407. Aux paragraphes 50-52 de l'arrêt qu'elle a rendu le 27 juin 2001 en l'affaire *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 466, la Cour a dit ce qui suit [vol. 3, annexe 73] :

«50. [Les Etats-Unis d'Amérique] font valoir que de nombreux arguments développés par l'Allemagne, en particulier ceux relatifs à la règle de la «carence procédurale» reviennent à demander à la Cour d'«examiner et de réparer ... de prétendues violations du droit des Etats-Unis et des erreurs d'appréciation qui auraient été le fait de juges des Etats-Unis» a l'occasion d'affaires pénales portées devant des juridictions internes.

51. L'Allemagne nie, pour sa part, qu'elle demande à la Cour d'agir comme une juridiction d'appel en matière pénale, ou que ses demandes visent d'une quelconque manière à s'immiscer dans l'administration de la justice des Etats-Unis. Elle prierait simplement la Cour de dire et juger que la conduite des Etats-Unis a méconnu les obligations juridiques internationales dont ils étaient tenus à son endroit en vertu de la convention de Vienne, et de tirer de cette méconnaissance certaines conséquences juridiques prévues par le droit international de la responsabilité des Etats.

52. La Cour ne souscrit pas à l'argumentation des Etats-Unis ... Même si l'Allemagne s'est longuement étendue sur la pratique des tribunaux américains relative à l'application de la convention, ces trois conclusions visent exclusivement à prier la Cour d'appliquer les règles pertinentes de droit international aux questions litigieuses opposant les Parties à l'instance. *L'exercice de cette fonction, expressément*

prévue par l'article 38 de son Statut, ne fait pas de cette Cour une juridiction statuant en appel sur des questions pénales soumises aux tribunaux internes.» (Les italiques sont de nous.)

408. En comparaison, la demande de l'Inde est la plus ambitieuse jamais présentée en ce qui concerne un prétendu déni du droit de communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi. En la présente espèce, le demandeur prie en effet la Cour d'annuler une déclaration de culpabilité et une condamnation prononcées par une juridiction pénale nationale, et de prescrire la libération d'un espion et terroriste reconnu coupable, ainsi que son transfert vers l'Etat d'envoi. Ce qui a été dit au sujet des demandes présentées à la Cour par l'Allemagne au paragraphe 52 de l'arrêt rendu en l'affaire *LaGrand* ne peut assurément pas l'être au sujet de celles de l'Inde en la présente espèce : les fonctions qu'il est demandé à la Cour d'exercer auraient manifestement pour effet de la transformer en juridiction d'appel de décisions pénales nationales, ce qui est tout à fait inadmissible.

409. En l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, le Mexique avait, par requête en date du 9 janvier 2003, introduit contre les Etats-Unis d'Amérique une instance portant sur des violations alléguées des articles 5 et 36 de la convention de Vienne de 1963 à l'égard de 54 Mexicains (initialement) qui avaient été condamnés à mort dans certains Etats américains.

410. Le 9 janvier 2003, outre sa requête introductive d'instance, le Mexique avait présenté une demande en indication de mesures conservatoires. Au paragraphe 48 de l'ordonnance qu'elle a rendue au sujet de cette demande (*Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 5 février 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 77*), la Cour a précisé ce qui suit [vol. 4, annexe 75] :

«48. Considérant ... que «la fonction de la Cour est de régler des différends juridiques internationaux entre Etats, notamment lorsqu'ils découlent de l'interprétation ou de l'application de conventions internationales, et *non pas d'agir en tant que cour d'appel en matière criminelle*» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 15, par. 25*).» (Les italiques sont de nous.)

411. La Cour a constamment et invariablement confirmé le principe selon lequel elle n'exerçait pas la fonction de juridiction d'appel en matière criminelle. Il n'est d'ailleurs pas difficile de comprendre pourquoi elle a adopté cette position : il existe des limites à ce que la Cour peut faire lorsqu'elle est appelée à prescrire des remèdes, et il est permis de penser que les parties qui envisagent d'invoquer sa compétence en ont bien conscience. En outre, ouvrir la voie à l'annulation d'une procédure pénale interne imposerait à la Cour de procéder à un examen des faits très minutieux. Parmi les éléments à prendre en considération, elle pourrait être amenée à se demander à partir de quel stade ou de quel moment la «nullité» devrait être prononcée.

117 Les raisons pour lesquelles il n'existe pas de remède prévoyant de rétablir le *statu quo* en cas de violation de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires

412. L'Inde semble soutenir que le fait de ne pas autoriser le commandant Jadhav à entrer en communication avec ses autorités consulaires invalide toutes les mesures prises dans le cadre de l'enquête sur les activités de l'intéressé et des poursuites qui ont été engagées contre lui ; aussi devrait-il y avoir un remède prévoyant de rétablir le *statu quo ante* en ce qui le concerne. Toutefois,

pour les raisons qui ont déjà été exposées à la Cour, aucun fondement juridique ne permet d'affirmer que pareil remède existe.

413. Lors des audiences consacrées à l'examen des mesures conservatoires en l'affaire de l'*Application de la convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, l'un des conseils des Etats-Unis avait, au sujet de l'argument avancé par le Paraguay selon lequel le défaut de notification consulaire constituait une violation juridique requérant l'annulation d'une condamnation pénale afin de restaurer le *statu quo ante* pour le ressortissant lésé, évoqué en ces termes la pratique pertinente des Etats (compte rendu, mardi 7 avril 1998 à 10 heures, par. 2.18) [vol. 4, annexe 76] :

«2.18. On comprend aisément pourquoi de tels recours n'existent pas. Comme on l'a vu, l'assistance consulaire, à la différence de l'assistance juridique, n'est pas considérée comme une condition à remplir dans une procédure pénale. De plus, si le fait de ne pas avoir avisé un détenu de son droit à la notification consulaire devait entraîner *de plein droit* l'annulation d'une procédure pénale, on aboutirait à un résultat absurde. Ce résultat serait notamment incompatible avec la grande diversité que l'on constate dans le niveau des services consulaires fournis par différents pays. Il serait tout aussi problématique de se donner une règle d'après laquelle le défaut de notification consulaire n'exigerait le retour au *statu quo ante* qu'au cas où la notification aurait conduit à un résultat différent. Ce serait peu pratique, pour un tribunal, d'essayer de déterminer avec certitude ce qu'un fonctionnaire consulaire aurait fait et si son intervention aurait changé quelque chose. Pour ce faire, il faudrait avoir accès à des archives consulaires normalement inviolables et recueillir le témoignage de fonctionnaires consulaires, sans tenir compte de leurs privilèges et immunités habituels. Dans le cas d'espèce, par exemple, on pourrait vouloir examiner les instructions et pratiques consulaires du Paraguay à l'époque de l'arrestation de M. Breard et s'enquérir des moyens dont disposaient alors les fonctionnaires consulaires du Paraguay. Bien entendu, les gouvernements n'entendaient pas que de telles questions soient traitées devant les tribunaux.»

414. Comme indiqué plus haut, l'affaire *Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique* a été radiée du rôle avant qu'un arrêt concernant les remèdes ne soit rendu. Le Pakistan fait cependant respectueusement observer que cet exposé en dit long sur l'inexistence et le caractère inapproprié d'un remède à une éventuelle violation de l'article 36 de la convention de Vienne prévoyant de restaurer le *statu quo ante*.

415. Il y a de nombreuses raisons à cela. Par exemple, en la présente espèce (comme d'ailleurs dans toute autre affaire ayant trait à une violation alléguée de l'article 36 de la convention de Vienne), il est peu probable que la Cour soit à même de déterminer de manière adéquate ou fiable, sur la base des faits exposés, si une notification consulaire aurait eu quelque incidence ou aurait changé quoi que ce soit.

118

416. C'est pourquoi le Pakistan fait respectueusement valoir que le remède approprié devant être prescrit par la Cour à raison de toute violation établie de l'article 36 de la convention de Vienne n'implique assurément pas le rétablissement du *statu quo ante* à l'égard du ressortissant.

L'invocation par l'Inde du principe énoncé en l'affaire de l'Usine de Chorzów n'est pas appropriée

417. L'Inde avance que la décision rendue en l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (*demande en indemnité*) (*fond*) constitue à elle seule le fondement sur lequel il convient de procéder à l'examen des réparations en la présente espèce, soutenant qu'elle engendre une exigence de restitution intégrale en nature.

418. M. Attila Tanzi (professeur de droit international à l'université de Bologne) est revenu, dans la Max Planck Encyclopaedia of Public International Law de 2013, à l'article «Restitution» [vol. 5, annexe 121], sur les origines de cette notion (au paragraphe 4) :

«La notion de restitution remonte au droit romain, dans le cadre duquel elle constituait la réparation accordée par le prêteur afin de rétablir la situation qui existait avant que le préjudice ne soit causé, telle que l'annulation d'un contrat conclu par la tromperie ou la contrainte.»

419. La Cour a déjà exposé la notion de réparation en droit international, ainsi que son évolution, telle qu'elle découle des concepts de droit civil privé du *damnum emergens* (perte subie) et du *lucrum cessans* (gain manqué), lesquels ne trouvent aucun écho dans les circonstances de l'espèce.

420. Ainsi, en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo, arrêt du 19 juin 2012, M. le juge Cançado Trindade a*, au paragraphe 52 de l'exposé de son opinion individuelle, indiqué ce qui suit [vol. 4, annexe 77] :

«Les catégories juridiques qui se sont cristallisées au fil du temps, et auxquelles on a eu recours — dans un contexte distinct de celui du droit international des droits de l'homme — pour établir le régime de la détermination des réparations, se sont largement constituées par analogie avec les solutions du droit privé, et du droit civil en particulier, qui relève de la sphère juridique nationale. Tel est, par exemple, le cas des notions de dommage matériel et de dommage moral ou immatériel, ainsi que des éléments constitutifs du dommage que sont le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*.»

421. Par ailleurs, il est clair, en droit international public, que la «restitution» n'est pas appropriée dans tous les cas. L'article 35 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001 [vol. 6, annexe 134, p. 69] dispose ainsi que :

«[l']Etat responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution :

a) n'est pas matériellement impossible ;

b) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation.»

422. En la présente espèce, le Pakistan soutient que c'est à mauvais escient que l'Inde invoque le principe énoncé dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)* pour étayer son affirmation selon laquelle un remède prévoyant une restitution intégrale en nature existe ou est approprié. Le demandeur ne fournit en effet aucune explication sur le contexte précis de cette affaire, ce qui porte à conclure, selon le Pakistan, qu'il ne s'agit pas là d'un point de départ approprié pour l'examen de la question des réparations en l'espèce.

423. L'affaire de l'*Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)* se rapportait à la prise de possession, par le Gouvernement polonais, d'une usine d'azote située à Chorzów, dans une partie de la Haute-Silésie attribuée à la Pologne. L'usine avait été construite pendant la guerre dans le cadre d'un contrat conclu entre l'Allemagne et des entreprises privées allemandes. Cette dernière affirmait que, l'usine étant un bien privé, la loi polonaise en application de laquelle elle avait été saisie constituait une liquidation illicite dudit bien emportant violation de la convention de Genève de 1922 relative à la partition de la Haute-Silésie. La Pologne, pour sa part, affirmait que l'usine, en tant que propriété du Reich allemand, pouvait licitement faire l'objet d'une expropriation en vertu du traité de Versailles.

424. Ian Brownlie *QC* est brièvement revenu (aux pages 569-570 de son ouvrage) sur les circonstances entourant la décision rendue en l'affaire de l'*Usine de Chorzów* [vol. 5, annexe 120] :

«Pour réaliser l'objet des réparations, les tribunaux peuvent prescrire une «restitution juridique», sous la forme d'une déclaration selon laquelle un acte fautif des pouvoirs exécutif, législatif ou judiciaire est illicite et dépourvu d'effet international. Pareille mesure peut être considérée soit comme une véritable application du principe de la *restitutio in integrum*, soit comme un aspect de la satisfaction. La restitution en nature est un moyen logique de réparer un préjudice. Le droit coutumier ou un traité peuvent engendrer des obligations assorties du pouvoir de demander une restitution spécifique. *Aussi, dans l'affaire de l'Usine de Chorzów, la Cour permanente a considéré que, l'objet de la convention de Genève de 1922 étant de maintenir le statu quo économique en Haute-Silésie polonaise, la restitution était la «conséquence naturelle» d'une violation ou d'une inobservation des dispositions conventionnelles.* En imposant aux Etats agresseurs l'obligation de réparer les conséquences d'une occupation illicite, les victimes peuvent à juste titre solliciter la restitution des «objets présentant un intérêt artistique, historique ou archéologique qui font partie du patrimoine culturel du territoire [rétro]cédé». Il semblerait que les différends territoriaux puissent également être réglés par une restitution spécifique, même si la forme déclaratoire des arrêts de la Cour internationale masque souvent cet aspect.» (Les italiques sont de nous.)

425. Il apparaît donc clairement que les raisons pour lesquelles la restitution (c'est-à-dire le rétablissement du *statu quo*) était considérée comme la «conséquence naturelle» des violations examinées en l'affaire de l'*Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)* étaient directement liées au but précis du traité en question (la convention de Genève de 1922), à savoir la préservation du *statu quo* économique. Or, cette position ne trouve aucun écho dans les faits, les obligations définies dans l'instrument qui est en cause en la présente espèce ou les buts fixés par celui-ci.

426. En outre, le principe énoncé par la Cour permanente était fondé sur les faits dont elle disposait — la constatation d'une expropriation illicite —, sur la base desquels il a été relativement aisé pour elle de déterminer à la fois la perte effectivement subie (qui correspond au principe de droit romain du *damnum emergens*) et le manque à gagner (correspondant au principe du *lucrum cessans*).

427. En la présente espèce, en revanche, la tâche de la Cour (si et dans la mesure où elle conclurait qu'a été commise une violation d'une obligation de droit international donnant naissance au droit d'obtenir réparation) serait de rechercher quelles sont les réparations appropriées à raison de violations passées de la convention de Vienne, et ce, alors qu'elle a maintes fois (comme cela sera exposé ci-après) déterminé, en ce qui concerne spécifiquement des violations de l'article 36 dudit instrument, que le remède approprié était fort différent d'une restitution intégrale en nature.

428. L'affaire de l'*Usine de Chorzów (demande en indemnité) (fond)* ainsi que les conclusions auxquelles est alors parvenue la Cour permanente se rapportaient donc à un ensemble particulier de faits et d'obligations conventionnelles qui ne correspondent ni aux faits de la présente espèce ni aux obligations énoncées dans la convention ou aux buts de celle-ci. Le Pakistan fait donc respectueusement valoir que le principe énoncé dans l'affaire précitée ne saurait constituer le point de départ irréfutable de l'examen d'un quelconque remède aux violations des obligations conventionnelles en cause en la présente espèce.

«Réexamen et révision»

429. Par ailleurs, il ressort clairement des affaires relatives à la peine de mort ou à la communication entre un ressortissant et ses autorités consulaires auxquelles les Etats-Unis d'Amérique ont participé devant la Cour que celle-ci a, à maintes reprises, soigneusement et systématiquement recherché quels étaient les remèdes appropriés aux violations alléguées de l'article 36 de la convention de Vienne, concluant qu'il s'agissait d'un «réexamen et [d'une] révision».

430. Dans l'affaire *LaGrand*, l'Allemagne, au paragraphe 15 de sa requête [vol. 4, annexe 78], priait la Cour de dire et juger que :

- «1) en arrêtant, détenant, jugeant, déclarant coupables et condamnant Karl et Walter LaGrand dans les conditions indiquées dans l'exposé des faits qui précède, les Etats-Unis ont violé leurs obligations juridiques internationales envers l'Allemagne, en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'elle a d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants, ainsi qu'il est prévu aux articles 5 et 36 de la convention de Vienne ;
- 2) l'Allemagne a en conséquence droit à réparation ;
- 3) les Etats-Unis ont l'obligation juridique internationale de ne pas appliquer la doctrine dite de la «carence procédurale» (*procedural default*), ni aucune autre doctrine de leur droit interne, d'une manière qui fasse obstacle à l'exercice des droits conférés par l'article 36 de la convention de Vienne ; et
- 4) les Etats-Unis ont l'obligation juridique internationale d'agir conformément aux obligations juridiques internationales susmentionnées dans le cas où ils placeraient en détention tout autre ressortissant allemand sur leur territoire ou engageraient une action pénale à son encontre à l'avenir, que cet acte soit entrepris par un

pouvoir délégué, législatif, exécutif, judiciaire ou autre, que ce pouvoir occupe une place supérieure ou subordonnée dans l'organisation des Etats-Unis ou que les fonctions de ce pouvoir présentent un caractère international ou interne ;

et que, conformément aux obligations juridiques internationales susmentionnées :

- 1) toute responsabilité pénale qui ait été attribuée à Karl et Walter LaGrand en violation d'obligations juridiques internationales est nulle et doit être reconnue comme nulle par les autorités légales des Etats-Unis ;
- 2) les Etats-Unis devraient accorder réparation, sous la forme d'une indemnisation ou de satisfaction, pour l'exécution de Karl LaGrand le 24 février 1999 ;
- 3) les Etats-Unis doivent restaurer le *statu quo ante* dans le cas de Walter LaGrand, c'est-à-dire rétablir la situation qui existait avant les actes de détention, de poursuite, de déclaration de culpabilité et de condamnation de ce ressortissant allemand commis en violation des obligations juridiques internationales des Etats-Unis ;
- 4) les Etats-Unis doivent donner à l'Allemagne la garantie que de tels actes illicites ne se reproduiront pas.»

431. Walter LaGrand a cependant été exécuté par les Etats-Unis d'Amérique, en violation de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires que la Cour avait rendue le 3 mars 1999 [vol. 3, annexe 73, par. 34].

432. Dans son mémoire (au paragraphe 7.02) [vol. 4, annexe 79], l'Allemagne priait la Cour de dire et juger que :

- «1) en n'informant pas sans retard Karl et Walter LaGrand après leur arrestation de leurs droits en vertu de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires, et en privant l'Allemagne de la possibilité de fournir son assistance consulaire, ce qui a finalement conduit à l'exécution de Karl et Walter LaGrand, les Etats-Unis ont violé leurs obligations juridiques internationales vis-à-vis de l'Allemagne au titre de l'article 5 et du paragraphe 1 de l'article 36 de ladite convention, tant en ce qui concerne les droits propres de l'Allemagne que le droit de cette dernière d'exercer sa protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants ;
- 2) en appliquant des règles de leur droit interne, notamment la doctrine dite de la «carence procédurale», qui ont empêché Karl et Walter LaGrand de faire valoir leurs réclamations au titre de la convention de Vienne sur les relations consulaires, et en procédant finalement à leur exécution, les Etats-Unis ont violé l'obligation juridique internationale, dont ils étaient tenus à l'égard de l'Allemagne en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de la convention de Vienne, de permettre la pleine réalisation des fins pour lesquelles sont prévus les droits énoncés à l'article 36 de ladite convention ;
- 3) en ne prenant pas toutes les mesures dont ils disposaient pour que Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la Cour internationale de Justice n'aurait pas rendu sa décision définitive en l'affaire, les Etats-Unis ont violé leur obligation juridique internationale de se conformer à l'ordonnance en indication de mesures

conservatoires rendue par la Cour le 3 mars 1999 et de s'abstenir de tout acte pouvant interférer avec l'objet d'un différend tant que l'instance est en cours ;

et que, conformément aux obligations juridiques internationales susmentionnées,

- 4) les Etats-Unis devront donner à l'Allemagne la garantie qu'ils ne répéteront pas de tels actes illicites et qu'ils feront en sorte que, dans tous les cas futurs de détention de ressortissants allemands ou d'actions pénales à l'encontre de tels ressortissants, le droit et la pratique internes des Etats-Unis ne feront pas obstacle à l'exercice effectif des droits énoncés à l'article 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires.»

433. Dans le dispositif de l'arrêt qu'elle a rendu le 27 juin 2001 en l'affaire *LaGrand* (*Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique*) (arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 466), la Cour a accordé les remèdes ci-après [vol. 3, annexe 73] :

«128. Par ces motifs,

LA COUR,

.....

- 6) A l'unanimité,

Prend acte de l'engagement pris par les Etats-Unis d'Amérique d'assurer la mise en œuvre des mesures spécifiques adoptées en exécution de leurs obligations au titre de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention ; et *dit* que cet engagement doit être considéré comme satisfaisant à la demande de la République fédérale d'Allemagne visant à obtenir une assurance générale de non-répétition ;

- 7) Par quatorze voix contre une,

Dit que, si des ressortissants allemands devaient néanmoins être condamnés à une peine sévère sans que les droits qu'ils tiennent de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention aient été respectés, les Etats-Unis d'Amérique devront, en mettant en œuvre les moyens de leur choix, permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention.»

434. En conséquence, même dans les circonstances extrêmes de l'affaire *LaGrand*, dans laquelle le ressortissant allemand accusé ayant bénéficié de la protection diplomatique de son pays a été exécuté, en violation de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour, celle-ci s'est contentée, dans les remèdes qu'elle a ordonnés, de prescrire aux Etats-Unis d'Amérique de procéder à un «réexamen et [à une] révision» en «mettant en œuvre les moyens de leur choix» et «en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention [de Vienne]».

123

435. En l'affaire *Avena*, le Mexique avait sollicité dans son mémoire (paragraphe 407) un large éventail de remèdes, priant la Cour de dire et juger que [vol. 3, annexe 74, p. 174-176] :

- «1) en arrêtant, détenant, jugeant, déclarant coupables et condamnant les cinquante-quatre ressortissants mexicains se trouvant dans le couloir de la mort, dont les cas sont décrits dans la requête et le présent mémoire du Mexique, les Etats-Unis d'Amérique ont violé leurs obligations juridiques internationales envers

le Mexique, en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants, telles que prévues à l'article 36 de la convention de Vienne ;

- 2) l'obligation énoncée au paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne exige qu'une notification ait lieu avant que les autorités compétentes de l'Etat de résidence n'interrogent le ressortissant étranger ou ne prennent toute autre mesure susceptible de porter atteinte à ses droits ;
- 3) en appliquant la doctrine de la carence procédurale (*procedural default*) ou toute autre doctrine de leur droit interne pour faire obstacle à l'exercice des droits conférés par l'article 36 de la convention de Vienne et à l'examen y relatif, les Etats-Unis d'Amérique ont violé leurs obligations juridiques internationales envers le Mexique, en son nom propre et dans l'exercice du droit qu'a cet Etat d'assurer la protection diplomatique de ses ressortissants, telles que prévues à l'article 36 de la convention de Vienne ;
- 4) les Etats-Unis d'Amérique sont tenus, au regard du droit international, d'agir conformément aux obligations juridiques internationales susmentionnées dans le cas où, à l'avenir, ils placeraient en détention les cinquante-quatre ressortissants mexicains se trouvant dans le couloir de la mort ou tout autre ressortissant mexicain sur leur territoire, ou engageraient une action pénale à leur encontre, que cet acte soit accompli par un pouvoir constitué, qu'il soit législatif, exécutif, judiciaire ou autre, et que ce pouvoir occupe une place supérieure ou subordonnée dans l'organisation des Etats-Unis ou que les fonctions de ce pouvoir présentent un caractère international ou interne ;

et que, conformément aux obligations juridiques internationales susmentionnées,

- 1) le Mexique a droit à la *restitutio in integrum*, les Etats-Unis d'Amérique devant en conséquence restaurer le *statu quo ante*, c'est-à-dire rétablir la situation qui existait au moment où ont été détenus et avant que ne soient interrogés, poursuivis, déclarés coupables et condamnés les ressortissants mexicains en violation des obligations juridiques internationales des Etats-Unis d'Amérique, en prenant des mesures précises qui consisteront notamment à :
 - a) annuler les déclarations de culpabilité prononcées à l'encontre des cinquante-quatre ressortissants mexicains ;
 - b) annuler les condamnations prononcées à l'encontre des cinquante-quatre ressortissants mexicains ;
 - c) exclure de toute procédure pénale qui pourrait être engagée ultérieurement contre les cinquante-quatre ressortissants mexicains toute déclaration et tous aveux obtenus d'eux avant qu'ils aient été informés de leurs droits en matière de notification consulaire et d'accès aux autorités consulaires ;
 - d) empêcher que ne soit pénalisé sur le plan procédural un ressortissant mexicain qui n'a pas, en temps voulu, fait valoir une réclamation au titre de la convention de Vienne ni excipé de celle-ci dans le cadre de sa défense, lorsque des autorités compétentes des Etats-Unis d'Amérique ont violé l'obligation qui est la leur d'informer ce ressortissant des droits qu'il tire de cette convention ;

- e) empêcher que ne soit appliquée toute doctrine juridique ou jurisprudence interne qui prive une juridiction des Etats-Unis d'Amérique de la possibilité d'accorder réparation — notamment la réparation à laquelle, selon le jugement de la Cour, le Mexique a droit ici — à un ressortissant mexicain dont les droits au titre de l'article 36 ont été violés ; et
 - f) empêcher que ne soit appliquée toute doctrine juridique ou jurisprudence interne qui exige d'établir dans chaque cas individuel l'existence d'un préjudice comme condition préalable à l'octroi d'une réparation pour les violations de l'article 36 ;
- 2) les Etats-Unis d'Amérique doivent, au vu du caractère récurrent et continu des violations décrites dans la requête et le présent mémoire du Mexique, prendre toutes mesures nécessaires sur les plans législatif, exécutif et judiciaire pour :
- a) faire en sorte que cessent les violations récurrentes et continues des droits que l'article 36 confère au Mexique et à ses ressortissants en matière de notification consulaire, de communication entre les consulats et les ressortissants et d'assistance consulaire ;
 - b) garantir que leurs autorités compétentes aux niveaux fédéral, étatique et local se conformeront systématiquement aux obligations qui sont les leurs au titre de l'article 36 ;
 - c) faire en sorte que leurs autorités judiciaires cessent d'appliquer, et garantir qu'elles s'abstiendront à l'avenir d'appliquer :
 - i) toute règle pénalisant sur le plan procédural un ressortissant mexicain qui n'a pas, en temps voulu, fait valoir une réclamation au titre de la convention de Vienne ni excipé de celle-ci dans le cadre de sa défense, lorsque des autorités compétentes des Etats-Unis d'Amérique ont violé l'obligation qui est la leur d'informer ce ressortissant des droits qu'il tire de cette convention ;
 - ii) toute doctrine juridique ou jurisprudence interne qui empêche une juridiction des Etats-Unis d'Amérique d'accorder réparation — notamment la réparation à laquelle, selon le jugement de la Cour, le Mexique a droit ici — à un ressortissant mexicain dont les droits au titre de l'article 36 ont été violés ; et
 - iii) toute doctrine juridique ou jurisprudence interne qui exige d'établir dans chaque cas individuel l'existence d'un préjudice comme condition préalable à l'octroi d'une réparation pour les violations de la convention de Vienne démontrées ici.»

436. Dans le dispositif de l'arrêt qu'elle a rendu le 31 mars 2004, la Cour a accordé les remèdes ci-après [vol. 3, annexe 67].

«153. Par ces motifs,

LA COUR,

.....

125

9) Par quatorze voix contre une,

Dit que, pour fournir la réparation appropriée en l'espèce, les Etats-Unis d'Amérique sont tenus d'assurer, par les moyens de leur choix, le réexamen et la revision des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées contre les ressortissants mexicains visés aux points 4), 5), 6) et 7) ci-dessus, en tenant compte à la fois de la violation des droits prévus par l'article 36 de la convention et des paragraphes 138 à 141 du présent arrêt ;

10) A l'unanimité,

Prend acte de l'engagement pris par les Etats-Unis d'Amérique d'assurer la mise en œuvre des mesures spécifiques adoptées en exécution de leurs obligations en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention de Vienne ; et dit que cet engagement doit être considéré comme satisfaisant à la demande des Etats-Unis du Mexique visant à obtenir des garanties et assurances de non-répétition ;

11) A l'unanimité,

Dit que, si des ressortissants mexicains devaient néanmoins être condamnés à une peine sévère sans que les droits qu'ils tiennent de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 36 de la convention aient été respectés, les Etats-Unis d'Amérique devront, en mettant en œuvre les moyens de leur choix, assurer le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine, de façon à accorder tout le poids voulu à la violation des droits prévus par la convention, en tenant compte des paragraphes 138 à 141 du présent arrêt.»

437. Dans ladite affaire, la Cour a donc de nouveau considéré que le remède approprié aux violations de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 était «le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine» [vol. 3, annexe 67, par. 148].

438. La Cour s'est fermement et constamment refusée à accorder toute réparation allant au-delà du «réexamen et [de] la revision» des décisions du tribunal national de l'Etat de résidence concerné. Même dans les circonstances extrêmes de l'affaire *LaGrand* (Walter LaGrand ayant été exécuté par les Etats-Unis d'Amérique en violation directe de l'obligation expresse énoncée dans une ordonnance en indication de mesures conservatoires), elle s'est contentée de prescrire aux Etats-Unis d'Amérique de procéder à un «réexamen et [à une] revision» des décisions.

439. En la présente espèce, l'Inde ne devrait pas, au vu de déclarations de principe aussi claires, demander à la Cour d'exercer quelque fonction relevant d'une cour d'appel en matière criminelle ou d'accorder des remèdes tels que ceux que pourrait prescrire pareille juridiction, notamment en formulant des déclarations à l'effet d'annuler le verdict de culpabilité concernant le commandant Jadhav ou la peine prononcée contre celui-ci et en ordonnant de libérer, d'acquitter ou de transférer l'intéressé vers l'Inde.

440. De fait, l'Inde ne semble pas pouvoir ou vouloir expliquer en quoi ses demandes feraient de la Cour autre chose qu'une «cour d'appel» d'instances nationales, ce qui est pourtant tout à fait inadmissible et indéfendable.

126 Les modalités/conditions du «réexamen et [de] la revision»

441. Aux paragraphes 121 à 123 de l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 12, la Cour a indiqué ce qui suit [vol. 3, annexe 67] :

«121. De la même manière, dans la présente espèce, il s'agit de déterminer quelle serait la réparation adéquate des violations de l'article 36. Il ressort clairement des observations qui précèdent que les faits internationalement illicites des Etats-Unis consistent en ce que leurs autorités compétentes n'ont pas informé les ressortissants mexicains concernés, n'ont pas averti les postes consulaires mexicains et n'ont pas permis que le Mexique fournisse l'assistance consulaire. Par conséquent, le moyen de remédier à ces violations doit résider dans une obligation des Etats-Unis de permettre le réexamen et la revision du cas de ces ressortissants par les tribunaux américains, comme la Cour l'expliquera plus avant aux paragraphes 128 à 134 ci-dessous, en vue de déterminer si dans chaque cas la violation de l'article 36 commise par les autorités compétentes a en fait, dans le cours de l'administration de la justice pénale, causé un préjudice à l'intéressé.

122. La Cour réaffirme que l'affaire portée devant elle concerne l'article 36 de la convention de Vienne, et non le bien-fondé en soi de tout verdict de culpabilité rendu ou de toute peine prononcée. La question de savoir si les violations du paragraphe 1 de l'article 36 doivent être considérées comme ayant, dans l'enchaînement causal des événements, conduit finalement à des verdicts de culpabilité et à des peines sévères fait partie intégrante des procédures pénales devant les tribunaux des Etats-Unis et relève de l'appréciation de ces derniers dans le cadre du réexamen et de la revision. Ce faisant, il appartient aux tribunaux des Etats-Unis d'examiner les faits, et notamment le préjudice et ses causes, en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention.

123. *Il ne saurait être présumé que, comme l'affirme le Mexique, l'annulation partielle ou totale des verdicts de culpabilité et des peines constitue nécessairement le seul mode de réparation.* A cet égard, le Mexique cite l'arrêt rendu récemment par la Cour dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, dans lequel «la Cour a prescrit l'annulation d'un mandat d'arrêt qu'une autorité judiciaire belge avait délivré à l'encontre du ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo, au mépris de l'immunité internationale de l'intéressé». Toutefois, il faut distinguer clairement la présente affaire de celle du *Mandat d'arrêt*. Dans cette dernière, la question faisant l'objet du différend était celle de la licéité en droit international du fait même de l'émission, par les autorités judiciaires belges, du mandat d'arrêt contre le ministre congolais des affaires étrangères. La Cour ayant conclu que ce fait violait les règles du droit international relatives à l'immunité, la conséquence juridique adéquate était d'ordonner la mise à néant du mandat d'arrêt en question (C.I.J. Recueil 2002, p. 33). *Dans la présente affaire, en revanche, ce ne sont pas les verdicts de culpabilité rendus et les peines prononcées à l'encontre des ressortissants mexicains qui doivent être considérés comme une violation du droit international, mais uniquement certains manquements à des obligations conventionnelles qui les ont précédés.*» (Les italiques sont de nous.)

442. L'Inde tente de contourner ces principes en s'en prenant au système de justice militaire pakistanais dans le cadre duquel le commandant Jadhav a été jugé, déclaré coupable et condamné.

127

443. Or, pareille approche est totalement infondée et, avec tout le respect dû au demandeur, intrinsèquement vouée à l'échec.

Les spécialistes du droit militaire : le rapport Paphiti/Garraway

444. Le général de brigade (e.r.) Anthony Paphiti et le colonel (e.r.) Charles Garraway (CBE), éminents experts militaires britanniques, ont procédé à un examen de la pratique étatique relative aux tribunaux militaires sur la base d'un échantillon représentatif des lois et procédures en vigueur dans certains Etats Membres de l'ONU, notamment en ce qui concerne la base juridictionnelle et les procédures devant lesdits tribunaux [vol. 7, annexe 142]. S'étant penchés sur le cas de dix Etats, dont l'Inde, le Pakistan, les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni, ils sont parvenus aux conclusions suivantes :

- 444.1. Les tribunaux militaires pakistanais «reposent sur des bases législatives solides, qui constituent le socle juridique de leur compétence, de leur pratique et de leurs procédures» [vol. 7, annexe 142, p. vi, par. 3 b)] ;
- 444.2. Selon ces experts, «la compétence exercée par les tribunaux militaires pakistanais en matière d'espionnage (qui trouve sa source dans une loi de 1923, à l'époque de l'Inde britannique) n'est en soi ni abusive, ni injuste» [vol. 7, annexe 142, p. vii, par. 3 c)] ;
- 444.3. Le ««contrôle judiciaire» exercé par les tribunaux civils [pakistanais] semble pouvoir constituer une garantie efficace pour remédier aux défaillances manifestes en matière de procédure équitable» [vol. 7, annexe 142, p. vii, par. 3 d)] ;

445. Le rapport et les conclusions de ces experts sont tout à fait clairs, pertinents et convaincants.

446. Avec tout le respect dû au demandeur, les critiques qu'il a formulées à l'égard du système de justice militaire pakistanais apparaissent erronées et déplacées ; elles ne sauraient détourner l'attention des véritables questions que soulève la présente espèce (si telle est l'intention de l'Inde) et encore moins justifier le recours aux procédures de la Cour pour nuire à la réputation de la partie adverse.

447. Pour en revenir aux principes que la Cour n'a cessé de réaffirmer, elle a indiqué ce qui suit au paragraphe 128 de l'arrêt *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)* [vol. 3, annexe 67] :«128. ... Comme il a déjà été observé au paragraphe 120, la Cour a énoncé dans l'arrêt *LaGrand* le principe général à appliquer en l'occurrence pour réparer un préjudice de cette nature (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 513-514, par. 125).»

448. Le principe général ainsi énoncé par la Cour au paragraphe 125 de l'arrêt *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique, C.I.J. Recueil 2001, p. 466)* [vol. 3, annexe 73] est le suivant :

«125. ... La Cour estime à cet égard que, si les Etats-Unis, en dépit de l'engagement visé au paragraphe 124 ci-dessus, manquaient à leur obligation de notification consulaire au détriment des ressortissants allemands, des excuses ne suffiraient pas dans les cas où les intéressés auraient fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères. *Dans le cas d'une telle condamnation, les Etats-Unis devraient permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus*

128

par la convention. Cette obligation peut être mise en œuvre de diverses façons. Le choix des moyens doit revenir aux Etats-Unis.» (Les italiques sont de nous.)

449. C'est donc à l'Etat de résidence qu'il revient de choisir les moyens de procéder au réexamen et à la revision du verdict de culpabilité et de la peine prononcés à l'encontre de l'accusé.

450. Au paragraphe 131 de l'arrêt *Avena*, la Cour a défini plus précisément le «réexamen et [la] revision» du verdict de culpabilité et de la peine [vol. 3, annexe 67] :

«131. La Cour, en déclarant dans l'arrêt *LaGrand* que «les Etats-Unis d'Amérique devront, *en mettant en œuvre les moyens de leur choix*, permettre le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine» (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 516, par. 128, point 7) ; les italiques sont de la Cour), a reconnu qu'il fallait laisser aux Etats-Unis le soin de décider au premier chef des modalités concrètes de ce réexamen et de cette revision. Il convient de souligner, toutefois, que cette liberté quant au choix des moyens de réexamen et de revision comporte une restriction : ainsi qu'il est dit clairement dans le passage de l'arrêt qui vient d'être cité, ce réexamen et cette revision doivent se faire «en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention» (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 514, par. 125) y compris notamment sous l'angle des conséquences juridiques qu'a eues cette violation dans la suite de la procédure pénale.» (Les italiques sont dans l'original.)

451. Et la Cour d'ajouter ceci, aux paragraphes 138 à 140 [vol. 3, annexe 67] :

«138. La Cour soulignera que le «réexamen et [la] revision» qu'elle a prescrits dans l'affaire *LaGrand* doivent être *effectifs*. Ils doivent donc «ten[ir] compte de la violation des droits prévus par la convention (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 516, par. 128, point 7) et *garantir que ladite violation et le préjudice en résultant seront pleinement étudiés et pris en considération dans le processus de réexamen et de revision*. Enfin, ledit réexamen et ladite revision doivent porter à la fois sur la peine prononcée et sur le verdict de culpabilité rendu.

139. ... A cet égard, la Cour signalera que ce qui est crucial dans le processus de réexamen et de revision, c'est l'existence d'une procédure *garantissant qu'il sera accordé tout le poids voulu à la violation des droits définis dans la convention de Vienne, quelle que soit finalement l'issue de ce réexamen et de cette revision*.

140. Comme la Cour l'explique aux paragraphes 128 à 134 ci-dessus, chaque fois que la violation des droits individuels conférés à des ressortissants mexicains par l'alinéa b) du paragraphe 1) de l'article 36 de la convention se traduit, dans le déroulement des procédures judiciaires qui suivent, par une détention prolongée des individus en question ou par un verdict de culpabilité et par une condamnation à des peines sévères, il faut examiner les conséquences juridiques de ladite violation et les prendre en considération dans le cadre du réexamen et de la revision à opérer. *La Cour considère que c'est la procédure judiciaire qui est adaptée à cette tâche.»* (Les italiques sont de nous.)

129

452. Ainsi que cela sera exposé ci-après, le système judiciaire pakistanais est en mesure d'assumer la tâche de «réexamen et [de] revision».

453. En outre, s'il est vrai que les tribunaux internes sont les plus à même de procéder au «réexamen et [à la] revision», les procédures de recours en grâce ont elles aussi un rôle à jouer. A cet égard, la Cour a ajouté ce qui suit au paragraphe 143 de l'arrêt *Avena* [vol. 3, annexe 67] :

«143. ... La Cour considère néanmoins que *des procédures appropriées de recours en grâce peuvent compléter le réexamen et la revision judiciaires, notamment dans l'hypothèse où le système judiciaire n'aurait pas dûment tenu compte de la violation des droits prévus par la convention de Vienne*, comme dans le cas des trois ressortissants mexicains visés au paragraphe 114 ci-dessus.»

454. Ainsi que cela a été mentionné plus haut (et expliqué à plusieurs reprises à l'Inde, le plus récemment le 14 avril 2017 par le conseiller pour les affaires étrangères auprès du premier ministre pakistanais [vol. 2, annexe 23]), le commandant Jadhav, pour les avoir déjà invoquées, est parfaitement au courant des procédures de recours en grâce qui s'offrent à lui dans le système judiciaire pakistanais [vol. 2, annexe 35, p. 1-2].

455. Au paragraphe 47 de l'arrêt qu'elle a rendu sur la *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (C.I.J. Recueil 2009)*, la Cour a précisé comme suit la notion de «réexamen et de revision» [vol. 4, annexe 80] :

«47. Avant d'en venir aux demandes additionnelles formulées par le Mexique, la Cour fait observer que les considérations de droit interne qui ont, jusqu'à présent, empêché que soit honorée l'obligation incombant aux Etats-Unis, ne sauraient les en délier. Les Etats-Unis ont été laissés libres de recourir aux moyens de leur choix pour la mise en œuvre de cette obligation et, dans l'hypothèse où le moyen retenu ne permettrait pas d'atteindre le résultat escompté dans un délai raisonnable, ils doivent recourir promptement à d'autres moyens efficaces à cette fin.»

456. Dans cette affaire, un certain M. Medellín avait été exécuté par l'Etat du Texas en violation des mesures conservatoires indiquées par la Cour le 16 juillet 2008. Le Mexique soutenait que l'intéressé n'avait pas bénéficié, dans les conditions précisées dans l'arrêt *Avena* du 31 mars 2004, du «réexamen et [de] la revision» requis. Au paragraphe 52 de l'arrêt qu'elle a rendu sur la *Demande en interprétation*, la Cour s'est penchée sur ce point important [vol. 4, annexe 80] :

«52. M. Medellín a été exécuté dans l'Etat du Texas le 5 août 2008, après avoir présenté en vain un recours en habeas corpus et des demandes de sursis à exécution, et après qu'un sursis à exécution sollicité par la voie du recours en grâce lui eut été refusé. M. Medellín a été exécuté sans avoir pu bénéficier du réexamen et de la revision prévus aux paragraphes 138 à 141 de l'arrêt *Avena*, contrairement à ce qu'avait prescrit la Cour dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 16 juillet 2008.»

457. Et pourtant, même dans ces circonstances extrêmes, la Cour n'a pas fait droit à la demande du Mexique qui la priait d'ordonner aux Etats-Unis de fournir des garanties de non-répétition (pour des motifs tenant à la compétence), se contentant de déclarer, au paragraphe 60 [vol. 4, annexe 80] de son arrêt,

«60. [qu'elle] considér[ait] qu'il lui suffi[sait] de rappeler que l'arrêt qu'elle a[vait] rendu en l'affaire *Avena* rest[ait] obligatoire et que les Etats-Unis [étaient] toujours tenus de l'appliquer pleinement.»

458. Au vu de ce qui précède, le Pakistan soutient respectueusement :

- 458.1. que la Cour a toujours refusé de jouer le rôle d'une juridiction d'appel de verdicts de culpabilité ou de peines prononcés par des tribunaux pénaux internes (ce qui est précisément ce que l'Inde lui demande de faire en la présente espèce) ;
- 458.2. que la Cour n'a cessé de dire clairement que le remède approprié à une violation de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 était de prescrire à l'Etat de résidence de procéder à un «examen et [à] une revision» prenant pleinement en considération les conséquences de cette violation, et qu'il revenait aux organes judiciaires et non aux organes exécutifs de le faire :

Paragraphe 131 de l'arrêt *Avena* :

«131. [L]a Cour, en déclarant dans l'arrêt *LaGrand* que «les Etats-Unis d'Amérique devront, *en mettant en œuvre les moyens de leur choix*, permettre le réexamen et la revision du verdict de culpabilité et de la peine» (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 516, par. 128, point 7) ; les italiques sont de la Cour), a reconnu qu'il fallait laisser aux Etats-Unis le soin de décider au premier chef des modalités concrètes de ce réexamen et de cette revision. Il convient de souligner, toutefois, que cette liberté quant au choix des moyens de réexamen et de revision comporte une restriction : ainsi qu'il est dit clairement dans le passage de l'arrêt qui vient d'être cité, ce réexamen et cette revision doivent se faire «en tenant compte de la violation des droits prévus par la convention» (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 514, par. 125) y compris notamment sous l'angle des conséquences juridiques qu'a eues cette violation dans la suite de la procédure pénale» (les italiques sont de nous) [vol. 3, annexe 67].

Paragraphe 138 de l'arrêt *Avena* :

«138. La Cour soulignera que le «réexamen et [la] revision» qu'elle a prescrits dans l'affaire *LaGrand* doivent être *effectifs*. Ils doivent donc «ten[ir] compte de la violation des droits prévus par la convention (*C.I.J. Recueil 2001*, p. 516, par. 128, point 7) et *garantir que ladite violation et le préjudice en résultant seront pleinement étudiés et pris en considération dans le processus de réexamen et de revision*. Enfin, ledit réexamen et ladite revision doivent porter à la fois sur la peine prononcée et sur le verdict de culpabilité rendu.» [vol. 3, annexe 67] ;

131

- 458.3 que, nonobstant ce qui précède, la Cour a en outre clairement indiqué que des procédures appropriées de recours en grâce pouvaient compléter le «réexamen et la revision» judiciaires.

Le commandant Jadhav a accès aux procédures pakistanaises de recours en grâce et il en fait usage

459. Le 14 avril 2017, dans sa déclaration à la presse, le conseiller a précisé que le commandant Jadhav avait le droit d'interjeter appel, auprès d'une cour prévue à cet effet et dans un délai de 40 jours, de la déclaration de culpabilité et de la peine prononcées à son encontre. Il a ensuite indiqué expressément que l'intéressé était libre d'«adresser une demande de grâce au chef d'état-major de l'armée pakistanaise dans un délai de 60 jours à compter de la décision rendue par la cour d'appel», puis, le cas échéant, d'«adresser une demande de grâce au président du Pakistan dans un délai de 90 jours à compter de la décision du chef d'état-major de l'armée pakistanaise» [vol. 2, annexe 23, p. 2-3].

460. L'article 133B de la loi militaire pakistanaise de 1952 se lit comme suit [vol. 5, annexe 105] :

«1) Toute personne condamnée par une cour martiale à la peine de mort, à la réclusion à perpétuité, à une peine d'emprisonnement de plus de trois mois ou à la révocation après l'entrée en vigueur de la loi de 1992 portant modification de la loi militaire pakistanaise de 1952 peut, dans les 40 jours suivant la date de la publication du verdict, du prononcé de la sanction ou de la promulgation de la loi, la date la plus rapprochée étant retenue, interjeter appel contre le verdict ou la sanction devant une cour d'appel constituée du chef d'état-major de l'armée ou d'un ou de plusieurs officiers désignés par lui à cet effet et présidée par un officier ayant au moins le grade de général de brigade dans le cas d'une cour martiale générale ou d'une cour martiale générale de campagne mise sur pied ou confirmée ou approuvée par un officier ayant le grade de général de brigade ou un grade inférieur, selon le cas, et un ou plusieurs officiers. Elle est présidée par un officier ayant au moins le grade de général de division dans les autres cas et est dénommée ci-après «cour d'appel».

Il est cependant entendu que lorsque la sanction est prononcée par la cour martiale en application d'une loi islamique, l'officier ou les officiers ainsi désignés doivent être musulmans.

Il est également entendu que les audiences de chaque cour d'appel peuvent se tenir avec la participation d'un juge-avocat qui doit être un officier appartenant aux services du juge-avocat général de l'armée pakistanaise ou, si aucun officier remplissant cette condition n'est disponible, une personne désignée par le chef d'état-major de l'armée.

2) La cour d'appel est habilitée à :

- a) accueillir ou rejeter l'appel en tout ou en partie ;
- b) substituer un verdict ou une sanction valables à un verdict ou une sanction non valables ;
- c) convoquer des témoins ordinaires si elle le juge opportun dans le but de recueillir des éléments de preuve supplémentaires en présence des parties, à charge pour elle de donner à celles-ci la possibilité de poser toute sorte de questions au témoin ;
- d) infirmer l'arrêt rendu par la cour martiale comme contraire à la loi ou injuste ;
- e) ordonner que la personne poursuivie soit à nouveau jugée par une autre juridiction ;
- f) de remettre la peine en tout ou partie, de la réduire ou de l'alourdir, ou de la commuer en toutes peines ou peines moindres mentionnées dans la présente loi.

132

3) La décision de la cour d'appel est définitive et insusceptible de recours devant une autre juridiction ou une autre autorité.»

461. L'article 143 de la loi militaire pakistanaise de 1952 est ainsi libellé [vol. 5, annexe 106] :

- «1) Lorsqu'une personne soumise à la présente loi a été reconnue coupable d'un quelconque délit ou infraction par une cour martiale, le gouvernement fédéral, le chef d'état-major de l'armée ou tout officier ayant au moins le rang de général de brigade et habilité à cet effet par le chef d'état-major de l'armée peut
- i) gracier la personne condamnée ou remettre en tout ou partie la peine prononcée à son encontre, sans fixer de conditions ou moyennant des conditions acceptées par l'intéressé ; ou
 - ii) réduire la peine prononcée ou la commuer en toutes peine ou peines moindres mentionnées dans la présente loi :

Etant entendu qu'une peine d'emprisonnement rigoureux ne saurait être commuée en une peine de détention d'une durée supérieure à celle de la peine d'emprisonnement rigoureux prononcée par la Cour ;

Etant également entendu qu'une personne contre laquelle une peine de *hadd* a été prononcée en application d'une loi islamique ne saurait être graciée, et qu'aucune peine de ce type ne saurait être allégée, remise ou commuée en toutes peine ou peines moindres, autrement que conformément à la loi en question.

- 2) Si toute condition moyennant laquelle une personne a été graciée ou a bénéficié d'une remise de peine n'est, de l'avis de l'autorité qui a accordé la grâce ou remis la peine, pas remplie, cette autorité peut annuler la grâce ou la remise, la peine prononcée étant alors appliquée comme s'il n'y avait pas eu grâce ou remise :

Etant entendu que toute personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité, à une peine d'emprisonnement rigoureux ou à une détention ne purge que la partie non expirée de sa peine.

- 3) Lorsque, en application des dispositions du paragraphe 5 de l'article 62, un sous-officier est réputé rétrogradé, cette rétrogradation est, aux fins du présent article, considérée comme une peine prononcée par sentence d'une cour martiale.»

462. L'article 45 de la Constitution pakistanaise de 1973 se lit comme suit [vol. 5, annexe 107] :

«Le président est habilité à accorder la grâce, le sursis à exécution et des délais ainsi qu'à remettre, suspendre ou commuer toute peine prononcée par une cour, un tribunal ou une autre autorité.»

133

463. A la lumière de ce qui précède, le Pakistan fait respectueusement valoir que son cadre législatif et constitutionnel prévoit des procédures de recours en grâce qui complètent de manière appropriée les procédures judiciaires de «réexamen et [de] revision», lesquelles seront traitées plus en détail ci-après.

Le «réexamen et la revision» par les autorités judiciaires pakistanaises

464. Comme la Cour l'a établi dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Avena* (tel qu'exposé plus haut), des procédures appropriées de recours en grâce peuvent «compléter» le réexamen et la revision judiciaires.

465. Le Pakistan soutient qu'il existe dans son droit interne une procédure bien établie et définie, suivant laquelle les juridictions civiles ont compétence pour procéder à un réexamen effectif des décisions rendues par les tribunaux constituant le système de justice militaire pakistanais.

466. En l'affaire *District Bar Association, Rawalpindi & ors v. Federation of Pakistan & ors* (PLD 2015 SC 401), la Cour suprême du Pakistan s'est penchée attentivement sur la jurisprudence pakistanaise relative à la compétence en matière de réexamen judiciaire conférée aux juridictions civiles par l'article 199 de la Constitution de 1973 en ce qui concerne les procès conduits devant une cour martiale générale conformément à la loi militaire pakistanaise de 1952 telle que modifiée par la loi militaire pakistanaise de 2015, ainsi que sur les verdicts de culpabilité et les peines prononcés dans ce cadre. Au terme de cet examen, la Cour suprême a conclu ce qui suit au paragraphe 171 (tel que cité en l'affaire *Zaman* [vol. 4, annexe 81, p. 37]) :

«171. Au vu de ce qui précède, il ne saurait y avoir le moindre doute sur le fait qu'il est bien établi en droit que toute ordonnance ou condamnation prononcée par une cour martiale ou d'autres instances conformément à la loi ... pakistanaise de 1952, telle que modifiée par la loi militaire pakistanaise de 2015, est soumise au réexamen judiciaire des Hautes Cours ainsi que de la présente Cour, notamment pour les motifs suivants : *coram non judice*, incompétence ou mauvaise foi, intention implicite de nuire comprise. Cela vaudrait également pour toute décision désignant une cour martiale ou renvoyant une affaire devant une telle juridiction.»

467. Selon la plus haute instance du système pakistanais de justice civile, il est donc incontestable que les juridictions civiles ont compétence pour réexaminer les décisions émanant du système de tribunaux militaires du Pakistan ; les motifs de contestation recevables sont en outre clairement énoncés : i) *coram non judice* ; ii) incompétence ; iii) mauvaise foi ; et iv) intention implicite de nuire.

468. Chacun des motifs précités a été examiné par la Cour suprême du Pakistan aux paragraphes 90-93 de la décision qu'elle a rendue plus récemment en l'affaire *Said Zaman Khan v. Federation of Pakistan through Secretary Ministry of Defence, Government of Pakistan* (demande civile n° 842 de 2016), dans laquelle elle s'est notamment penchée sur l'«étendue et les contours de la compétence en matière de réexamen judiciaire que l'article 199 de la Constitution confère aux éminentes Hautes Cours sur de telles questions» (par. 72) [vol. 4, annexe 81, p. 31]. Dans cette affaire, la Cour suprême était saisie de seize demandes de réexamen judiciaire de verdicts de culpabilité ou de condamnations prononcés par des tribunaux militaires.

134

469. Au paragraphe 93, la Cour suprême a dit ceci [vol. 4, annexe 81, p. 51-52] :

«93. Il est aujourd'hui bien établi en droit, comme cela ressort clairement des arrêts de la présente Cour mentionnés et reproduits plus haut, que les pouvoirs, conférés par l'article 199 de la Constitution de 1973 de la République islamique du Pakistan, de procéder à un réexamen judiciaire de verdicts de culpabilité et de condamnations prononcés par une cour martiale générale ne sont pas identiques, d'un point de vue juridique, aux pouvoirs d'une cour d'appel. Les éléments de preuve produits ne peuvent être analysés en détail pour écarter toute conclusion plausible ou probable à laquelle est parvenue la cour martiale générale, non plus que la Haute Cour ne peut s'aventurer dans la sphère du «fond» de l'affaire. Il lui est cependant toujours possible de s'assurer qu'il n'y a pas absence ou insuffisance de preuves, ni incompétence.»

470. En outre, la Cour suprême a précisé ce qui suit en l'affaire *Zaman* :

«103. La nature et l'étendue du pouvoir de procéder à un réexamen judiciaire dans des questions découlant d'une mesure prise conformément à la loi militaire pakistanaise de 1952 ont été largement définis par la présente Cour dans ses différents arrêts susmentionnés. Il est désormais clair que ni la Haute Cour ni elle-même ne peut statuer en recours sur les conclusions de la cour martiale générale, ni se livrer à une analyse des éléments de preuve présentés devant cette dernière ou s'attarder sur le «fond» de l'affaire. Nous avons cependant rapidement parcouru les preuves produites dans l'affaire en cause et la procédure conduite par la cour martiale générale. L'intéressé a plaidé coupable des charges retenues contre lui, plaider qui a été transformé en non coupable par l'application du droit. L'accusé était passé aux aveux devant un éminent magistrat de l'ordre judiciaire, qui les a recueillis en tant qu'élément de preuve et a témoigné. L'intéressé n'est jamais revenu sur ces aveux. D'autres preuves pertinentes, y compris des dépositions de témoins oculaires, ont également été produites. Les témoins à charge ont fait leurs déclarations sous serment et ont été soumis à un contre-interrogatoire par l'avocat de la défense. La possibilité de produire des éléments de preuve à décharge a été accordée, mais a été refusée. L'accusé a été autorisé à s'adresser à la Cour et a fait une déclaration dans laquelle il a de nouveau avoué sa culpabilité. Dès lors, il ne nous est pas possible de conclure à une absence ou insuffisance de preuves, et l'on ne saurait pas davantage considérer les conclusions auxquelles la cour martiale générale est parvenue comme manifestement déraisonnables ou tout à fait improbables.

104. La lecture du dossier de la cour martiale générale fait apparaître qu'il a été satisfait aux règles pertinentes visant à garantir un procès équitable et protéger les droits du détenu. Le résumé des éléments de preuve a été établi et présenté à la cour martiale générale, comme cela ressort du dossier de procédure. Un interprète a été désigné avec le consentement de l'accusé conformément à la règle 91 du règlement relatif à la loi militaire pakistanaise de 1954. La nature de l'infraction dont le détenu était accusé lui a été expliquée, tout comme la peine qu'il encourait, ainsi que le prescrit la règle 95. L'intéressé s'est vu accorder la possibilité de préparer sa défense et d'engager un avocat de la défense civile, s'il le souhaitait, conformément aux règles 23 et 24. Après qu'il eut renoncé à l'exercice de ce droit, un avocat a été commis pour le défendre en application de la règle 81. L'intéressé a eu la possibilité de s'opposer à la constitution de la cour martiale générale, au procureur ainsi qu'à l'avocat de la défense, conformément à l'article 104 et à la règle 35 ; il n'a soulevé aucune objection à cet égard. Les membres de la cour martiale générale, le procureur, l'avocat de la défense et l'interprète ont dûment prêté serment, comme le prescrivent les règles 36 et 37. Le chef d'accusation a été officiellement formulé et, incidemment, le détenu a plaidé coupable. Cet élément de preuve a été recueilli sous serment. La cour martiale générale a accordé la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire, dont il n'a pas été fait usage, ainsi que celle de produire des éléments de preuve à décharge en vertu de la règle 142, qui a été déclinée. L'intéressé a par ailleurs été autorisé à faire consigner sa propre déclaration et à s'adresser à la Cour conformément à la règle 143, ce qu'il a fait en admettant sa culpabilité. La sentence a été prononcée, et a été ensuite confirmée conformément à l'article 130, et l'appel interjeté a été rejeté par l'autorité compétente. Il apparaît que les dispositions de la loi militaire pakistanaise et du règlement établi en conséquence applicables au procès à l'examen n'ont pas été violées. Même dans le cas contraire, les éventuels défauts de procédure ne pourraient vicier le procès au vu de la règle 132 du règlement relatif à la loi militaire pakistanaise de 1954 ; la Haute Cour n'avait pas non plus compétence pour aborder le domaine des irrégularités de procédure au vu du jugement, désigné *Mrs. Shahida Zahir Abbasi and 4 others* (voir ci-dessus), *a fortiori* parce qu'il ne semble pas qu'un préjudice ait été causé à l'accusé et que l'avocat de la défense n'a

pas relevé, ni particulièrement fait valoir, devant la Haute Cour que l'intéressé ait subi pareil préjudice.» (Les italiques sont dans l'original.) [Vol. 4, annexe 81, p. 59-62.]

471. En conséquence, le Pakistan soutient respectueusement que, étant donné que son système judiciaire interne prévoit une procédure bien établie et définie habilitant les juridictions civiles à se livrer à un réexamen approfondi des décisions rendues par les tribunaux militaires pakistanais afin de s'assurer que l'accusé a bénéficié de l'équité procédurale, les juridictions pakistanaises sont, comme la Cour l'a exigé en l'affaire *Avena*, parfaitement à même de procéder à un «réexamen et [à une] revision» qui tiennent pleinement compte de l'effet de toute violation de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963 que la Cour pourrait considérer comme ayant été commise par le Pakistan en la présente espèce.

472. Qui plus est, le système judiciaire pakistanais prévoit des procédures appropriées de recours en grâce (dont le commandant Jadhav fait déjà usage [vol. 2, annexe 35, p. 1-2]).

473. Enfin, et sans préjudice de l'un quelconque de ses autres arguments, le Pakistan fait respectueusement valoir que, si la Cour estimait que l'Inde avait droit à quelque remède en la présente espèce, le remède approprié, conformément aux décisions rendues antérieurement par la Cour dans des affaires relatives à la peine de mort ou à la communication entre les autorités consulaires et les ressortissants de l'Etat d'envoi, serait un «réexamen et [une] revision» effectifs tenant compte des effets potentiels de toute violation de l'article 36 de la convention de Vienne de 1963. Comme cela a été indiqué au paragraphe 467 ci-dessus, la jurisprudence pakistanaise énonce clairement les motifs permettant de contester une décision : i) *coram non judge* ; ii) incompetence ; iii) mauvaise foi ; et iv) intention implicite de nuire.

474. Aller plus loin, soit dit respectueusement, outrepasserait les fonctions légitimes de la Cour, ainsi que celle-ci n'a eu de cesse de le relever dans sa jurisprudence.

136

VIII. CONCLUSIONS

475. Pour les motifs exposés dans le présent contre-mémoire, le Pakistan prie la Cour de dire et juger que les demandes de l'Inde, telles que celle-ci les a présentées dans sa requête et son mémoire, sont rejetées.

476. Le Pakistan se réserve le droit de compléter ou de modifier les présentes conclusions.

Le 13 décembre 2017.

Le conseil de la République islamique du Pakistan,
(Signé) M. Khawar QURESHI, QC.

137

J'ai l'honneur, au nom de la République islamique du Pakistan, de déposer le présent contre-mémoire ainsi que les documents y annexés.

L'agent de la République islamique du Pakistan,
(*Signé*) M. Ali ASHTAR AUSAF.

CERTIFICATION

J'ai l'honneur de certifier que les documents annexés au présent contre-mémoire sont des copies conformes des originaux.

Le coagent de la République islamique du Pakistan,
(*Signé*) M. Mohammad FAISAL.

LISTE DES ANNEXES

VOLUME 1 (ANNEXES 1-10)

INTRODUCTION DE L'INSTANCE

- Annexe 1 Lettre en date du 8 mai 2017 adressée au greffier par le *Joint Secretary* du ministère des affaires étrangères de la République de l'Inde. Dépôt d'une requête contre la République islamique du Pakistan et d'une demande en indication de mesures conservatoires
- Annexe 2 Lettre en date du 8 mai 2017 adressée à l'ambassadeur de la République islamique du Pakistan aux Pays-Bas par le greffier

PHASE RELATIVE AUX MESURES CONSERVATOIRES

- Annexe 3 Lettre en date du 9 mai 2017 adressée au premier ministre de la République islamique du Pakistan par le président de la Cour
- Annexe 4 Conclusions sommaires présentées au nom de la République islamique du Pakistan à l'audience du 15 mai 2017
- Annexe 5.1 *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, compte rendu de l'audience du 15 mai 2017 relatives aux exceptions préliminaires, plaidoiries de l'Inde, CR 2017/5. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour, dans le dossier de l'affaire, sous la rubrique «Procédure orale».
- Annexe 5.2 *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, compte rendu de l'audience du 15 mai 2017 relative aux exceptions préliminaires, plaidoiries du Pakistan, CR 2017/6. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour, dans le dossier de l'affaire, sous la rubrique «Procédure orale».
- Annexe 6 *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, mesures conservatoires, ordonnance du 18 mai 2017, *C.I.J. Recueil 2017*, p. 231. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour, dans le dossier de l'affaire, sous l'onglet «Ordonnances».
- Annexe 7 *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, mesures conservatoires, ordonnance du 18 mai 2017, *C.I.J. Recueil 2017*, opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, p. 247. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour, dans le dossier de l'affaire, sous la rubrique «Ordonnances».
- Annexe 8 *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, mesures conservatoires, ordonnance du 18 mai 2017, *C.I.J. Recueil 2017*, déclaration de M. le juge Bandhari, p. 260. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour, dans le dossier de l'affaire, sous la rubrique «Ordonnances».
- Annexe 9 Lettre en date du 8 juin 2017 adressée au greffier par le coagent du Pakistan

ORDONNANCE DE PROCÉDURE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

- Annexe 10 *Jadhav (Inde c. Pakistan)*, ordonnance du 13 juin 2017, *C.I.J. Recueil 2017*. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour, dans le dossier de l'affaire, sous la rubrique «Ordonnances».

**VOLUME 2
(ANNEXES 11-44)**

CONTEXTE FACTUEL

Notification émanant du Pakistan

- Annexe 11 Lettre de protestation en date du 25 mars 2016 adressée au haut-commissaire de l'Inde par le *Foreign Secretary* du Pakistan
- Annexe 12 Document d'information adressé aux cinq membres permanents du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies (plus l'Allemagne) par le ministère des affaires étrangères du Pakistan, 25 mars 2016

**Demandes de l'Inde visant à pouvoir communiquer avec son ressortissant
par l'entremise de ses autorités consulaires**

- Annexe 13.1 Note verbale en date du 25 mars 2016 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.2 Note verbale en date du 30 mars 2016 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.3 Note verbale en date du 6 mai 2016 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.4 Note verbale en date du 10 juin 2016 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.5 Note verbale en date du 11 juillet 2016 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.6 Note verbale en date du 26 juillet 2016 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.7 Note verbale en date du 22 août 2016 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.8 Note verbale en date du 3 novembre 2016 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.9 Note verbale en date du 19 décembre 2016 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.10 Note verbale en date du 3 février 2017 adressée au haut-commissariat de la République islamique du Pakistan à New Delhi par le ministère des affaires étrangères de l'Inde
- Annexe 13.11 Note verbale en date du 3 mars [2017] adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan

- Annexe 13.12 Note verbale en date du 31 mars [2017] adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.13 Note verbale en date du 10 avril 2017 adressée au haut-commissariat de la République islamique du Pakistan à New Delhi par le ministère des affaires étrangères de l'Inde
- Annexe 13.14 Note verbale en date du 14 avril 2017 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.15 Note verbale en date du 19 avril 2017 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.16 Note verbale en date du 26 avril 2017 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.17 Note verbale en date du 24 juillet 2017 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.18 Note verbale en date du 20 septembre 2017 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan
- Annexe 13.19 Note verbale en date du 9 octobre 2017 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de l'Inde au Pakistan

Autre notification et réponse du Pakistan

- Annexe 14 Note verbale en date du 21 mars 2017 adressée au haut-commissariat de la République de l'Inde à Islamabad par le ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan
- Annexe 15 Lettre en date du 2 janvier 2017 adressée au Secrétaire général des Nations Unies par S. E. Sartaj Aziz
- Annexe 16 Le Pakistan informe les représentants des pays arabes et des Etats membres de l'ASEAN des activités de la RWA indienne (15 avril 2016).

Enquête/procédure pénale

- Annexe 17 Note verbale en date du 23 janvier 2017 adressée au haut-commissariat de l'Inde à Islamabad par le ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan *[extrait]*
- Annexe 18 Dépliant du *Commonwealth Human Rights Initiative* relatif aux *First Information Reports* [N.B. il s'agit d'un rapport établi par un institut indien expliquant les FIR indiens. Les régimes des FIR nous paraissent largement semblables en Inde et au Pakistan.]

Condamnation/peine

- Annexe 19 Note verbale en date du 10 avril 2017 adressée au haut-commissariat de la République de l'Inde à Islamabad par le ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan

- Annexe 20 Communiqué de presse du bureau des relations publiques de l'armée pakistanaise en date du 10 avril 2017
- Annexe 21 S. Exc. Mme Sushma Swaraj déclare le 11 avril 2017 devant la Rajya Sabha (la chambre haute du Parlement indien) que l'Inde considérera l'exécution comme un «meurtre avec préméditation» [extrait].
- Annexe 22 Point de presse hebdomadaire du porte-parole officiel du ministère indien des affaires étrangères en date du 13 avril 2017
- Annexe 23 Déclaration à la presse de M. Sartaj Aziz, conseiller pour les affaires étrangères auprès du premier ministre du Pakistan, en date du 14 avril 2017
- Annexe 24 Traduction fournie par l'Inde d'un extrait d'article paru dans le journal *Jehan* le 18 avril 2017 [extrait]
- Annexe 25 17/04/2017 - Procès-verbal officiel de la déclaration faite par le général de division Ghafoor à la date à laquelle il est fait référence dans la traduction de l'article du *Jehan*
- Annexe 26 Le 18 avril 2017, S. Exc. Mme Sushma Swaraj aurait déclaré que Jadhav ne pouvait pas être un espion puisqu'il était en possession d'un visa indien valable.
- Annexe 27 Conférence de presse du porte-parole du ministère des affaires étrangères du Pakistan en date du 20 avril 2017 [extraits]
- Annexe 28 Article de Karan Thapar paru le 21 avril 2017 dans l'*Indian Express*
- Annexe 29 Page Wikipedia de M. Karan Thapar
- Annexe 30 Site Internet de l'Institut indien des études sur la paix et les conflits (Institute of Peace and Conflict Studies) présentant la biographie de M. Amarjit Singh Dulat
- Annexe 31 Lettre en date du 27 avril 2017 adressée à S. Exc. M. Sartaj Aziz, conseiller pour les affaires étrangères auprès du premier ministre du Pakistan, par S. Exc. Mme Sushma Swaraj, ministre des affaires étrangères de l'Inde
- Annexe 32 Article paru le 27 avril 2017 dans le *New Indian Express* et concernant la déclaration des «spécialistes des questions de défense» de l'Inde, Seghal et Agha, selon laquelle le commandant Jadhav est «déjà mort»
- Annexe 33 Note verbale en date du 19 juin 2017 adressée au haut-commissariat de la République islamique du Pakistan à New Delhi par le ministère des affaires étrangères de l'Inde, dans laquelle celui-ci prétendait retourner la demande d'entraide judiciaire
- Annexe 34 Entretien accordé le 20 juin 2017 par le haut-commissariat de la République islamique du Pakistan à New Delhi : le commandant Jadhav a la possibilité de présenter une demande de grâce.
- Annexe 35 Communiqué de presse du service interarmées des relations publiques en date du 22 juin 2017
- Annexe 36 Article paru le 17 juillet 2017 dans l'*Indian Express* au sujet des «spécialistes des questions de défense» de l'Inde qui accusent le Pakistan d'«essayer ... de duper» la Cour.
- Annexe 37 Notice biographique du «spécialiste des questions de défense» de l'Inde, Praful Bakshi
- Annexe 38 Lettre du Pakistan en date du 11 octobre 2017 notifiant à la Cour son intention de désigner M. Jillani pour siéger en qualité de juge *ad hoc*

- Annexe 39 Lettre en date du 6 novembre 2017 par laquelle le greffier indique au Pakistan que l'Inde ne s'oppose pas à ce que M. Jillani siège en qualité de juge *ad hoc*
- Annexe 40 Note verbale en date du 10 novembre 2017 adressée au haut-commissariat de la République de l'Inde à Islamabad par le ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan concernant la possibilité pour l'épouse du commandant Jadhav de rendre visite à ce dernier
- Annexe 41 Note verbale en date du 13 novembre 2017 adressée au ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan par le haut-commissariat de la République de l'Inde à Islamabad concernant la possibilité pour l'épouse du commandant Jadhav de rendre visite à ce dernier

Lettres relatives à la question du passeport adressées au ministère des affaires étrangères de l'Inde par le ministère des affaires étrangères du Pakistan

- Annexe 42 Note verbale en date du 31 mai 2017 adressée au haut-commissariat de la République de l'Inde à Islamabad par le ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan
- Annexe 43 Note verbale en date du 30 août 2017 adressée au haut-commissariat de la République de l'Inde à Islamabad par le ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan *[extrait]*
- Annexe 44 Note verbale en date du 26 octobre 2017 adressée au haut-commissariat de la République de l'Inde à Islamabad par le ministère des affaires étrangères de la République islamique du Pakistan

**VOLUME 3
(ANNEXES 45-74)**

SOURCES FAISANT AUTORITÉ

Jurisprudence de la Cour

- Annexe 45 *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, compte rendu de l'audience publique tenue le 19 juin 2008 à 15 heures, CR 2008/15, p. 47, par. 7. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour, dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Procédure orale».
- Annexe 46 *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, compte rendu de l'audience publique tenue le 10 mars 2016 à 10 heures, CR 2016/4, p. 21, par. 9. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour, dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Procédure orale».
- Annexe 47 *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, compte rendu de l'audience publique tenue le 16 mars 2016 à 10 heures, CR 2016/8, p. 17, par. 13. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour, dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Procédure orale».
- Annexe 48 *Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, opinion individuelle de M. le juge Lauterpacht, p. 53. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Arrêts».

- Annexe 49 *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, compte rendu de l'audience publique tenue le 1^{er} mai 1996 à 10 heures, CR 1996/8, p. 70. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Procédure orale».
- Annexe 50 *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, déclaration de M. le juge Keith, par. 5. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Arrêts».
- Annexe 51 *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I. série A n° 24*, p. 12. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour sous l'onglet «Cour permanente de Justice internationale».
- Annexe 52 *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46*, p. 167. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour sous l'onglet «Cour permanente de Justice internationale».
- Annexe 53 *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 77*, opinion individuelle de M. le juge Anzilotti, p. 97-98. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour sous l'onglet «Cour permanente de Justice internationale».
- Annexe 54 *Conditions de l'admission d'un Etat comme Membre des Nations Unies (article 4 de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1947-1948*, opinion individuelle de M. le juge Azevedo, p. 80. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Avis consultatifs».
- Annexe 55 *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955*, opinion dissidente de M. le juge Klaestad, p. 31-32. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Arrêts».
- Annexe 56 *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955*, opinion dissidente de M. le juge Read, p. 37-38. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Arrêts».
- Annexe 57 *Epanrages aériens d'herbicides (Equateur c. Colombie)*, réplique de l'Equateur en date du 31 janvier 2011, par. 7.51. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Procédure écrite» [en anglais seulement].
- Annexe 58 *Usine de Chorzów, compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9*, p. 31. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour sous l'onglet «Cour permanente de Justice internationale».
- Annexe 59 *Statut juridique du Groënland oriental, arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B n° 53*, opinion dissidente de M. le juge Anzilotti, p. 95. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour sous l'onglet «Cour permanente de Justice internationale».
- Annexe 60 *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, opinion dissidente de M. le juge Schwebel, par. 268-272. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Arrêts».

- Annexe 61 *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Canada)*, compte rendu de l'audience publique tenue le 10 mai 1999 à 16 h 15, CR 1999/14, p. 17, par. 5. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Procédure orale».
- Annexe 62 *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Canada)*, compte rendu de l'audience publique tenue le 12 mai 1999 à 15 h 20, CR 1999/27, p. 6. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Procédure orale».
- Annexe 63 *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Royaume-Uni)*, compte rendu de l'audience publique tenue le 11 mai 1999 à 15 heures, CR 1999/23, par. 24. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Procédure orale».
- Annexe 64 *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Etats-Unis d'Amérique)*, compte rendu de l'audience publique tenue le 11 mai 1999 à 16 h 30, CR 1999/24, par. 3.17-3.18. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Procédure orale».
- Annexe 65 *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I)*, opinion individuelle de M. le juge Elaraby, par. 3.1. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Avis consultatifs».
- Annexe 66 *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2003, par. 27-30. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Arrêts».
- Annexe 67 *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 12. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Arrêts».
- Annexe 68 *Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour sous l'onglet «Cour permanente de Justice internationale».
- Annexe 69 *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, requête introductive d'instance du 3 avril 1998. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Introduction de l'instance».
- Annexe 70 *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. 248. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Ordonnances».
- Annexe 71 *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 10 novembre 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 426. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Ordonnances».
- Annexe 72 *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999 (I), p. 9. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Ordonnances».
- Annexe 73 *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 466. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Arrêts».

- Annexe 74 *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, mémoire du Mexique en date du 20 juin 2003. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Procédure écrite» [en anglais seulement].

VOLUME 4
(ANNEXES 75-81)

- Annexe 75 *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 5 février 2003, C.I.J. Recueil 2003, p. 77. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Ordonnances».
- Annexe 76 *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. Etats-Unis d'Amérique)*, compte rendu de l'audience publique tenue le 7 avril 1998 à 10 heures, CR 1998/7, par. 2.18. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Procédure orale».
- Annexe 77 *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), opinion individuelle de M. le juge Cançado Trindade, par. 52. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Arrêts».
- Annexe 78 *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, requête introductive d'instance en date du 2 mars 1999, par. 15. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Introduction de l'instance».
- Annexe 79 *LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mémoire de la République fédérale d'Allemagne en date du 16 septembre 1999, par. 7.02. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Procédure écrite».
- Annexe 80 *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, par. 47. Peut être consulté sur le site Internet de la Cour dans le dossier de l'affaire susmentionnée, sous la rubrique «Arrêts».
- Annexe 81 *Said Zaman Khan v Pakistan (Civil Petition No. 842 of 2016)*, décision de la Cour suprême du Pakistan rendue le 29 août 2016 [extraits]

VOLUME 5
(ANNEXES 82-121)

Traités/lois/résolutions de l'Organisation des Nations Unies

- Annexe 82 Articles 154 et 164 du code de procédure pénale pakistanais de 1898 [extrait]
- Annexe 83 Article 59 de la loi militaire pakistanaise de 1952 [extrait]
- Annexe 84 Article 3 de la loi sur les secrets d'Etat de 1923 [extrait]
- Annexe 85 Loi de l'Inde de 1967 sur les passeports
- Annexe 86 Réglementation de l'Inde de 1980 sur les passeports

- Annexe 87 Protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends de 1963
- Annexe 88 Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963
- Annexe 89 Résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité
- Annexe 90 *Annuaire de la Commission du droit international* (1957), vol. 1, p. 169, par. 16
- Annexe 91 *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires*, vol. 1, p. 3, par. 22
- Annexe 92 Sir Arthur Watts QC, *The International Law Commission 1949-1998* (1999), vol. I, p. 273-274
- Annexe 93 *Annuaire de la Commission du droit international* (1960), vol. I, p. 61-64
- Annexe 94 *Annuaire de la Commission du droit international* (1961), vol. I, p. 304-305, par. 71-73
- Annexe 95 *Annuaire de la Commission du droit international* (1961), vol. II, p. 64-65
- Annexe 96 *Annuaire de la Commission du droit international* (1961), vol. II, p. 146
- Annexe 97 *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les relations consulaires*, vol. I, p. 365, par. 8-9
- Annexe 98 Loi britannique de 1984 sur la police et l'administration de la preuve pénale, Code C, par. 7
- Annexe 99 Loi irlandaise de 1984 sur le système de justice pénale (traitement des personnes détenues dans les postes de la Garda Síochána), règlement de 1987, art. 14, par. 4
- Annexe 100 Quatrième convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, art. 5
- Annexe 101 Sir Arthur Watts QC, *The International Law Commission 1949-1998* (1999), vol. I, p. 298-299
- Annexe 102 Article 2 de la Charte des Nations Unies
- Annexe 103 Articles 30, 31 et 41 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969
- Annexe 104 Article 102 de la Charte des Nations Unies
- Annexe 105 Loi militaire pakistanaise de 1952, art. 133B
- Annexe 106 Loi militaire pakistanaise de 1952, art. 143
- Annexe 107 Constitution de la République islamique du Pakistan de 1973, art.45

Doctrine

- Annexe 108 Robert Kolb, «General principles of procedural law» dans A. Zimmerman, K. Oellers-Fram, C. Tomushat et C. J. Tams (dir. publ.), «The statute of the International Court of Justice: A Commentary» (2012), p. 904
- Annexe 109 Robert Kolb, «Good Faith in International Law» (2017), p. 133-134
- Annexe 110 Sixième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, Rapporteur spécial, Nations Unies, doc. A/CN.4/546 du 11 août 2004
- Annexe 111 Adam I. Muchmore, *Passports and Nationality in International Law*, 10 U.C. Davis J. Int' L. & Pol'y 301, 2004
- Annexe 112.1 Luke T. Lee & John B. Quigley, *Consular Law and Practice* (1^{ère} éd., 1961) p. 116-134

- Annexe 112.2 Luke T. Lee & John B. Quigley, *Consular Law and Practice* (1^{ère} éd., 1961) p. 175-176
- Annexe 113 Edwin F. Glenn, *Hand-Book of International Law*, 1895, p. 134
- Annexe 114.1 Baron Alphonse Heyking, *A Practical Guide for Russian Consular Officers and All Persons Having Relations with Russia* (2^e éd., 1916), p. 1
- Annexe 114.2 Baron Alphonse Heyking, *A Practical Guide for Russian Consular Officers and All Persons Having Relations with Russia* (2^e éd., 1916), p. 129
- Annexe 115 G.E. do Nascimento, *The Vienna Conference on Consular Relations in The International & Comparative Law Quarterly*, vol. 13, n° 4 (octobre 1964). p. 1214-1254
- Annexe 116.1 John B. Quigley, William J. Aceves et S. Adele Shank, *The Law of Consular Access: A Documentary Guide*, 2011, p. 40
- Annexe 116.2 John B. Quigley, William J. Aceves et S. Adele Shank, *The Law of Consular Access: A Documentary Guide*, 2011, p. 45-46
- Annexe 117 Biswanath Sen, *A Diplomat 's Handbook of International Law and Practice*, 1965, p. Biswanath Sen, *A Diplomat 's Handbook of International Law and Practice*, 1965, p. 233
- Annexe 118 Chusei Yamada, *Priority Application of Successive Treaties Relating to the Same Subject Matter: The Southern Bluefin Tuna Case* dans Nisuke Andão, Edward McWhinney, Rüdiger Wolfrum (dir. publ.), *Judge Shigeru Oda: Liber Amicorum*, 2002, p. 770
- Annexe 119 Robert Kolb, *La Cour internationale de Justice* (2013), p. 560-562
- Annexe 120 James Crawford SC (dir. publ.), *Brownlie's Principles of Public International Law* (8^e éd., 2012), p. 568-570
- Annexe 121 Attila Tanzi, *Restitution in Max Planck Encyclopaedia of International Law*, 2013 (en ligne)

**VOLUME 6
(ANNEXES 122-140)**

Autres documents

- Annexe 122 Rapport n° 262 de la commission indienne du droit en date du 31 août 2015
- Annexe 123 Premier protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, reconnaissant la compétence du comité des droits de l'homme (entré en vigueur le 23 mars 1976)
- Annexe 124 Liste des signataires du premier protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, reconnaissant la compétence du comité des droits de l'homme (novembre 2017)
- Annexe 125 Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort (entré en vigueur le 11 juillet 1991)
- Annexe 126 Liste des signataires du deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort (novembre 2017)

- Annexe 127 Résolution 36/17 adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 29 septembre 2017 et consacrée à la question de la peine de mort (Nations Unies, doc. A/HRC/RES/36/17)
- Annexe 128 Résolution 62/149 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 2007 (moratoire sur l'application de la peine de mort) et relevé des votes (Nations Unies, doc. A/RES/62/149 et A/62/PV.76)
- Annexe 129 Résolution 63/168 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 2008 (moratoire sur l'application de la peine de mort) et relevé des votes (Nations Unies, doc. A/RES/63/168 et A/63/PV.70)
- Annexe 130 Résolution 65/206 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 21 décembre 2010 (moratoire sur l'application de la peine de mort) et relevé des votes (Nations Unies, doc. A/RES/65/206 et A/65/PV.71)
- Annexe 131 Résolution 67/176 adoptée par l'Assemblée générale le 20 décembre 2012 (moratoire sur l'application de la peine de mort) et relevé des votes (Nations Unies, doc. A/RES/67/176 et A/67/PV.60)
- Annexe 132 Résolution 69/186 adoptée par l'Assemblée générale le 18 décembre 2014 (moratoire sur l'application de la peine de mort) et relevé des votes (Nations Unies, doc. A/RES/69/186 et A/69/PV.73)
- Annexe 133 Résolution 71/187 adoptée par l'Assemblée générale le 19 décembre 2016 (moratoire sur l'application de la peine de mort) et relevé des votes (Nations Unies, doc. A/RES/71/187 et A/71/PV.65)
- Annexe 134 Projet d'articles et commentaires sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001), art. 35-39
- Annexe 135 Organisation de l'aviation civile internationale, document 9303 concernant les documents de voyage lisibles à la machine (parties 1 et 2), 7^e éd. (2015)
- Annexe 136 Extrait du manuel des affaires étrangères du département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique (US 7 FAM 416.3)
- Annexe 137 Extrait de la rubrique «Informations consulaires» du site Internet du ministère des relations et de la coopération internationales d'Afrique du Sud
- Annexe 138 «Informations pratiques». Peut être consulté sur le site Internet de la Cour, dans «Informations pratiques», sous la rubrique «Questions fréquemment posées».
- Annexe 139 Carte de Google Earth indiquant notamment les zones où le commandant Jadhav était basé et où il a été arrêté (cette carte n'est pas à l'échelle)
- Annexe 140 Page concernant l'âge de départ à la retraite des officiers des Forces armées indiennes tirée du site Internet de la 7^e commission centrale des émoluments de l'Inde

**VOLUME 7
(ANNEXES 141-161)**

RAPPORTS D'EXPERT

- Annexe 141 Rapport de M. David Westgate, expert, en date du 8 novembre 2017
- Annexe 142 Rapport conjoint du général de brigade Anthony Paphiti et du colonel Charles Garraway (CBE), experts, en date du 29 novembre

**DÉCLARATIONS ÉMANANT DE CERTAINS REPRÉSENTANTS
DU GOUVERNEMENT DE L'INDE**

- Annexe 143 Article paru dans *The Economic Times* en Inde rapportant le discours prononcé par M. Ajit Doval à l'Université indienne SASTRA le 21 février 2014
- Annexe 144 Article relatif à un entretien accordé par M. Subramanian Swamy le 30 septembre 2017

AFFAIRES D'ESPIONNAGE

- Annexe 145 «Echange de communications entre le Président des Etats-Unis d'Amérique et le commissaire soviétique aux affaires étrangères de l'URSS, Maxim M. Litvinov» dans *American Journal of International Law*, vol. 28, n° 1, *Supplement: Official Documents* (janvier 1934), p. 2-11
- Annexe 146 Gorin
- Annexe 147 Gubitchev
- Annexe 148 Rudolph Abel
- Annexe 149 Gary Powers
- Annexe 150 Kaminsky
- Annexe 151 Barghoorn
- Annexe 152 Huang
- Annexe 153 Wu
- Annexe 154 Xue Feng
- Annexe 155 Buryakov
- Annexe 156 Phan-Gillis
- Annexe 157 Novikov
- Annexe 158 Gusev
- Annexe 159 Fogle

**ACCORD BILATÉRAL DE 2008 ENTRE L'INDE ET LE PAKISTAN
SUR LA COMMUNICATION ENTRE LES AUTORITÉS CONSULAIRES
ET LES RESSORTISSANTS DE L'ÉTAT D'ENVOI**

- Annexe 160 Histoire rédactionnelle de l'accord de 2008 (archives du ministère des affaires étrangères du Pakistan)
- Annexe 161 Accord du 21 mai 2008 sur l'accès consulaire entre le Gouvernement de la République islamique du Pakistan et le Gouvernement de la République de l'Inde, enregistré auprès du Secrétariat des Nations Unies
