

OPINION DISSIDENTE DE M. MENSAH, PRÉSIDENT

[Traduction]

1. Pour les motifs donnés dans l'arrêt, je souscris à la conclusion exposée à l'alinéa 1 du dispositif de l'arrêt, affirmant que le Tribunal a compétence pour connaître de la requête introduite par Saint-Vincent-et-les-Grenadines le 13 novembre 1997.

2. En me prévalant du droit que me confèrent l'article 30, paragraphe 3, du Statut du Tribunal et l'article 125, paragraphe 2, du Règlement du Tribunal je joins mon opinion sur les points de l'arrêt qui me posent certaines difficultés.

3. Je regrette de ne pas pouvoir souscrire à l'argumentation et aux conclusions du Tribunal exposées aux alinéas 2 et 3 du dispositif de l'arrêt. Etant donné que je ne pense pas qu'il s'agisse là d'une affaire dans laquelle il est justifié que le Tribunal ordonne la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire et la prompte libération de son équipage au titre de l'article 292 de la Convention, je ne puis soutenir la décision, exposée à l'alinéa 4 du dispositif, ordonnant au requérant de déposer une caution ou une garantie en vue de la mainlevée ou de la mise en liberté, ni la décision, à l'alinéa 5, déterminant le montant, la nature et la forme de la garantie.

4. J'ai eu l'occasion de lire l'opinion dissidente de MM. Park, Nelson, Chandrasekhara Rao, Vukas et Ndiaye, et je souscris à cette opinion à tous égards.

5. J'ai également lu l'opinion de M. Anderson et je souscris à l'idée maîtresse exposée dans cette opinion. Je tiens tout particulièrement à faire mienne la position selon laquelle la procédure au titre de l'article 292 de la Convention n'est pas préliminaire ou incidente, mais définitive, la cour ou le tribunal étant appelé à décider s'il a été établi que l'allégation de non-observation est bien fondée. C'est pourquoi, le Tribunal est appelé, en l'espèce, à prendre une décision et non, comme semble le laisser entendre l'arrêt, à porter «une appréciation» concernant la question de savoir si les allégations formulées par le requérant sont «soutenables» ou sont «de caractère suffisamment plausible, en ce sens que le Tribunal peut les prendre en considération aux fins de la présente affaire» (paragraphe 51). La procédure en l'espèce est spécifique et a pour objet de vider au principal l'unique point à trancher dans le cadre de l'article 292, c'est-à-dire la question de savoir si l'allégation de non-observation est bien fondée et, partant, s'il y a lieu de procéder à la mainlevée ou à la mise en liberté dès le dépôt d'une caution raisonnable ou d'une autre garantie financière. En ce sens, la procédure est, aux fins de l'article 292, une procédure au fond. Puisqu'il ne peut y avoir d'autres phases dans le cadre de cette procédure, il ne peut y avoir d'autre affaire que «la présente affaire», dans le cadre de laquelle le Tribunal puisse invoquer d'autres critères aux fins de l'établissement du bien-fondé de l'allégation.

6. De même, j'ai lu l'opinion dissidente de MM. Wolfrum et Yamamoto et je fais miennes leurs argumentation et conclusions. Je tiens tout particulièrement à exprimer mon adhésion à leur position sur ce qu'ils ont qualifié à juste titre, de «*obiter dictum*» injustifié, de l'arrêt sur la question suivante : «l'avitaillement d'un navire de pêche dans la zone économique exclusive d'un Etat peut-il être considéré comme une activité dont la réglementation relève de l'exercice par un Etat côtier de ses «droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques de la zone économique exclusive?» Je partage les craintes qu'ils ont exprimées au paragraphe 25 de leur opinion.

7. J'adhère sans réserve à l'opinion de MM. Park, Nelson, Chandrasekhara Rao, Vukas et Ndiaye, selon laquelle le Tribunal ne saurait ordonner la prompte mainlevée de la saisie d'un navire au titre de l'article 292 pour la simple raison que l'Etat du pavillon «allègue» que l'Etat ayant procédé à l'immobilisation n'a pas observé une disposition de la Convention prévoyant la prompte mainlevée dès le dépôt d'une caution. Je conviens avec eux qu'il faut établir qu'il a été procédé à la saisie pour un motif visé par la disposition de la Convention dont l'Etat du pavillon allègue la non-observation. La charge de la preuve incombe à l'Etat partie qui invoque la non-observation, le demandeur en l'occurrence. J'ai également conclu comme eux que la requête ne satisfait pas aux conditions visées à l'article 292 de la Convention et à l'article 113, paragraphe 3, du Règlement du Tribunal. Par conséquent, je souscris à leur conclusion que l'allégation du demandeur selon laquelle le défendeur n'a pas observé les dispositions de l'article 73 de la Convention n'est pas bien fondée.

8. Aucune justification n'a été apportée pour établir que les autorités guinéennes n'ont pas observé l'une quelconque des autres dispositions de la Convention prévoyant la prompte mainlevée de l'immobilisation du *Saiga* au titre de l'article 292 de la Convention. Je ne puis donc convenir qu'il soit fait droit au demandeur par une décision ordonnant la mainlevée de l'immobilisation du *Saiga* en application de l'article 292.

9. J'ai examiné de près les motifs exposés dans l'arrêt pour conclure que le *Saiga* a été saisi pour infraction à la législation guinéenne en matière de pêche, mais je ne peux les accepter. Tout particulièrement, je ne considère pas que l'importance attachée à l'article 40 du code de la marine marchande guinéen pour parvenir à cette conclusion soit justifiée.

10. A cet égard, l'on a attaché une importance considérable à la référence faite à l'article 40 du code de la marine marchande dans le procès-verbal n° 29 du 13 novembre 1997 (ci-après dénommé PV29). Pour commencer, il convient de noter que le procès-verbal est essentiellement un rapport des officiels qui ont effectivement arraisonné le *Saiga*, ainsi qu'une notification de l'inculpation qui a motivé l'arraisonnement. Dans ces conditions, il est significatif que ces personnes étaient des officiels des services de douane et de la marine. La Guinée a un Ministère de la pêche qui a ses propres agents

chargés de l'exécution des lois et règlements guinéens relatifs à l'administration, à la gestion et à la conservation des ressources halieutiques. Si, à un moment ou l'autre, les autorités guinéennes avaient effectivement pensé que le *Saiga* se livrait peut-être à des activités contraires à la législation en matière de pêche, il serait difficile d'expliquer pourquoi aucun représentant du Ministère de la pêche ne figurait parmi les officiels qui ont été envoyés pour enquêter et arraisonner le navire. Il serait encore plus difficile de comprendre pourquoi aucune des mesures prises à la suite de l'arraisonnement ne fait état, directement ou indirectement, de la moindre disposition de la législation guinéenne en matière de pêche, ou n'a donné lieu à la participation d'un service officiel chargé de la pêche.

11. Comme indiqué précédemment, l'arrêt attache une grande importance au fait que le PV29 mentionne l'article 40 du code de la marine marchande entre autres dispositions que le capitaine du *Saiga* est «accusé d'avoir enfreint». Je ne parviens pas à voir la justification d'une telle affirmation. L'article 40 du code de la marine marchande est libellé comme suit :

«La République de Guinée exerce, dans la zone économique exclusive qui s'étend depuis la limite de la mer territoriale jusqu'à 188 milles marins au-delà de cette limite, des droits souverains en ce qui concerne l'exploration et l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques, des fonds marins et de leur sous-sol et des eaux subjacentes, ainsi qu'en ce qui concerne d'autres activités tendant à l'exploration et l'exploitation de la zone à des fins économiques.»

12. Cet article ne fait qu'incorporer dans la législation guinéenne les dispositions de l'article 56 de la Convention sur le droit de la mer. Il ne contient rien de plus qu'une indication des limites de la zone économique exclusive de la Guinée et la nature et l'étendue des «droits souverains» que la Guinée exerce dans cette zone. Il ne contient aucune règle ou règlement pouvant être enfreint et n'entraîne pas d'incrimination pénale. Aussi est-il difficile de voir dans quel sens on peut dire que le capitaine du *Saiga* ou, d'ailleurs, toute autre personne a «enfreint» l'article 40 du code de la marine marchande.

13. Il existe, à mon avis, une explication tout à fait raisonnable de la référence faite dans le PV29 à l'article 40 du code de la marine marchande. Il s'agissait d'indiquer la zone géographique dans laquelle les délits tombant sous le coup des dispositions juridiques spécifiques énumérées dans le PV29 auraient été commis.

14. En ce sens, on a tort de dire que le capitaine du *Saiga* est «accusé d'avoir enfreint l'article 40», du simple fait que cette disposition figure parmi les lois guinéennes énumérées dans le PV29. L'arrêt le reconnaît lorsqu'il

constate, à juste titre, au paragraphe 68, que la référence à l'article 40 ne pouvait signifier qu'une seule chose, à savoir que «*les violations des dispositions de fond énumérées par la suite sont des violations qui sont qualifiées de la sorte lorsqu'elles sont commises dans la zone économique exclusive*» (c'est nous qui soulignons). Il semblerait que l'on admette ainsi que les charges retenues contre le capitaine du *Saiga* relèvent des «dispositions de fond» énumérées. Ces dispositions de fond ne sauraient inclure l'article 40 du code de la marine marchande, car cet article, en tant que tel, ne crée pas de délit et personne ne peut par conséquent être accusé de l'avoir «enfreint».

15. Malgré cela, l'arrêt laisse entendre que la référence faite dans le PV29 à l'article 40 du code de la marine marchande constitue, on ne sait comment, la preuve que le *Saiga* a été saisi pour violation des lois et règlements guinéens en matière de pêche. Le motif retenu est que les violations dont le *Saiga* est accusé «sont des violations qui sont qualifiées de la sorte lorsqu'elles sont commises dans la zone économique exclusive» et que, «partant,» «elles ont trait à des questions relevant des droits et de la juridiction de l'Etat côtier dans cette zone» (paragraphe 68). Dans le même ordre d'idées, l'arrêt laisse entendre que la Guinée ne pouvait pas considérer la présence d'un pétrolier dans la zone économique exclusive comme «clandestine» «si rien ne laissait penser à une atteinte aux droits souverains de la Guinée et à sa juridiction dans la zone économique exclusive» auxquels se réfère l'article 40 du code de la marine marchande. Il est soutenu que tel est le cas, étant donné que «seuls les droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques ... peuvent être pertinents en l'espèce, compte tenu ... du fait que les navires avitaillés par le *Saiga* étaient des bateaux de pêche» (paragraphe 69). En suivant ce raisonnement, l'arrêt conclut que les charges portées contre le *Saiga* devaient être liées à une infraction de la législation guinéenne en matière de pêche dans la zone économique exclusive.

16. Pour parvenir à cette conclusion, l'arrêt n'a manifestement pas tenu compte du fait que les charges effectivement portées contre le *Saiga* par les autorités guinéennes dans le même PV29 se rapportent à des infractions de lois qui se disent applicables à l'ensemble du territoire guinéen, aussi bien terrestre que maritime. Il semblerait également que l'arrêt considère qu'il est sans importance qu'aucune des mesures prises par des officiels guinéens ou des autorités guinéennes, avant et après l'arraisonnement du *Saiga*, ne se rapportait de près ou de loin à la pêche. Comme indiqué précédemment, aucun officiel ou organisme guinéen s'occupant des questions de pêche n'est intervenu, directement ou indirectement, dans les mesures – administratives, judiciaires et para-judiciaires – qui ont été jusque-là prises contre le *Saiga*.

17. Le fait que les navires auxquels le *Saiga* a vendu du carburant étaient des bateaux de pêche n'étaye pas forcément, – soit dit en passant –, la conclusion selon laquelle l'infraction commise doit se rapporter à la pêche. En effet, l'argument ne tiendrait pas même si le *Saiga* lui-même était un navire de pêche. Il est possible, et l'on sait que cela est arrivé souvent, qu'un navire de pêche commette un acte de contrebande ou un délit de trafic de drogue.

18. J'admets, bien entendu, que lorsque les motifs donnés par un Etat côtier pour justifier ses actions ne correspondent manifestement pas aux faits de la cause, une cour ou un tribunal peut conclure que les motifs apparents donnés n'étaient pas en fait les motifs réels des actions en question. Il peut également en être ainsi lorsqu'il est clairement établi qu'il y a mauvaise foi de la part de l'Etat côtier ou de ses officiels. Toutefois, en l'espèce, les circonstances vérifiables entourant l'arraisonnement du *Saiga* par les autorités douanières laissent toutes indiquer que ces actions étaient effectivement fondées sur une ou plusieurs lois particulières que les officiels concernés considéraient, à tort ou à raison, comme étant applicables dans cette situation. Par conséquent, le Tribunal n'est pas en droit, à mon avis, de déclarer que les lois sur lesquelles ces autorités se sont manifestement fondées pour arraisonner le navire n'étaient pas, à vrai dire, les lois ayant motivé leur action. J'estime qu'il est encore moins légitime que le Tribunal décide de sa propre initiative que d'autres lois guinéennes devraient être considérées comme étant les lois qui ont été effectivement appliquées. Il convient de signaler que les lois que l'on a «préférées» retenir dans l'arrêt n'ont été mentionnées par aucune des parties dans leurs présentations orales ou dans leur plaidoyers et que le Tribunal n'a pas eu l'occasion de se faire une idée sur leur nature et leur portée.

19. L'arrêt donne un motif clair et net pour lequel le Tribunal «préfère ... la qualification» qui rattache les lois guinéennes interdisant la vente de combustible aux navires de pêche (en vertu desquelles le *Saiga* a été arraisonné) à l'article 73 de la Convention à la qualification utilisée par les officiels guinéens, à savoir qu'il s'agissait d'un acte de contrebande. La réponse est que la qualification de l'interdiction de l'avitaillement de navires de pêche d'infraction douanière «fait que l'on peut très bien soutenir que ... les autorités guinéennes ont d'emblée agi en violation du droit international, tandis que la qualification au titre de l'article 73 laisse présumer que la Guinée était persuadée d'être dans son bon droit en vertu de la Convention lorsqu'elle a arraisonné le *Saiga*». L'arrêt indique ensuite : «Le Tribunal est d'avis qu'à choisir entre une qualification juridique qui entraîne une violation du droit international et une qualification qui permet d'éviter une telle conséquence, il doit opter pour cette dernière.» (Paragraphe 72).

20. Deux conclusions découlent de ce raisonnement. La première est que le Tribunal s'arrogue le droit non seulement de ne tenir aucun compte de la législation que l'Etat a retenue, manifestement de bonne foi (que ce soit à tort ou

à raison), en prenant les mesures qu'il a prises, mais également de décider effectivement des lois sur lesquelles l'Etat aurait dû se fonder, pour la simple et unique raison que le Tribunal considère que les lois qu'il préfère seraient davantage de nature à justifier les actions de cet Etat au regard du droit international que celles sur lesquelles l'Etat lui-même a décidé de fonder ses actions. Le fait que cette «justification» au regard du droit international suggérée à la Guinée par le Tribunal constitue également le seul et unique fondement de la décision du Tribunal contre la Guinée dans cette affaire ne manque pas d'ironie.

21. La seconde conclusion à tirer de la raison donnée pour cette «préférence» est que, lorsque l'arrêt dit préférer la qualification de la saisie du *Saiga* d'acte relevant de l'article 73 à la qualification par la Guinée de l'action du *Saiga* d'acte de contrebande, le Tribunal se prononce en réalité sur le point de savoir laquelle des deux qualifications est plus conforme au droit international. C'est ce qui semble ressortir de la constatation selon laquelle la qualification de l'avitaillement d'infraction douanière «entraîne une violation du droit international», tandis que la qualification au titre de l'article 73 «permet d'éviter une telle conséquence». En ce sens, l'arrêt affirme tout simplement qu'une loi qui assimile l'avitaillement à une activité de pêche *n'est pas* une violation du droit international ou, en d'autres termes, que cette assimilation relève de l'exercice légitime des droits et de la juridiction de l'Etat côtier dans le cadre de l'article 73 de la Convention.

22. A ce propos, je relève qu'il était précédemment indiqué dans l'arrêt (au paragraphe 58) ce qui suit : «Le Tribunal n'a pas à déterminer laquelle de ces deux approches est la mieux fondée en droit». Mais il semblerait que c'est précisément ce que l'arrêt fait lorsqu'il laisse entendre, voire affirme, que la qualification de l'avitaillement des navires de pêche d'infraction douanière entraînerait une violation *ab initio* du droit international par la Guinée, tandis qu'une qualification l'assimilant aux activités de pêche permettrait d'éviter une telle conséquence.

23. A mon avis, il n'appartient pas au Tribunal de se prononcer, même de façon tacite, sur une question aussi fondamentale que la portée et le champ d'application de la législation qu'un Etat côtier est autorisé à adopter concernant le contrôle de la pêche dans la zone économique exclusive conformément à l'article 73 de la Convention. Ce point n'était pas en cause en l'espèce, que ce soit en termes spécifiques ou généraux. Il aurait donc mieux valu ne pas aborder cette question de la manière suivie dans l'arrêt.

24. Le paragraphe 70 de l'arrêt indique que «la Guinée n'a allégué qu'au dernier stade de la procédure orale que l'infraction reprochée au *Saiga* avait eu lieu dans la zone contiguë et que le navire avait été capturé à bon droit au terme d'une poursuite». Cette constatation n'est pas exacte. Dans la demande introduisant cette affaire devant le Tribunal, le requérant a déclaré: «les éléments d'information que le demandeur a pu recueillir concernant l'immobilisation du navire sont repris dans un article paru dans un quotidien guinéen.

Il est notamment affirmé que le *Saiga* a été immobilisé par la douane pour 'contrebande' dans les eaux territoriales guinéennes». Il est ensuite affirmé dans la demande que le navire «ne [s'est] jamais livr[é] à la contrebande». Une traduction de l'article en question était jointe à la demande. Cet article indique dans son premier paragraphe qu'«une mission mixte douane-marine a effectué la plus grosse saisie dans le cadre de la lutte contre le trafic de carburant avec l'arraisonnement du *Saiga*». Et d'ajouter : «le *Saiga* a été arraisonné à la limite de nos eaux territoriales après un long jeu de cache-cache entre le tanker et la patrouille douane-marine» (c'est nous qui soulignons).

25. En outre, il est un fait consigné que les conseils du requérant et du défendeur ont fait maintes fois référence aux accusations de «contrebande» et à la présence du *Saiga* dans «la mer territoriale» et «la zone contiguë» de la Guinée. Dans sa toute première plaidoirie devant le Tribunal le 27 novembre 1997, M. Khalil Camara, conseil de la Guinée, a évoqué à maintes reprises le fait que la cause de la Guinée ne se rapportait pas uniquement à la zone économique exclusive. En effet, ses premiers mots étaient : «Je voudrais tout simplement vous exposer la position dans laquelle le navire *Saiga* a été vu dans – je ne dirai même pas la zone économique exclusive – mais c'était dans la zone contiguë...» (compte rendu, p. 37). Un peu plus tard, il a déclaré : «La poursuite a été amorcée lorsque le bateau était au voisinage de la première bouée, de la cité minière de Kamsar à moins de 24 milles, c'est-à-dire dans les limites de la zone contiguë de l'île d'Alcatraz» (*ibid.*). Tout cela a eu lieu le premier jour de la procédure orale et à la toute première occasion que la Guinée a eue de présenter son argumentation devant le Tribunal.

26. Il n'est donc pas exact d'affirmer que l'accusation de contrebande dans la zone contiguë ou l'allégation de poursuite a été invoquée par la Guinée «au dernier stade de la procédure orale» et que, par voie de conséquence, il s'agissait là d'une tentative *ex post facto* visant à rationaliser une action prise pour d'autres motifs. Que l'accusation de contrebande ou l'allégation de poursuite soit valable ou non est, bien entendu, une autre question.

27. Dans l'arrêt, le Tribunal a décidé de ne tenir aucun compte des charges que la Guinée a retenues contre le *Saiga* dès le début de l'affaire, charges que les autorités guinéennes ont maintenues à tous les stades de la procédure. Au lieu de cela, il a retenu un fondement de l'accusation portée contre le *Saiga* qui n'a pas été utilisé, voire même évoqué par l'un quelconque des officiers guinéens. Ce faisant, le Tribunal s'est, à mon avis, arrogé une compétence qu'il n'a pas et dont il n'a pas besoin pour s'acquitter de son mandat. Je ne peux souscrire à l'argumentation qui cherche à justifier l'exercice de cette compétence par le Tribunal.

(Signé) Thomas A. Mensah