

Opinion dissidente de M. le Vice-Président Bouguetaia

1. Le Tribunal vient de rendre son ordonnance dans l'affaire « *Enrica Lexie* », il accède ainsi à la demande de l'Italie et prescrit des mesures conservatoires. Cette affaire n'est pas aisée, au vu du vote elle a significativement divisé le Tribunal. Cette division s'est traduite par cinq opinions dissidentes et cinq opinions ou déclarations qui expriment toutes des points de vue différents notamment sur la compétence *prima facie* et sur l'urgence. Elle est aussi un *unicum* bien que des conseils et des juges ont essayé de la comparer à l'affaire « *Louisa* » ou à l'affaire « *Sunrise* ».

2. Je comprends que les parties aient tenté de puiser dans toutes les dispositions de la Convention pour y trouver des arguments et étayer leurs positions respectives. Cette démarche se serait certainement imposée s'il y avait le moindre rapport entre l'affaire et la Convention du droit de la mer. Il n'y en a malheureusement aucun, en tous cas, je n'en trouve pas et c'est pour cela que je regrette de ne pouvoir suivre le Tribunal dans sa décision.

3. Je n'évoquerai pas toutes les multiples questions que soulève l'affaire et qui auraient pu faire l'objet d'un long commentaire dans cette opinion (épuisement des recours internes, abus de droit, etc...).

Je me contenterai de concentrer ces quelques lignes sur ce qui me paraît fondamental et qui justifie ma position.

4. Le 15 février 2012, un incident est survenu au large des côtes de l'Inde à environ 20,50 miles de celles-ci au cours duquel deux fusiliers marins italiens embarqués à bord d'un tanker pétrolier battant pavillon italien ont ouvert le feu sur un bateau de pêche indien tuant deux pêcheurs et endommageant sérieusement le bateau de pêche.

5. Le 26 juin 2015, l'Italie a, en application de l'article 287 de la Convention sur le droit de la mer, engagé une procédure en vertu de l'annexe VII de la Convention à l'encontre de l'Inde.

6. Le 21 juillet, l'Italie a, dans le différend qui l'oppose à l'Inde, présenté au Tribunal une demande en prescription de mesures conservatoires au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention sur le droit de la mer. L'article 290,

paragraphe 5, dispose clairement que le « Tribunal peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article s'il considère, *prima facie*, que le Tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que *l'urgence de la situation l'exige* ». Le Tribunal devait alors s'assurer qu'un *différend* existe bien entre les parties, que le tribunal arbitral constitué au titre de l'annexe VII aurait une compétence *prima facie* et que *l'urgence* de la situation exige que des mesures conservatoires soient prescrites par le Tribunal.

7. L'existence d'un différend entre les parties au regard des faits et du droit a été aisément établie : il s'agit d'un incident entre un tanker Italien et un navire de pêche Indien pour le règlement duquel chaque partie revendique sa compétence. Il incombait donc au Tribunal avant de prescrire des mesures conservatoires au titre de l'article 290, paragraphe 5, et de s'assurer :

- que le tribunal arbitral aurait *prima facie* compétence (donc que le différend qui oppose les parties concerne l'interprétation ou l'application de la convention, article 287, paragraphe 1) ;
- que l'urgence de la situation exige que des mesures conservatoires soient prises.

8. C'est précisément sur ces deux points qui constituent les fondements des conditions requises pour les prescriptions de mesures conservatoires, que mon désaccord est total avec le Tribunal.

I) Sur la compétence *prima facie*

9. La compétence *prima facie* du tribunal arbitral de l'annexe VII constitue une condition à la compétence du Tribunal du droit de la mer (article 290, paragraphe 5). Pour que le tribunal arbitral annexe VII soit compétent il faut que le différend porte sur l'interprétation ou l'application de la Convention.

10. Le Tribunal devait donc s'assurer à ce stade de la procédure « que les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence du Tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pourrait être fondée » (paragraphe 52 de l'Ordonnance).

11. En se contentant seulement de reproduire les vues des parties sans procéder à une analyse de leur valeur et de leur portée, le Tribunal a « décrété » cette compétence en « considérant que, par les motifs qui précèdent le Tribunal dit que le Tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aurait *prima facie*, compétence pour connaître du différend » (paragraphe 54 de l'Ordonnance). Cela résonne comme un postulat qui n'a pour le moins aucun rapport avec une analyse juridique pertinente. En fait de tout le chapelet d'articles, de la Convention égrené par l'Italie pour établir une relation entre le différend et la Convention, aucune des dispositions ne pourrait prouver l'existence du *bonus fumi juris* pour reprendre la formule utilisée par le conseil de l'Inde.

12. L'Italie s'est même bien gardée de citer une seule de ces dispositions dans l'exposé de ses conclusions du 26 juin 2015, avisée qu'elle était que celles-ci ne présentaient aucune pertinence pour sa demande. Tous les articles de la Convention cités par l'Italie :

– Article 2, paragraphe 3, 27, 33, 56, 58, 87, 89, 92, 94, 97, 100 et 300, ne peuvent réellement et objectivement servir de base à la compétence *prima facie* du tribunal arbitral de l'annexe VII. Face à la vanité de tous ses arguments, l'Italie a insisté particulièrement sur l'article 97 de la Convention et soutenu qu'en « cas d'incident de navigation engageant la responsabilité pénale d'un membre du personnel du navire, il ne peut être intenté de poursuites pénales que devant les autorités judiciaires ou administratives soit de l'Etat du pavillon, soit de l'Etat dont l'intéressé a la nationalité ». L'Italie utilise là un argument « *ad hominem* » qui fragilise sa position. Elle a maintes fois déclaré que les fusiliers marins étaient des agents officiels pour lesquels elle a demandé un statut spécial, non prévu du reste par la Convention; ils ne peuvent donc être considérés comme membres du personnel du navire.

13. Par ailleurs, il n'y a eu en réalité aucun « incident de navigation » ni abordage puisque ces navires ne sont pas entrés en contact physique. Des coups de feu ont été tirés du navire Italien sur un bateau de pêche Indien immatriculé en Inde, pêchant dans la zone contigüe, et le *corpus delicti* se trouve sur ce navire.

14. On pourrait ajouter que l'article 97 de la Convention se trouve dans la partie XII sur la haute mer et que l'incident s'est produit à 20,50 miles des côtes indiennes donc dans la zone contigüe. Le différend ne rentre pas du tout dans le champ d'application de l'article 97 de la Convention.

15. Il s'agit en fait dans cette affaire de savoir quel Etat a compétence pour juger une fusillade dans la zone économique exclusive de l'Inde qui a entraîné la mort de deux pêcheurs Indiens. L'objet du différend ne relève pas du champ d'application de la Convention et celle-ci est muette sur ces questions et celles liées à l'utilisation d'armes à feu dans la ZEE ayant entraîné mort d'hommes.

16. Je n'aborderai pas cet aspect de la question mais rappellerai seulement les déclarations interprétatives contradictoires qui ont été faites par les parties lors de leur ratification de la Convention. Pour l'Inde « la Convention n'autorise pas d'autres Etats à effectuer dans la Zone Economique 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 ». L'incident s'est produit à 20,50 miles des côtes indiennes, donc bien dans la Zone Economique Exclusive de l'Inde.

17. Le Tribunal a, cependant, dans une ingéniosité fertile dont il a le secret, décidé de retenir la compétence *prima facie* du tribunal arbitral que je qualifierai peu élégamment peut être de compétence « préfabriquée ».

18. Ce faisant il restait néanmoins au Tribunal à justifier *l'urgence* de la situation (condition de l'article 290, paragraphe 5) pour prescrire des mesures conservatoires.

II) Sur l'urgence

19. L'Italie a attendu trois ans et demi après l'incident pour saisir le tribunal pour des mesures conservatoires. Elle a participé durant cette période à toutes les procédures ouvertes devant les tribunaux Indiens. Où est l'urgence ? Y a-t-il eu des faits nouveaux qui justifieraient celle-ci ? La réponse est non.

20. L'argument selon lequel « l'urgence est prouvée par le fait que l'exercice de la juridiction de l'Inde est avérée et se poursuit » (paragraphe 98 de l'Ordonnance) est fallacieux, les procédures en Inde sont suspendues, l'Inde s'est engagée à sursoir à toute action en attendant la décision du tribunal arbitral qui interviendra au plus tard dans les quatre mois. Notons au passage que la Cour Spéciale de l'Inde aura à se prononcer d'abord sur l'immunité et sur sa propre compétence avant d'entamer la procédure criminelle et que l'Italie pourra faire valoir sa revendication de compétence exclusive devant elle.

21. L'Additional Solicitor General de l'Inde a lui-même confirmé devant le Tribunal que la Cour Suprême a en fait ajourné l'affaire et que « ce ne serait pas aller trop loin que de dire que tant que le tribunal arbitral n'aura pas été constitué et n'aura pas examiné l'affaire, il n'y a pas de raison impérative de présumer que l'affaire sera reprise et pourrait déboucher sur une décision défavorable à l'Italie » (PV.15/2, Narasimha, page 13, lignes 35 à 39).

22. Alors on soutient que l'urgence « peut être humanitaire » se fondant sur la situation des fusiliers marins et leur prétendue détention. Monsieur Latorre est actuellement en Italie où il se remet au sein de sa famille de sa maladie pour laquelle il a reçu tous les soins grâce aux nombreuses autorisations de se rendre en Italie que lui a généreusement accordées la Cour Suprême Indienne. Il jouit actuellement d'une autorisation qui expirera le 13 janvier 2016 et qui est susceptible de renouvellement.

23. Quant au second fusilier M. Girone, il coule des jours paisibles à l'Ambassade d'Italie à New Dehli où il revoit famille et amis et s'est déjà rendu deux fois en Italie grâce aux largesses de la Justice Indienne. Qui plus est

l'urgence qu'il y aurait à l'autoriser à retourner en Italie y à demeurer est contredite par son propre comportement. . . . Il avait officiellement retiré sa demande en référé d'assouplissement du régime de contrôle judiciaire afin qu'il lui soit permis de se rendre en Italie.

(paragraphe 105 de l'Ordonnance)

24. Le Tribunal reconnaît « mezza voce » dans une belle parabole linguistique qu'il y a urgence sans citer pour autant une seule fois le terme dans ses considérants. Il se contente simplement de considérer « *que le fait ci-dessus 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).

25. Voilà une pudeur bien suspecte qui ne manquera pas de susciter bien des interrogations sur cette prétendue urgence.

26. L'Inde a bien tenté mais en vain de « mettre en balance les considérations humanitaires concernant les personnes accusées d'un crime grave et leur bien-être avec ceux des victimes de ce crime . . . et qu'il est bien admis qu'en cas de litige ce serait ces derniers qu'il faut privilégier » (paragraphe 94 de l'Ordonnance). Peine perdue et c'est normal car il n'y a plus d'urgence pour des pêcheurs Indiens : Ils sont morts !!! C'est ce qui autorise peut-être cette

référence sélective à l'humanitaire. Là aussi je suis désolé de ne pouvoir me résoudre à suivre la logique du Tribunal quand il trouve l' « urgence », là où il n'y en a point.

27. Je terminerai cette note en faisant quelques remarques sur la plausibilité des droits des parties et sur la portée de la mesure prescrite par le Tribunal.

28. Le Tribunal reconnaît qu'avant de prononcer des mesures conservatoires « il n'a pas à se préoccuper des prétentions concurrentes des deux parties et qu'il doit seulement s'assurer que les droits que l'Italie et l'Inde revendiquent et dont elles sollicitent la protection sont au moins plausibles » (paragraphe 84 de l'Ordonnance).

29. Ayant constaté la plausibilité de ces droits le Tribunal ne peut prescrire des mesures conservatoires que « dans l'éventualité où un *risque réel et imminent* existe qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits des parties au différents, en attendant que le tribunal arbitral constitue en application de l'annexe VII qui est saisi de l'affaire soit en mesure de modifier, rapporter ou confirmer lesdites mesures » (paragraphe 87 de l'Ordonnance).

30. Rien dans ce différend ne laisse supposer qu'il existe un risque réel et imminent qui causerait un préjudice irréparable aux droits des parties. Si tel était le cas, le Tribunal aurait dû mettre en balance les droits respectifs des deux parties pour déterminer laquelle subirait le plus grand préjudice et sur laquelle pèserait une charge excessive.

31. Comme l'a souligné récemment la Chambre spéciale du Tribunal, dans son ordonnance du 25 avril 2015, « la décision concernant l'existence d'un risque imminent de préjudice irréparable ne peut être prise qu'au cas par cas en prenant en considération tous les facteurs pertinents » (Ordonnance du 25 avril 2015, paragraphe 43).

32. D'un côté, nous avons deux victimes qu'aucune réparation ne pourra ramener aux veuves et aux orphelins qu'ils ont laissé en Inde et qui attendent que justice leur soit rendue; et de l'autre côté; deux fusiliers marins dont nous avons décrit la situation plus haut et qui jouissent des largesses de la Justice Indienne et de la bienveillante protection de leur pays.

33. La mesure conservatoire prescrite par le Tribunal rompt de façon regrettable l'équilibre entre ces droits. Bien qu'elle s'adresse aux deux parties elle ne contraint en fait que l'Inde à qui elle ôte implicitement toute compétence sur le différend. Seule l'Inde a engagé des enquêtes et des poursuites qu'elle devra abandonner au terme de la prescription du Tribunal.

34. La mesure conservatoire constitue en fait un pré-jugement en soustrayant implicitement les deux fusiliers Italiens à la juridiction Indienne.

35. Ainsi rédigée la mesure conservatoire prononcée peut avoir deux lectures embarrassantes dans les deux cas :

- Soit la suspension de toutes procédures judiciaires et la renonciation à de nouvelles sera interprétée par l'Italie, et il paraît évident qu'elle s'empressera de le faire, comme libérant le fusilier Gerone de toute autre contrainte; il pourra désormais regagner l'Italie en toute liberté et sans aucune garantie de retour au cas où le tribunal arbitral retiendrait la compétence des tribunaux indiens.
- Soit cette mesure sera perçue par l'Inde comme n'étant suspensive que des procédures judiciaires et ne concerne pas les mesures administratives dont est frappé Monsieur Gerone et qu'il devra donc demeurer en Inde en attendant la décision du tribunal arbitral.

36. Voici le genre de situation fâcheuse à laquelle on peut être confronté quand on fait autre chose que du droit ou quand celui-ci est appliqué de façon approximative, d'où la nécessité pour le juge de ne jamais se départir de l'impérative attitude d'impartialité et de la stricte application des normes juridiques existantes.

37. Dans ce différend le Tribunal aurait gagné à appliquer le droit et seulement le droit, il a préféré rechercher « un arrangement » qui ne satisfera en réalité personne. Même le juge *ad hoc* de l'Italie, Monsieur Francioni, a déclaré que la mesure ne le satisfait pas pleinement (voir la déclaration du juge *ad hoc*).

38. Bien que l'incident de l'*Enrica Lexie* se soit produit en mer, bien qu'il ait mis en rapport deux navires, bien que le Tribunal se soit ingénié à trouver des solutions juridiques dans le droit humanitaire, les droits de l'Homme ou dans le droit international général, il n'en demeure pas moins un incident qui met en opposition deux prétentions concurrentes de compétences au sujet d'un crime et qui n'a aucun lien avec les dispositions de la Convention du droit de la mer qui ne couvre hélas pas ce genre de situation.

39. Face à l'approche du Tribunal il fallait que quelques voix discordantes s'expriment, celle de celui qui en assure la vice-présidence peut paraître curieuse vu l'inconfort dans lequel elle place son auteur, mais elle n'en atteste pas moins de la bonne santé et de la crédibilité d'une institution qui œuvre continuellement au développement et au progrès du droit de la mer.

(*signé*)

B. Bouguetaia