

Opinion dissidente de M. le juge Ndiaye

(Soumise conformément à l'article 30, paragraphe 3, du Statut et à l'article 8, paragraphe 4, de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en une matière judiciaire).

N'ayant pu, à mon grand regret, me rallier à l'ordonnance du Tribunal, j'estime devoir exposer mon opinion dissidente. Celle-ci traite des conditions procédurales en la présente affaire 24 portant *L'incident de l'« Enrica Lexie » (Italie c. Inde)*, demande en prescription de mesures conservatoires conformément à l'article 290, paragraphe 5 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

1. En cette affaire 24, le Tribunal international du droit de la mer (le Tribunal) est saisi, par l'Italie d'une demande en prescription de mesures conservatoires présentée conformément à l'article 290, paragraphe 5 de la Convention.
2. Le Tribunal doit donc établir l'existence ou non du différend et déterminer si les conditions procédurales prévues par l'article 290, paragraphe 5 de la Convention sont réunies avant de décider si le Tribunal arbitral Annexe VII aurait compétence *prima facie* pour connaître de l'affaire et, partant si le Tribunal a aussi le pouvoir de prescrire des mesures conservatoires au cas où les circonstances l'exigeraient.

Le différend : Régime juridique

3. En l'absence de définition du différend dans les statuts des juridictions internationales, il faut recourir à leur jurisprudence pour en établir le régime juridique, parce que la fonction juridictionnelle contentieuse, des tribunaux les conduit à connaître de différends, lesquels doivent être réglés sur la base du droit. C'est dire que le différend doit exister et être justiciable.

4. Selon la CIJ,

un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes

(*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n°2, 1924, C.P.J.I. série A n°2, p. 11*)

5. La question de savoir s'il existe un différend dans une affaire donnée demande à être « établie objectivement » par la Cour.

(*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 74*)

6. Il convient de « démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre »

(*Sud-ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328*)
[*Activités armées sur le territoire du Congo, C.I.J. Recueil 2006, par. 90, p. 40*]

7. La Cour, « pour se prononcer, doit s'attacher aux faits. Il s'agit d'une question de fond et non de forme » dit-elle.

[*Géorgie/ Fédération de Russie, Exceptions préliminaires arrêt du 1^{er} avril 2011, par. 30*]

8. En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour.

(*Incident aérien de Lockerbie, C.I.J. Recueil 1998, par. 42-44*)

9. En ce qui concerne son objet, le différend doit « toucher l'interprétation ou l'application de la Convention » et être soumis conformément à la Partie xv de la CNUDM.

10. Comme l'indique la CIJ:

Lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant de décider si elle indiquera ou non de telles mesures, de parvenir à une conclusion définitive sur sa compétence au fond mais qu'elle ne doit cependant indiquer de telles mesures que si les dispositions invoquées par le Requérent paraissent constituer *prima facie* une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée.

La Cour doit

examiner la question aussi complètement que le permet l'urgence d'une demande en indication de mesures conservatoires.

(*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984, par. 24 et 25).

11. Selon le Requéant,

le différend soumis à la procédure arbitrale prévue à l'Annexe VII concerne un incident survenu à environ 20,5 milles marins au large des côtes de l'Inde, impliquant le navire *Enrica Lexie* un tanker battant pavillon italien, et l'exercice subséquent de la juridiction de l'Inde au titre de l'incident, et à l'égard des deux fusiliers marins italiens de la Marine italienne, le maître principal Massimiliano Latorre et el maitre Salvatore Girone, qui étaient en service officiel à bord de l'*Enrica Lexie* au moment de l'incident.

(Requête, par. 3)

12. L'Inde reconnaît que l'événement à l'origine du différend a eu lieu dans sa ZEE et que l'*Enrica Lexie*, un pétrolier battant pavillon italien, était impliqué. Elle a également admis que l'Inde envisage d'exercer sa juridiction à l'encontre des fusiliers marins.

(Réponse, par. 1.5)

Selon le Défendeur

Il suffit de dire . . . que le silence de l'Italie déforme sérieusement la réalité des faits et ne permet pas au Tribunal de comprendre correctement quel est l'objet de ce différend, lequel est en fait centre sur le meurtre, perpétré par deux fusiliers marins italiens embarqués à bord de l'*Enrica Lexie*, de deux pêcheurs indiens sans armes qui se trouvaient à bord du *St. Antony*, un navire de pêche dument immatriculé en Inde et pleinement autorisé à pêcher dans le ZEE indienne. Ce Navire a par ailleurs été endommagé du fait de l'utilisation d'armes automatiques par les deux fusiliers marins.

(Réponse, par. 1.6)

13. Le requérant fait valoir en réponse :

We agree that the most regrettable deaths of the two Indian fishermen require investigation and, as appropriate, prosecution, and the Prosecutor of the Military Tribunal in Rome has an open investigation for the crime of murder that must be pursued to its conclusion. But there is an antecedent issue that requires prior determination, which is the subject-matter of the dispute between Italy and India, namely, who has jurisdiction to pursue the investigation and, as appropriate, prosecution, and what account must be taken of the immunity of State officials.

The Marines contest the allegation that they fired the shots that killed the two unfortunate Indian fishermen. It is not accepted that the fatal shooting took place from the *Enrica Lexie*. [...] And, I must emphasize, that the Marines have not been charged with murder under Indian law. [...] A person is not guilty of an offense unless and until convicted by a properly constituted court on the basis of charges of which they are informed in a timely manner and to which they have had an opportunity to respond.

(Second Round, Tuesday, 11 August 2015, Speech 1, Reply submissions, Sir Daniel Bethlehem, p. 1-2)

Ce principe énoncé est un principe fondamental du droit pénal : le principe de la présomption d'innocence !

14. Pour déterminer les éléments de preuve relatifs à l'existence d'un différend entre les Parties, le Tribunal doit rechercher si :

- (a) le dossier de l'affaire révèle l'existence d'un désaccord sur un point de droit ou de fait entre les deux Etats ;
- (b) si ce désaccord touche « l'interprétation ou l'application » de la Convention ;
- (c) si ledit désaccord existait à la date du dépôt de la requête.

(Géorgie/ Russie, par. 32)

15. On peut relever le désaccord sur les points suivants :

- l'exercice de la juridiction entre l'Etat côtier et l'Etat du pavillon ;
- l'exercice des pouvoirs de police entre les deux Etats et en particulier la question des poursuites judiciaires ;
- la matérialité des normes ;

- le contentieux de la qualification des faits ;
- les attributs de la souveraineté avec la question de l'immunité absolue pour une partie et fonctionnelle pour l'autre ; et enfin
- le contentieux du choix du forum.

16. A la date critique, les faits à l'origine de l'affaire 24, relèvent-ils ou non du droit interne du défendeur dans le cadre de la procédure pénale ?

Dans l'affirmative, si le Tribunal venait à accueillir les demandes du Requéant, y'aurait-il ingérence de sa part dans la substance même d'affaires pénales pendantes devant les juridictions indiennes ?

Comment interpréter, en droit international, les actions du Requéant et celles de ses nationaux dans l'ordre juridique du défendeur ?

Toutes ces questions rejaillissent sur l'existence ou non du différend en droit international.

17. Saisi dans le cadre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, le Tribunal peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires... s'il considère, *prima facie*, que le tribunal arbitral devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige, dit en substance cet article.

18. Pour s'acquitter de ces deux conditions procédurales, le Tribunal doit d'une part, établir un lien intime entre la base alléguée de compétence devant permettre au tribunal arbitral Annexe VII d'examiner l'affaire au fond et les demandes formulées par le requérant et vérifier la corrélation devant exister entre la demande au fond et la demande en prescription de mesures conservatoires. D'autre part, il doit établir avec soin les faits de la cause et leur pertinence pour pouvoir estimer ou non que l'urgence de la situation exige la prescription de mesures conservatoires.

19. Le Problème juridique fondamental de ce différend reconnu par les deux parties, c'est l'exercice de la juridiction, de la compétence en la matière.

- Pour l'Italie : « the subject-matter of the dispute Italy and India is who has jurisdiction to pursue the investigation and, as appropriate, prosecution, and what account must be taken of the immunity of State Officials ».

- Pour l'Inde : « Le seul problème juridique est de savoir quel Etat (voire quels Etats, car il pourrait y avoir les juridictions concurrentes) a compétence pour juger les auteurs de celle-ci qui a provoqué la mort de deux pêcheurs indiens ».

Quel sont les arguments des parties ?

Italie

L'Italie soutient, en se fondant sur la CNUDM, en particulier les Parties II, V et VII, et plus précisément les articles 2, paragraphe 3, 27, 33, 56, 58, 87, 89, 92, 94, 97, 100 et 300 de la Convention, ainsi que sur le droit international coutumier, que l'Inde a violé ses obligations internationales (Demande, par. 29 ; voir aussi PV.15/A24/1).

Dans son Exposé des conclusions du 26 juin 2015 (annexe A de la Demande), l'Italie demande :

Conformément aux dispositions de la CNUDM, l'Italie prie respectueusement le tribunal constitué en vertu de l'annexe VII de dire et juger que :

- a) L'Inde a agi et agit en violation du droit international en revendiquant et exerçant sa compétence au titre de l'*Enrica Lexie* et à l'égard des Fusiliers marins italiens en relation avec l'incident de l'*Enrica Lexie*.
- b) La revendication et l'exercice par l'Inde de sa compétence pénale violent l'obligation de l'Inde de respecter l'immunité des Fusiliers marins italiens, en leur qualité de fonctionnaires de l'Etat exerçant des fonctions officielles.
- c) L'Italie a compétence exclusive à l'égard de l'*Enrica Lexie* et des Fusiliers marins italiens en relation avec l'incident de l'*Enrica Lexie*.
- d) L'Inde doit cesser d'exercer toute forme de compétence au titre de l'incident de l'*Enrica Lexie* et des Fusiliers marins italiens, y compris toute mesure de privation de liberté frappant les maîtres Lattore et Girone.
- e) L'Inde a violé l'obligation qui lui est faite par la Convention de coopérer à la répression de la piraterie.

(Voir Exposé des conclusions, par. 33, annexe A de la Demande)

L'association de ces conduites et ces attitudes montre, sans conteste, un désaccord entre l'Italie et l'Inde qui, finalement, revient à un différend sur l'interprétation et l'application des règles internationales invoquées par l'Italie dans la procédure actuelle (PV.15/A24/1, voir également PV.15/A24/1, p. 21, ll. 1 à 11).

On [L'Inde] invoque même la déclaration au titre de l'Article 310. Il s'agit là de questions qui portent sur le fond clairement (PV.15/A24/1).

L'Italie considère que le droit et les faits de l'affaire actuelle qui ont été fort bien présentés jusqu'à présent montrent, de manière évidente, que le tribunal en cours de constitution au titre de l'annexe VII aura beaucoup plus qu'une juridiction *prima facie* sur les fonds de l'affaire (PV.15/A24/1, PV.15/C24/1, p. 20, ll. 18 à 21).

L'argument de l'Inde semble confondre la juridiction *prima facie*, cette exigence, avec une autre exigence séparée selon laquelle les droits demandés doivent être au moins plausibles. Lorsque l'on considère la juridiction *prima facie*, l'Inde affirme que « la question du différend n'entre pas dans le champ de compétence de la Convention ». L'Inde semble arguer qu'il n'y a pas de différend entre les Parties « relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ». Dans ce contexte, elle se concentre sur les allégations de l'Italie au titre de l'Article 97 et sur l'immunité des représentants de l'Etat (PV.15/A24/1, p. 20, l. 36 à 44, PV.15/A24/1, p. 18, ll. 50 et 51 et p. 19, ll. 1 et 2).

Vérification de la compétence *prima facie*, voir PV.15/C24/1, p. 28 à 36.

Inde

[Le] tribunal de l'annexe VII dont l'Italie demande la constitution n'a pas compétence pour se prononcer sur l'affaire qu'elle veut lui soumettre (PV.15/A24/2, p. 14 et 15).

L'Inde convient que l'événement à l'origine du différend a eu lieu dans sa ZEE et que l'*Enrica Lexie*, un pétrolier battant pavillon italien, était impliqué. Elle convient également qu'elle envisage d'exercer sa compétence à l'encontre des fusiliers marins (Observations écrites, par. 1.5).

[L]’objet du différend ne relève pas du champ d’application de la Convention . . . l’Italie donne une qualification erronée à l’objet du différend, qui n’est pas un incident de navigation, et encore moins une collision, mais un meurtre commis par deux ressortissants italiens sur la personne de deux ressortissants indiens, dans une zone maritime relevant de la compétence de l’Inde (Réponse, paragraphe 3.5 ; sur l’objet du différend, voir aussi Réponse, paragraphe 1.6 et PV.15/C24/2, p. 15, ll. 3 à 7).

Le professeur Tanzi, s’est donné hier beaucoup de mal pour montrer qu’il existait un différend entre l’Inde et l’Italie. Ceci, je le lui concède bien volontiers – mais un différend sur quoi ? (PV.15/C24/4, p. 9, l. 26 à 28).

[Le] seul problème juridique est de savoir quel Etat (voire quels Etats, car il pourrait y avoir des juridictions concurrentes) a ou ont compétence pour juger cette fusillade qui a provoqué la mort de deux pêcheurs indiens. Et sur cela, la Convention de Montego Bay est muette) (PV.15/C24/4, p. 10, ll. 28 à 32).

[l]’Inde rejette l’idée que l’Italie puisse invoquer le bénéfice des immunités reconnues par la CNUDM en faveur des deux fusiliers marins concernés (Réponse, paragraphe 3.5)

Personne ne conteste que les fusiliers marins italiens étaient à bord d’un navire marchand. Par conséquent, le Gouvernement de l’Inde n’était pas obligé de reconnaître leur demande d’immunité en 1 vertu de la Convention ou de tout autre principe de droit international (PV.15/C24/2, p. 2, ll. 48 et 49, et p. 3, ll. 1 et 2 ; voir également PV.15/C.24/2).

3.1.1 Manquements allégués aux dispositions de la Convention

Italie

Les violations des dispositions de la CNUDM commises par l’Inde sont constituées, entre autres, par les actes ci-après : a) la saisie et l’immobilisation illégale par l’Inde du navire *Enrica Lexie* ; b) l’entrave de l’Inde à la liberté de navigation de l’Italie ; c) l’exercice par l’Inde de la compétence au titre de l’Incident de l’*Enrica Lexie* et à l’égard des Fusiliers marins, nonobstant la compétence exclusive de l’Italie à ce titre et à cet égard, en vertu du fait incontesté que l’Incident a eu lieu hors des eaux territoriales

de l'Inde, à environ 20,5 milles marins au large des côtes indiennes ; d) l'exercice par l'Inde de la juridiction pénale à l'égard des deux Fusiliers marins italiens, qui, en tant que fonctionnaires de l'Etat exerçant des fonctions officielles en vertu d'une délégation de pouvoir légale, bénéficient d'une immunité de juridiction pénale en Inde ; et (e) le défaut de coopérer à la répression de la piraterie, en exerçant sa juridiction pénale au titre de l'Incident de l'*Enrica Lexie* et à l'égard des Fusiliers marins italiens (Demande, par. 30, voir PV.15/C24/1, p. 4, l. 31 à 37).

Inde

L'Italie saisit le prétexte de sa Demande en prescription de mesures Conservatoires pour développer, dans son exposé des conclusions, des arguments sur le fond de l'affaire. L'Inde ne fera pas de même, puisque cela est contraire aux dispositions claires de l'article 290 de la CNUDM, qui limite l'objet des mesures conservatoires à la préservation « des droits respectifs des parties en litige (...) en attendant la décision définitive ». Néanmoins, l'Inde souhaite qu'il soit bien clair qu'en s'abstenant de réfuter les arguments de l'Italie sur le fond, elle n'entend nullement accepter tacitement ces arguments. (Réponse, par. 3.1)

[I]l ne suffit pas d'énumérer la longue litanie de dispositions de celle-ci qui pourraient avoir un vague rapport avec les faits de la cause, comme l'ont fait ce matin le professeur Tanzi et Sir Michael, pour que la compétence de la juridiction saisie soit établie. La véritable question est de savoir si le différend entre les Parties est couvert par une ou des dispositions de la Convention. Ce n'est *prima facie* pas le cas si l'on se focalise sur l'objet réel du différend (PV.15.C.24/2, p. 15, ll. 21 à 27).

La demande de l'Italie, visant à empêcher l'Inde de prendre de nouvelles mesures judiciaires et administratives, aurait aussi pour effet de préjuger les assertions b), c) et d) avancées dans la Notification de l'Italie (l'assertion e) sera vue à propos de la deuxième demande de mesures conservatoires de l'Italie (Réponse, par. 3.55).

Ces assertions sont en réalité centrées sur la question de savoir si les tribunaux indiens sont compétents pour ce qui est de l'incident en cause, et si les fusiliers marins italiens étaient couverts par l'immunité judiciaire, bien que les assertions soient présentées comme concernant des violations présumées de la CNUDM (Réponse, par. 3. 55).

S'agissant des assertions spécifiques formulées dans l'Exposé des conclusions :

Sur l'article 2 de la Convention, voir PV.15/C24/4, p. 10, l. 13.

Sur l'allégation de violation de l'article 27, paragraphe 5 de la Convention :

L'idée de départ, selon laquelle l'Inde aurait usé de ruse et de contrainte pour faire que le navire aille s'amarrer à Kochi, est entièrement contraire à la vérité... deux pêcheurs indiens non armés ayant été tués... il était approprié que l'Inde cherche à questionner les personnes à bord pour entendre leur version de ce grave événement (Réponse, par. 3.50).

Il n'y avait là ni ruse ni contrainte, contrairement à ce qu'allègue l'Italie (PV.15/C24/2, p. 2, ll. 8 et 9).

Pour ce qui est des fusiliers marins, l'Italie n'a jamais affirmé que l'Inde n'avait pas le droit de les interroger (Réponse, par. 3.51).

L'Italie n'a en aucune façon montré avoir entamé quelques poursuites en Italie à l'encontre des deux fusiliers marins (Réponse, par. 3.53).

Sur l'article 33 de la Convention, voir PV.15/C24/4, p. 9, l. 47.

Sur les articles 56 et 58 de la Convention, voir PV.15/4, p. 10, ll. 1 à 4.

Sur les articles 87 et 89 de la Convention, voir PV.15/4, p. 9, ll. 30 et 31.

Sur l'article 92 de la Convention, voir PV.15/4, p. 10, ll. 7 à 10.

Sur l'article 94 de la Convention, voir PV.15/4, p. 10, ll. 11 à 14.

Sur l'allégation de violation de l'article 97, paragraphe 3, de la Convention :

Cette affaire n'entre pas dans le champ d'application de l'article 97 de la CNUDM, ... il s'agit plutôt d'un double meurtre perpétré en mer (Réponse, par. 1.11).

Il ne s'est produit aucun 'incident de navigation' ni aucun abordage entre les deux navires. Ceux-ci n'ont eu aucun contact physique, et l'article 97 de la CNUDM . . . n'est applicable en aucune manière (Réponse, par. 1.8 ; voir aussi PV.15/C24/2, p. 3, ll. 10 à 16).

Sur l'article 100 de la Convention :

Il n'y a pas eu non plus d'attaque de pirates ni de menace d'une telle attaque qui pourrait justifier le meurtre de deux pêcheurs indiens de telle manière que cela fonderait l'application de la Convention et, partant, la compétence *prima facie* d'un tribunal prévu à l'annexe VII (PV.15/C24/2, p. 3, l. 13 à 17 ; voir aussi PV.15/2, p. 10, ll. 9 à 12 ; p. 15, ll. 18 et 19).

Sur l'article 300 de la Convention, voir PV.15/4, p. 10, ll. 21 à 25.

20. Sur la question de la compétence, le Tribunal doit examiner avec un soin tout particulier les dispositions de la Convention invoquées par le requérant et qui font l'objet d'un désaccord entre les Parties. En effet, pour déclarer compétent *prima facie* le tribunal arbitral Annexe VII, il ne suffit pas qu'un requérant invoque simplement des dispositions de la Convention qui, lues, de manière abstraite, pourraient fournir théoriquement une base de compétence.

Encore faut-il que l'organe juridictionnel tienne compte des faits dont il a connaissance au moment de statuer sur la prescription des mesures conservatoires. Il doit en particulier s'assurer que la compétence *prima facie* au fond peut être établie sur cette base en rapport avec les dispositions de la Convention invoquées par le requérant.

21. Le Tribunal a jugé qu'

avant de prescrire des mesures conservatoires, le Tribunal n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'il a compétence quant au fond de l'affaire, mais qu'il ne peut cependant prescrire ces mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence du Tribunal pourrait être fondée. (Navire « SAIGA » (No. 2), para. 69)

Il doit cependant le faire sur la base des principes que l'on vient de rappeler étant donné que la compétence doit être établie *proprio motu*. Il faut rappeler qu'aux termes de l'article 288 de la Convention, le Tribunal a compétence pour connaître de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, si les parties au différend ont choisi le Tribunal comme moyen de règlement en application de l'article 287 de la Convention.

22. En ce qui concerne la compétence *prima facie* du tribunal arbitral de l'Annexe VII laquelle est une condition de la compétence du Tribunal international du droit de la mer, le requérant a avancé une brassée de dispositions de la Convention pour fonder sa requête : articles 2 al. 3, 27, 33, 56, 58, 87, 89, 92, 97, 100 et 300.

Le rôle du Tribunal, ici, est de s'assurer de la pertinence desdites dispositions au regard du différend qu'il s'agit de régler.

23. Au vu des dispositions invoquées par le requérant, l'on note que les Parties sont en désaccord sur le champ d'application des obligations leur incombant en vertu de la Convention et sur la pertinence de celle-ci. En effet, l'article 2, paragraphe 3, traite de la souveraineté sur la mer territoriale alors que l'incident a eu lieu dans la zone économique exclusive de l'Inde. Il en va de même de l'article 27 relatif à la juridiction pénale à bord d'un navire étranger dans la mer territoriale. L'article 33 traitant de la zone contiguë n'a pas été repris par les Parties dans la suite de la procédure même si on le trouve dans la notification et la Requête du demandeur.

En ce qui concerne les articles 56 et 58 portant sur les droits des Etats côtiers et des autres Etats dans la ZEE. Leur non-pertinence en l'espèce réside dans le fait que la Convention est muette à la fois sur l'utilisation militaire de la ZEE et sur la question de la juridiction pénale en ce qui concerne les crimes et actes illicites dont la zone économique exclusive est le théâtre.

Pour ce qui est des articles 87 et 89 de la Convention, ils ont trait à la liberté de la haute mer et en particulier de la liberté de navigation. C'est pourquoi, le Requérant fait valoir des « violations des dispositions de la Convention :

- (a) la saisie et l'immobilisation illégale par l'Inde du navire *Enrica Lexie* ;
- (b) l'entrave de l'Inde à la liberté de navigation de l'Italie ».

Etant donné que, comme le requérant l'admet lui-même « we agree that the most regrettable deaths of the two Indian fishermen require investigation and, as appropriate, prosecution, and the Prosecutor of the Military Tribunal in Rome has an open investigation for the crime of murder that must be pursued to its conclusion »;

Etant donné que l'incident a eu lieu à un endroit où s'applique la législation pertinente indienne, à savoir le droit pénal, l'autorité judiciaire indienne peut exercer sa compétence pénale sans se trouver en violation du droit international.

Quant aux articles 92 et 94 qui traitent de la condition juridique des navires et des obligations de l'Etat du pavillon, l'objet du différend leur enlève toute pertinence en ce que le navire n'est guère incriminé mais plutôt des personnes accusées de meurtres lesquelles ne sont pas par ailleurs membres de l'équipage.

24. Dans ces conditions, il est difficile d'admettre que la saisie et l'immobilisation de l'*Enrica Lexie* dans le cadre d'une procédure pénale, soient interprétées comme une violation de la liberté de navigation en haute mer. Autrement, le principe de la liberté de navigation soustrairait les navires à toute poursuite judiciaire puisque leur saisie serait regardée comme une atteinte au droit qu'a l'Etat du pavillon de jouir de la liberté de navigation. De la sorte, il n'y aurait plus jamais un ordre juridique sur les mers et les océans.

25. L'article 97 a trait à la juridiction pénale en matière d'abordage ou d'autres incidents de navigation. Il ressort du dossier qu'il n'y a eu abordage ni aucun incident de navigation et que l'*Enrica Lexie* et le bateau de pêche *St. Antony* n'ont eu aucun contact physique pour justifier l'applicabilité de l'article 97, paragraphe 3, de la Convention.

Qui plus est, la déclaration de l'Inde en vertu de l'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en date du 29 juin 1995 indique :

Le Gouvernement de la République de l'Inde considère que les dispositions de la Convention n'autorisent pas d'autres Etats à effectuer, dans la zone économique exclusive et sur le plateau continental, des exercices ou des manœuvres militaires, en particulier s'ils impliquent l'utilisation d'armes ou d'explosifs, sans le consentement de l'Etat côtier.

[Nations-Unies, 95/600, (XXI. 6) (XXI.6 (a) CN. 199. 1995. TREATIES-5 (Depositary Notification), RATIFICATION BY INDIA].

Il apparaît, au vu de ce qui précède, que l'article 97 paragraphe 3 n'est pas pertinent et est inopposable à l'Inde. L'article 100 a trait à l'« obligation de coopérer à la répression de la piraterie ». Cette obligation n'a pas de rapport direct avec l'objet du différend tel que le reconnaissent les deux Parties. Enfin les dernières dispositions invoquées par le requérant concernent l'article 300 de la Convention sur la bonne foi et la CIJ nous enseigne que ce principe « n'est pas en soi une source d'obligation quand il n'en existerait pas autrement ».
[CIJ, arrêt du 20 décembre 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, par. 94]

26. A dire vrai, la Convention n'est guère applicable pour cet incident dont le théâtre aurait pu être l'embouchure d'un fleuve quelconque dans le monde et avoir les mêmes termes que le différend de l'espèce.

C'est dire que le tribunal arbitral de l'Annexe VII n'aurait pas compétence parce que l'objet du différend n'a pas trait au droit de la mer *stricto sensu* mais plutôt à :

- (a) l'exercice de la juridiction entre 1 Etat côtier et un Etat du pavillon ;
- (b) l'exercice des pouvoirs de police et de justice pénale entre les deux Etats;
- (c) le contentieux de la qualification des faits ;
- (d) les attributs de la souveraineté avec la question de l'immunité ou encore;
- (e) le contentieux du choix du forum.

Les dispositions de la Convention qui, de l'avis du requérant auraient été violées par le défendeur, ne peuvent servir de base sur laquelle établir la compétence du Tribunal arbitral de l'Annexe VII dans l'affaire au fond. Et le Tribunal international du droit de la mer n'a aucune compétence pour connaître une affaire qui ne concerne en rien l'interprétation ou l'application de la Convention.

27. Il nous faut à présent examiner la seconde condition procédurale prévue au paragraphe 5 de l'article 290, l'urgence de la situation.

Rappelons d'abord les arguments des Parties.

Italie

[L]’Italie réitère et s’appuie sur tous les faits et éléments . . . qui démontrent que les droits en question subissent un préjudice ou un dommage irréversible ou, à tout le moins, sont exposés à un risque réel et imminent de subir un préjudice ou un dommage irréversible. La conduite de l’Inde perdure et il est probable que l’Inde prendra d’autres mesures avant que le tribunal arbitral prévu à l’annexe VII ne soit «à même de ‘modifier, rapporter ou confirmer ces mesures conservatoires (Demande, par. 52, voir par. 25, voir aussi, PV.15/1, p. 5, ll. 38 à 45).

Le risque de préjudice pour les droits de l’Italie a fortement augmenté au cours des derniers mois (Demande, par. 53). Le préjudice causé aux droits de l’Italie s’est aggravé chaque jour où les Fusiliers marins ont été soumis à la juridiction des tribunaux indiens. Le préjudice a été exacerbé par les problèmes médicaux évoqués dans l’addendum confidentiel (Demande, par. 54).

Pendant toute cette période [trois ans et demi], l’Italie n’a pas pu exercer ses droits d’enquêter sur la conduite de ses Fusiliers marins . . . afin d’engager une action à leur encontre ou, selon le cas, afin de les faire reprendre leur service en Italie, et, dans l’un et l’autre cas, l’Italie a été privée de ses droits de veiller à leur santé. L’Italie a une obligation légale de protection des Fusiliers (Demande, par. 54).

L’urgence . . . est à la fois humanitaire et juridique (PV.15/1, p. 49, l. 41 ; voir aussi PV.15/3, p. 7, ll. 9 à 21).

Sur la première mesure demandée:

Lorsque des dommages irréparables sont subis par l’Italie à chaque fois que l’Inde exerce sa juridiction, l’urgence est prouvée par le fait que l’exercice de cette juridiction se poursuit. Nous sommes certains qu’en l’espèce c’est bien le cas. Comme Sir Daniel Bethlehem l’a signalé, la Cour suprême de l’Inde a prévu de tenir une audience le 26 août pour examiner la Requête (article 32) de sursis à statuer sur la Writ Petition, motivée par le recours à une procédure d’arbitrage en vertu de l’annexe VII. L’Additional Solicitor General de l’Inde est tenu de présenter aujourd’hui les vues du Gouvernement indien sur cette demande. Et, bien entendu, les deux fusiliers marins font toujours

l'objet du contrôle judiciaire ordonné par la Cour suprême de l'Inde. Il y a donc bien exercice de juridiction en cours (PV.15/1, p. 39, l. 45–p. 40, l. 8).

l'Inde a sans équivoque laissé entendre qu'elle souhaitait organiser ce procès... l'Inde rend l'Italie responsable des retards occasionnés, mais d'autre part, elle semble se fonder sur ces retards pour rassurer le Tribunal sur le fait qu'il n'y a pas d'urgence (PV.15/1, p. 40, ll. 14 à 19).

Sur la seconde mesure demandée :

le *statu quo*, pour les fusiliers marins, est un statu quo où leurs droits et ceux de l'Italie subissent quotidiennement un préjudice irréparable. Chaque jour où une personne est privée de ses droits doit être vu comme un jour de trop. » (PV.15/1, Verdirame, p. 47, ll. 39 à 42). [l'Inde] préjuge aussi la culpabilité des fusiliers marins avant même de leur avoir signifié un acte d'accusation, et que ce faisant elle a aggravé le préjudice qu'elle leur a fait subir et rendu encore plus visibles tous les risques qu'entraîne l'exercice poursuivi de sa juridiction pénale." (PV.15/1, p. 48, ll. 7 à 11, voir aussi PV.15/3, p. 15, ll. 9 à 25).

Sur la détermination de l'urgence, voir PV.15/3, p. 15, l. 35–p. 16, l. 40).

Sur la notion d'urgence (dimension temporelle) : « ... la date-clé est celle à partir de laquelle le tribunal arbitral est lui-même opérationnel. » (PV.15/1, p. 25, ll. 35 et 36).

les mesures [que le Tribunal] prescrit doivent en principe durer jusqu'à ce que le tribunal arbitral rende sa sentence finale au fond (PV.15/1, p. 26, ll. 16 et 17).

Il est donc tout à fait justifié que l'Italie demande des mesures conservatoires qui dureraient jusqu'à la décision finale du Tribunal arbitral (PV.15/3, p. 10, ll. 27 et 28).

Sur la durée du différend :

l'urgence n'est pas à évaluer en fonction du temps écoulé depuis l'apparition de ce différend mais [en tenant compte du fait] que chaque jour perdu de plus est un jour qui ne pourra jamais être récupéré (PV.15/1, p. 50, ll. 14 à 16). [l'Inde] confond... deux aspects distincts aux

fins de l'analyse, à savoir la durée du différend et l'évaluation de l'urgence (PV.15/1, p. 48, ll. 17 et 18). Il n'est pas inhabituel que des différends portant sur l'exercice de la juridiction ou l'immunité d'agents d'un Etat soient portés devant une instance internationale après une procédure nationale (PV.15/1 p. 48, ll. 23 à 25). Le bien-fondé d'une demande doit être examiné quel que soit le retard éventuel dans la présentation de cette demande. La condition préalable pour demander une prompte mainlevée a pu être remplie. Mais même si ces pré conditions ne sont pas remplies... n'amène pas à... ne rend pas la demande irrecevable (PV.15/3, p. 17, ll. 36 à 40).

Inde

Ni la première ni la seconde mesure conservatoire demandées par l'Italie ne remplissent le critère d'« urgence aggravée » résultant de l'article 290, paragraphe 5, de la CNUDM, ni même celui de l'« urgence de base » (Réponse, par. 3.13).

Sur la notion d'urgence, voir les Observations écrites, paragraphes 3.15 à 3.18.

Sur la notion d'urgence (dimension temporelle) :

L'Italie ne limite aucunement sa première demande dans le temps (PV.15/2, p. 23, ll. 27 et 28) Mais ce n'est pas ce qui est dit à l'article 290, paragraphe 5 (PV.15/2, p. 23, l. 44) Il existe une limitation temporelle de la durée des mesures conservatoires qui pourraient être prescrites par le Tribunal de céans (PV.15/2, p. 24, ll. 5 et 6). Il n'est pas demandé à ce Tribunal d'envisager de prescrire des mesures conservatoires qui resteraient en place tout au long de la durée de l'arbitrage prévu à l'annexe VII... La question est uniquement de savoir s'il y aura, au cours des prochains mois, une quelconque urgence une fois que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aura été constitué et sera à même de statuer sur la question (PV.15/2, p. 24, ll. 17 à 23, voir aussi PV.15/4, p. 5, ll. 8 à 11).

Dans ces circonstances, il n'y a aucun risque que l'Italie subisse un préjudice quelconque au titre de cette procédure, aucune situation d'urgence qui justifie des mesures conservatoires, ni aucun motif de bloquer la procédure judiciaire et administrative indienne, qui s'est

déroulée d'une manière exemplaire, nonobstant les différentes tactiques employées par l'Italie pour perturber la procédure (Réponse, par. 3.23).

Première mesure conservatoire demandée par l'Italie :

Si l'on replace les faits dans leur contexte exact, il s'avère qu'il n'existe absolument aucune situation d'urgence justifiant que le Tribunal prononce une ordonnance interdisant à l'Inde de continuer à prendre des mesures judiciaires ou administratives – mesures qu'elle a toujours prises en toute légalité et loyauté à l'égard de l'Italie et des deux fusiliers marins – ou d'exercer toute autre forme de compétence (Réponse, par. 3.21 ; voir aussi PV.15/2, p. 31, ll. 28 à 30) ; sur les « faits [qui] remettent en perspective la nature déplacée de la première mesure conservatoire demandée par l'Italie », voir Réponse, par. 3.24 à 3.37.

- i) [L'Italie] est responsable à la fois des retards dans la conduite de l'enquête sur l'incident... et des retards de la procédure judiciaire indienne (voir aussi PV.15/2, p. 11, ll. 30 à 33 ; PV.15/2, p. 26, ll. 5 à 8, p. 29, ll. 20 à 26 ; et PV.15/4, p. 1, l. 38. p. 2, l. 47).
- ii) [L']Italie a été traitée de la manière la plus équitable par la Cour suprême. Un grand nombre de ses requêtes et de celles des deux fusiliers marins ont été favorablement accueillies... (voir aussi, PV.15/2, p. 26, ll. 10 à 13).
- iii) L'Italie a, à plusieurs occasions, abusé des voies de droit... (voir aussi PV.15/2, p. 32, ll. 12 et 13 et p. 30, l. 16–p. 31, l. 7 ; PV.15/2, p. 40, ll. 7 et 8).
- iv) [L']Italie a réussi à obtenir une suspension de la procédure devant le tribunal spécial, [ce qui]... signifie qu'il n'existe aucun risque réel et imminent de préjudice irréparable aux droits de l'Italie... la situation ne présente aucun caractère d'urgence... Quoiqu'il en soit, ce sont les droits de l'Inde qui ont été compromis par la conduite de l'Italie (voir aussi PV.15/2, p. 11, ll. 21 à 25 et p. 13, ll. 35 à 39). La procédure devant la Cour spéciale chargée de juger les deux fusiliers marins est en suspens. Il n'y a aucune perspective que cette suspension puisse être levée ou que les résultats de l'enquête de la NIA puissent être présentés à la Cour spéciale ou que les défendeurs auront la possibilité de répondre dans un avenir proche, et certainement pas avant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII soit constitué et opérationnel (PV.15/2, p. 31, ll. 16 à 21 ; voir aussi PV.15/4, p. 5, ll. 15 à 21).

- v) Sur la durée du différend : [L]e fait que l'Italie ait attendu plus de trois ans pour engager la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII et pour introduire une demande en prescription de mesures conservatoires établit à lui seul l'absence d'urgence. Aucun événement récent n'est intervenu, au titre de la situation légale en Inde et de la procédure, qui ajouterait, si peu que ce soit, une urgence quelconque à cette affaire (Réponse, par. 3.38, voir aussi par. 3.22 et PV.15/2, p. 32, ll. 17 à 24). Si un Etat reporte le dépôt d'une requête demandant des mesures conservatoires alors qu'il aurait pu le faire plus tôt, eh bien cela jette un doute sérieux sur cette requête car on peut penser qu'il n'existe pas véritablement de risques réels et imminents de préjudice irrémédiable (PV.15/4, p. 7, ll. 37 à 41).

Deuxième mesure conservatoire demandée par l'Italie : aucune urgence ne justifie la seconde mesure conservatoire demandée par l'Italie – et, a fortiori, elle ne peut invoquer aucune urgence « aggravée » pouvant motiver la saisine du Tribunal de céans sans attendre la constitution du tribunal de l'annexe VII (PV.15/2, p. 37, ll. 32 à 35).

Cela supposerait que la situation effective des deux personnes accusées de meurtre est si dramatique que le Tribunal devrait prescrire liberté, sécurité et liberté de mouvement totales pour l'un et l'autre, y compris la faculté de rester ou de retourner en Italie (Réponse, par. 3.40). [N]ulle part... l'Italie n'ose prétendre que leur sécurité serait menacée. Et de fait, elle ne l'est pas, ni ne l'a jamais été (Réponse, par. 3.41).

S'agissant de la situation de M. Latorre : [D]e nouvelles prolongations ne sont pas à exclure si elles sont nécessaires pour motif humanitaire (Réponse, par. 3.42). [S]on état de santé est en évolution... (Réponse, par. 3.43). [A]vec la prorogation renouvelable de six mois accordée par la Cour suprême le 13 juillet 2015, l'Italie est mal venue d'invoquer quelque urgence en l'espèce (Réponse, par. 3.43 ; voir aussi PV.15/2, p. 36, ll. 10 à 39).

S'agissant de la situation de M. Girone : il est en liberté conditionnelle (Réponse, par. 3.44) ; l'urgence qu'il y aurait à l'autoriser à retourner en Italie et à y demeurer est contredite par son propre comportement (Réponse, par. 3.45 ; see also PV.15/2, p. 37, ll. 2 à 17).

Sur la privation de liberté : les marins ne sont pas détenus, incarcérés : ils sont en liberté je dirais très légèrement surveillée (PV.15/4, p. 18, ll. 31 et 32).

28. Les mesures conservatoires se destinent à préserver les droits des Parties en litige et à prévenir un dommage irréparable. En effet pour faire face au caractère d'urgence d'une situation avant que le différend ne soit réglé en droit, au fond, le juge doit agir par la prescription de mesures conservatoires. Au regard de l'urgence, il doit s'assurer que le dommage est probable et imminent.

29. La préservation des droits des Parties en attendant la constitution du tribunal arbitral de l'Annexe VII est l'expression du principe d'égalité des Etats et celui de l'égalité effective des Parties devant le tribunal du point de vue procédural. Les droits à préserver sont ceux susceptibles d'adjudication au fond de l'affaire. Et les mesures conservatoires ne doivent être prescrites que lorsque le dommage irréparable est imminent. L'on a ainsi un lien intime entre le dommage et l'urgence : si le dommage irréparable n'est pas imminent, il n'y a guère urgence.

30. Les circonstances entourant l'affaire soumise au Tribunal doivent révéler ou non la nécessité d'agir pour préserver les droits des Parties et prévenir un préjudice irréversible ou un dommage irréparable. En ce sens, un risque réel et imminent doit être constaté ; d'où l'importance des données factuelles.

31. En effet, l'invocation des circonstances ne peut se faire sans considération des dispositions de la Convention dont la violation est invoquée à l'appui de la demande en prescription de mesures conservatoires. Et le juge doit jouer un rôle de premier plan dans l'évaluation de la corrélation des données factuelles avec la norme invoquée. Comme le remarque le juge Lauterpacht : « qualifier la présente affaire de grave et d'urgente ne signifie pas que la Cour doive, en l'abondant, se départir de son impartialité traditionnelle et de son ferme attachement aux normes juridiques ». (So to describe the character of the present case is not to say that Court should approach it with anything other than its traditional impartiality and firm adherence to legal standards). (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance de 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 408*)

32. Ce, parce que l'urgence infère que dans les circonstances de l'espèce une action est nécessaire pour préserver les droits revendiqués par les Parties et qui

ne peuvent attendre le rendu de la sentence du tribunal de l'Annexe VII. De ce fait l'état de la procédure lorsque la demande est faite de même que le temps devant s'écouler avant la constitution du tribunal arbitral apparaissent comme des éléments pertinents dans la détermination de l'urgence de la situation. En ce sens l'urgence se révèle liée à la gravité du dommage que l'on cherche à prévenir par la mesure conservatoire. Ainsi, si le Tribunal venait à constater que le dommage potentiel serait irréparable, alors l'urgence serait établie.

33. Et c'est là où réside toute la difficulté en ce qu'elle renvoie à la qualification des faits qui est un contentieux permanent dans toute affaire. Sir Hersh Lauterpacht a écrit que « A substantial part of the task of judicial tribunals consist in the examination and the weighing of the relevance of facts » (H. Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 48).

Dans une procédure qui se caractérise par l'urgence, l'évaluation par la juridiction saisie de manière impartiale et critique de la situation de fait est forcément limitée parce que ballottée entre la nécessité à l'urgence des mesures conservatoires et l'exigence impérieuse de ne pas déformer les faits.

34. Comme le remarque Kreca :

La procédure en indication de mesures conservatoires repose en grande partie sur des présomptions refragables (*presumptio Juris tantum*), notamment la présomption simple de compétence de la Cour quant au fond de l'affaire dans laquelle des mesures conservatoires sont adoptées. [...] Toutefois, une appréciation incorrecte des faits conduit nécessairement à une application erronée du droit, ce qui, d'un point de vue ontologique, se trouve aux antipodes de l'idéal assigné aux procédures judiciaires. Et une appréciation *prima facie* des faits comporte inévitablement un très haut risque d'erreur.

(Application de la Convention, op. cit. pp. 457 et 458)

35. En l'espèce, les faits avancés par le requérant à appui de sa demande indiquent-ils que l'urgence de la situation exige la prescription de mesures conservatoires ? Le Tribunal ne conclut pas vraiment sur l'urgence de la situation ou il le fait par prétériton. Il indique : « Considérant que le fait ci-dessus (la poursuite des procédures en cours) nécessite que le Tribunal prenne une mesure en vue de veiller à ce que les droits respectifs des parties soient dûment préservés » (paragraphe 107 de l'Ordonnance du 24 août 2015).

Il ressort cependant du dossier que ces vues sont à nuancer dans la mesure où le premier fusilier marin se trouve en Italie depuis plus d'un an pour raison médicale tandis que le second a élu résidence chez l'Ambassadeur d'Italie en Inde où il a reçu à plusieurs reprises les membres de sa famille.

Qui plus est, l'Inde a donné des assurances au Tribunal et des engagements fermes à l'audience (Paragraphe 130 de l'Ordonnance).

Dans l'affaire de Timor-Leste/Australie, la CIJ dit ceci :

La Cour relève en outre que l'agent de l'Australie a indiqué que « l'Attorney-General du Commonwealth d'Australie a[vait] le pouvoir effectif et manifeste de prendre des engagements liant l'Australie, tant au regard du droit australien que du droit international ». La Cour n'a aucune raison de penser que l'engagement écrit en date du 21 janvier 2014 ne sera pas respecté par l'Australie. Dès lors qu'un Etat a pris un tel engagement quant à son comportement, il doit être présumé qu'il s'y conformera de bonne foi. (*Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014, par. 44)

En effet, par leurs écrits et leur parole, les agents expriment le consentement des Etats qu'ils représentent à être liés.

C'est dire qu'il n'y a vraiment pas urgence dans les circonstances de l'espèce. Le Tribunal aurait du simplement énoncer de manière détaillée les faits qui l'ont conduit à prescrire la mesure s'il estime que l'urgence de la situation l'exigeait.

N'ayant observé l'existence de quelque risques probables et imminents pour les fusiliers marins, j'estime que les circonstances telles qu'elles se présentent actuellement au Tribunal n'exigent guère une prescription spécifique de mesure conservatoire.

36. A dire vrai, cette affaire n'aurait jamais du être apportée au Tribunal international du droit de la mer en raison de l'objet du différend. L'Inde n'étant pas un Etat européen, la Cour de la Haye ou un tribunal *ad hoc* aurait été plus indiqué.

Nous soumettons respectueusement cette opinion.

(signé)

T.M. Ndiaye