

## Opinion individuelle de M. le juge Ndiaye

J'ai voté en faveur de l'arrêt, parce que je partage les motifs exposés par le Tribunal sur les principales questions. En particulier, je souscris aux arguments énoncés aux paragraphes 97, 99, 100, 101, 102, 122, 132, 163, 210, 213, 216, 217, 231, 266, 270, 271, 300 et 307.

J'estime toutefois que la décision, suivant laquelle le Tribunal est compétent et la requête du Panama est recevable, est fondée mais pour un certain nombre de motifs qui vont au-delà de ceux énoncés dans l'arrêt du Tribunal. Je pense en effet que l'arrêt aurait pu traiter la question nouvelle de l'exception de procédure et établir un régime juridique la concernant avant d'en arriver à la compétence et à la recevabilité de la requête. En outre, le dispositif de l'arrêt aurait dû être plus classique. Conformément à l'article 8, paragraphe 6 de la Résolution sur la pratique interne du Tribunal en matière judiciaire, la présente opinion individuelle portera sur ces points.

Le 17 décembre 2015 intervient la requête introductive d'instance par le Panama au sujet du « Norstar ». La requête du Panama a pour objet la réparation du préjudice qui aurait été causé au « Norstar » par un comportement des autorités italiennes prétendument contraire au droit des gens. Pour établir la juridiction du Tribunal, la requête invoque la déclaration faite par le Panama en vertu de l'article 287. Le 11 mars 2016, le Gouvernement italien a présenté des exceptions préliminaires concluant les unes à l'incompétence du Tribunal et les autres à l'irrecevabilité de la demande.

Dans la procédure, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties :

### « La requête

Le Panama a déposé le 17 décembre 2015 une requête introductive d'instance contre l'Italie dans un différend portant sur la saisie et l'immobilisation du navire « Norstar ». Une copie certifiée conforme de la requête a été transmise à l'Italie le 17 décembre 2015. Dans sa requête, le « demandeur demande au Tribunal de dire et juger que :

1. Le défendeur a enfreint les articles 33, 73, paragraphes 3 et 4, 87, III, 226 et 300 de la Convention ;
2. Le demandeur a droit aux dommages et intérêts qui seront déterminés lors de la procédure au fond et qui sont provisoirement estimés à dix millions (10 000 000) de dollars ; et
3. Le demandeur a droit au remboursement de tous les honoraires d'avocat, frais et dépenses accessoires ».

## I EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES

### 1) Dispositions pertinentes

- Article 294, paragraphe 3, de la Convention.
- Article 97, paragraphe 3, du Règlement.

### 2) Dépôt des exceptions préliminaires

L'Italie a déposé le 11 mars 2016 des exceptions préliminaires au titre de l'article 294, paragraphe 3, de la Convention.

- Les exceptions préliminaires ont été soulevées dans le délai de 90 jours courant à partir de l'introduction de l'instance (voir l'article 97, paragraphe 1, du Règlement).
- La procédure sur le fond a été suspendue (voir l'article 97, paragraphe 3, du Règlement).

Conformément à l'ordonnance du Président du 15 mars 2016, le Panama a déposé ses observations et conclusions écrites le 9 mai 2016, et l'Italie ses observations et conclusions écrites en réponse le 8 juillet 2016.

Le 22 août 2016, le Panama a soumis une demande en date du 16 août 2016 « sollicitant une décision à propos de l'étendue de l'objet du différend sur la base des exceptions préliminaires soulevées par l'Italie ». Par lettre du 23 août 2016, l'Italie a contesté cette demande du Panama (voir aussi PV<sub>5</sub>, p.13, l. 16–20).

### 3) Demandes des parties

#### Italie

- « [L]’Italie prie respectueusement le Tribunal de dire et juger :
  - a) qu’il n’est pas compétent pour statuer sur la requête que le Panama a déposée auprès du Tribunal le 17 décembre 2015 ;
  - b) que le recours intenté en l’espèce par le Panama contre l’Italie est irrecevable pour les raisons exposées dans les présentes exceptions préliminaires » (exceptions préliminaires, par. 36, voir par. 5 et 27 ; voir réponse, par. 178 ; voir PV5, p. 13, l. 40–44 : conclusions finales).

#### Panama

- « [L]e Panama prie respectueusement le Tribunal de :

PREMIÈREMEMENT, déclarer

1. qu’il est compétent pour connaître de l’affaire ;
2. que la requête du Panama est recevable ; et
3. que la République italienne a enfreint les garanties d’une procédure régulière ;

DEUXIÈMEMENT, dire, au vu des explications qui précèdent, que les exceptions préliminaires écrites soulevées par la République italienne sur le fondement de l’article 294, paragraphe 3, de la Convention, sont rejetées » (observations, « Conclusions », p.17 ; PV6, p. 18, l. 25–34).

## II EXCEPTIONS DE PROCÉDURE

### A) DEMANDE DU PANAMA SOLLICITANT UNE DÉCISION, EN DATE DU 16 AOÛT 2016, ET OBJECTION SOULEVÉE PAR L’ITALIE DU 23 AOÛT 2016

- Les exceptions préliminaires ont-elles été soumises en temps voulu ?

### Italie

– « la demande du Panama [du 16 août 2016] est manifestement dépourvue de fondement. En fait, la totalité des arguments présentés par l'Italie dans sa réponse du 8 juillet 2016 ont soit développé, soit précisé les exceptions qu'elle avait d'abord soulevées le 16 mars, ou ont répondu aux arguments présentés par le Panama dans ses observations du 5 mai 2016 » (PV1, p. 7, l. 22–26 ; PV5, p. 12, l. 23–25 et 42–48).

*Sur le principe de "l'égalité des armes"* : « [I] ne peut y avoir aucun motif pour le Panama d'affirmer qu'il y ait eu quelque manquement au principe de « l'égalité des armes ». Le Panama a eu tout loisir de répondre à ces exceptions et peut également y répondre pendant les présentes audiences » (PV1, p. 9, l. 12–15 ; voir PV5, p. 12, l. 26–30 et p. 13, l. 5–10).

*Sur les « pouvoirs inhérents » du Tribunal* : « l'Italie reconnaît qu'en tout état de cause, le Tribunal dispose de larges pouvoirs inhérents pour déterminer sa compétence et la recevabilité de la requête. Ces pouvoirs, qui permettent à un tribunal de déterminer sa compétence et la recevabilité même si des exceptions n'ont pas été soulevées dans les temps voulus, voire n'ont pas été soulevées du tout, font partie intégrante du droit international » (PV1, p. 9, l. 25–29).

« [A]ucune des six exceptions préliminaires dont se plaint le Panama n'est nouvelle dans la réponse de l'Italie » (PV1, p. 7, l. 36 et 37).

*Sur « l'absence de pouvoirs de représentation »*, voir PV1, p. 7, l. 43 à p. 8, l. 7 ; PV5, p. 3, l. 17–36 ;

*Sur le « manque de pertinence droits invoqués »*, voir PV1, p. 8, l. 9–23 ;

*Sur l'« ordre de saisie du navire "Norstar" ne constituant pas un manquement à une obligation internationale »*, voir PV1, p. 8, l. 25–36 ; PV5, p. 4, l. 22–35 ;

*Sur l'« échange de vues »*, voir PV5, p. 3, l. 38–43 ;

*Sur l'attribution du comportement*, voir PV1, p. 8, l. 38–42 ;

*Sur la « nature diplomatique » de la requête, voir PV1, p. 8, l. 44–49 ; PV2, p. 1, l. 12–18 ; PV5, p. 3, l. 38–43 ;*

*Sur l'acquiescement, la prescription et l'estoppel, PV1, p. 8, l. 51 – p. 9, l. 1 ; PV2, p. 20, l. 34 à p. 21, l. 10.*

### Panama

– « ... il est injuste que le Panama n'ait pas eu l'opportunité de répondre à cette nouvelle exception de l'Italie, autrement qu'au stade de la présente procédure orale » (PV4, p. 21, l. 27–29).

*S'agissant de l'argument concernant les « pouvoirs de représentation » soulevé par l'Italie dans sa réponse : « Aucun de ces points n'a été évoqué dans les exceptions préliminaires et n'a donc pu être discuté par le Panama dans ses observations et conclusions écrites ... » (demande sollicitant une décision, par. 11 ; voir PV4, p. 21, l. 21–50).*

*S'agissant de l'argument concernant la « pertinence des dispositions invoquées par le Panama » soulevé par l'Italie dans sa réponse : « Dans la suite de sa réponse, l'Italie continue d'arguer que chacune des dispositions invoquées par le Panama dans sa requête est dépourvue de pertinence (Réponse, paragraphes 33–49). Le Panama se trouve actuellement dans l'incapacité de contester ces exceptions sous forme écrite, étant donné que l'Italie les a soulevées pour la première fois dans sa réponse » (demande sollicitant une décision, par. 13 ; voir PV4, p. 22, l. 2–13).*

*S'agissant de l'argument concernant l'« ordonnance de saisie comme acte préparatoire » soulevé par l'Italie dans sa réponse : « ... si nous examinons les exceptions préliminaires soulevées par l'Italie, nous constatons aisément que cet argument ne figure pas dans ce document. Par conséquent, le Panama n'a pas pu s'exprimer à son propos dans ses observations et conclusions sur les exceptions préliminaires de l'Italie » (demande sollicitant une décision, par. 17 ; PV4, p. 22, l. 15–26).*

*S'agissant de l'argument concernant l'« attribution du comportement » soulevé par l'Italie dans sa réponse : « Le fait que le Panama ait invoqué une violation de son droit de navigation pacifique par l'Italie, et que l'Italie conteste à présent cette violation en indiquant qu'elle n'a pas procédé à la saisie et à l'immobilisation du navire, constitue une exception*

nouvelle fondée sur le principe de la responsabilité indépendante, que le Panama n'a pas prévue, et pose de nouvelles questions à propos de la manière dont la conduite d'un État doit être définie et dont l'article 6 des Articles sur la responsabilité de l'État de la CDI doit être appliqué. Ces questions ont désormais ajouté une nouvelle dimension à cette procédure, auxquelles le Panama n'a pas été en mesure de répondre à ce jour » (demande sollicitant une décision, par. 21 ; voir PV4, p. 22, l. 28–38).

*S'agissant de l'argument de l'Italie invoquant le fait que la requête « s'apparente à un endossement diplomatique » : « ... l'Italie n'a fait mention de cette exception dans aucun des arguments avancés à l'appui de ses exceptions préliminaires. En conséquence, le Panama n'a pas eu la possibilité d'y répondre dans ses observations » (demande sollicitant une décision, par. 24 ; PV4, p. 22, l. 40–50).*

*S'agissant de l'argument concernant l'« acquiescement » soulevé par l'Italie dans sa réponse : « [C]'est également la première fois que l'Italie qualifie le recours du Panama d'acquiescement » (demande sollicitant une décision, par. 27). « ... étant donné que l'Italie n'a soulevé aucune des questions précitées dans ses exceptions préliminaires, toutes ces exceptions nouvelles doivent être rejetées étant donné qu'elles ont été soulevées tardivement » (demande sollicitant une décision, par. 30 ; voir PV4, p. 23, l. 2–7).*

## B) Statut de la requête du Panama

La demande du Panama porte sur la qualification procédurale de l'irrecevabilité ou non de la réponse italienne du 8 juillet 2016. L'on sait que la demande de nullité d'un acte de procédure est une exception de procédure qui doit être présentée *in limine litis*. « *In limine litis* » est une expression latine du droit procédural signifiant « dès le commencement du procès ». Elle est utilisée pour rappeler que les moyens de forme doivent être évoqués dès le début de l'instance et avant tout moyen de fond, ceci afin d'éviter que la procédure ne s'éternise inutilement et d'éviter que le moyen soulevé ne soit, en réalité, qu'un procédé dilatoire. Autrement dit, les exceptions de nullité pour vice de forme doivent ainsi être soulevées « *in limine litis* », c'est-à-dire avant toute défense au fond. Contrairement aux moyens de pure forme évoqués ci-dessus, les moyens de droit [c'est-à-dire, les moyens de fond] peuvent être évoqués « en tout état de cause » c'est-à-dire jusqu'au délibéré. L'objet du différend est établi dans l'acte introductif d'instance et la requête du Panama a trait à l'*exercice du droit d'action*, lequel se compose de la demande et des moyens de défense.

1) **Faits et procédure à l'origine de la demande :**

- Le 16 novembre 2015 [le 17 décembre 2015], le Panama introduit une instance contre l'Italie par requête auprès du Tribunal dans un différend concernant la saisie et l'immobilisation du « Norstar », navire battant pavillon panaméen.
- Le 11 mars 2016, l'Italie soulève des exceptions préliminaires d'incompétence du Tribunal d'une part et d'irrecevabilité de la requête du Panama de l'autre.
- Le 10 mai 2016, le Panama dépose ses observations et conclusions écrites en réponse aux exceptions soumises par l'Italie et,
- Le 8 juillet 2016, l'Italie soumet sa réplique aux observations panaméennes.
- Le 22 août 2016, le Panama soumet une demande « sollicitant une décision relative à l'étendue des exceptions préliminaires soulevées par l'Italie » et,
- Le 23 août 2016, l'Italie s'oppose à la demande présentée par le Panama.

2) **La recevabilité de la demande :**

a) La recevabilité en la forme

Selon l'article 97, paragraphes 1 et 2 :

- 1) « Toute exception à la compétence du tribunal ou à la recevabilité de la requête ou *toute autre exception sur laquelle une décision est demandée* avant que la procédure sur le fond se poursuive doit être présentée par écrit 90 jours au plus tard après l'introduction de l'instance ».
- 2) « L'acte introductif de l'exception contient l'exposé de fait et de droit sur lequel l'exception est fondée ainsi que les conclusions ».

Autrement dit, une exception peut être d'incompétence ou d'irrecevabilité, *mais aussi toute autre sur laquelle une partie demande une décision au Tribunal*, pourvu qu'elle soit préliminaire au fond.

C'est exactement le cas de l'exception panaméenne : il s'agit d'une exception de procédure ! Et compte tenu de son acte introductif conforme au paragraphe 2 de l'article 97 du Règlement du Tribunal, l'on peut conclure que les conditions de forme de recevabilité de la demande prévues par le Règlement sont remplies.

b) La recevabilité au fond : elle est évaluée à l'aune de plusieurs critères.

D'abord le critère d'ordre juridique pur. Une juridiction comme le Tribunal ne saurait agir que sur la base du droit et doit donc s'assurer qu'elle a le pouvoir de s'exprimer sur le fond avant de le faire.

Ensuite, le second critère a trait à la bonne administration de la justice et à l'importance d'une bonne justice.

Enfin le dernier critère regarde le rôle actif du Tribunal en tant que maître de la procédure et gardien de l'intégrité judiciaire. C'est pourquoi le Tribunal est tenu de soulever d'office tout moyen affectant l'intégrité judiciaire ou la bonne administration de la justice. Il faut rappeler les arguments du Panama pour les jauger en fonction des critères ci-dessus rappelés :

- 1) « It is in violation of the Principle of Due process of Law and procedurally anomalous to allow the Respondent to file additional objections, i.e. those that were not referred to either in the Preliminary Objections or in the Observations made by the Applicant in response
- 2) Panama requests that the Tribunal reject any and all of these Objections as filed because they are in contravention of paragraph 1 of article 97
- 3) The principle of Equality of Arms states that both parties to a dispute must be allowed the same opportunities
- 4) Italy is unduly hindering Panama's case by now bringing up additional points
- 5) If [the] new objections are deemed admissible, Panama will have been placed at a procedural disadvantage
- 6) An elementary and fundamental requirement of due process in any proceeding is the opportunity for both parties to present their respective arguments on equal terms
- 7) Italy has made objections beyond the [90 days] time limit in its attempt to broaden the scope of its Preliminary Objections
- 8) The only opportunity that Panama now has to make use of its right to contradict these arguments is in the oral proceedings. However, this would affect the Principle of Due Process of law, Contradiction, and of *égalité d'armes* because of the lack of time for Panama to study, corroborate and challenge these new objections and arguments. »

La demande du Panama invite le Tribunal à répondre principalement à la question de savoir si l'irrecevabilité invoquée par l'autre Etat constitue une fin de non-recevoir ou une exception de procédure. Cette question rappelle celle que la Cour permanente s'est posée dans l'affaire de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, où elle s'est demandé s'il s'agissait :

[d]'un de ces moyens de défense, tirés du fond de la cause et tendant à en faire écarter l'examen par le juge, auxquels on donne généralement, ainsi que l'a fait le droit français, le nom de « fins de non-recevoir » ? Ou bien n'est-on pas plutôt en présence d'une véritable exception s'opposant ... non pas à l'action elle-même et au droit sur lequel elle repose, mais à l'exercice de cette action en justice ? [arrêt n° 6, 1925, C.P.J.I. série A n° 6, p. 19].

### 3) L'exception de procédure

Il apparaît que nous sommes ici en présence d'une exception de procédure. En effet, une exception de procédure consiste en tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours. Parmi les exceptions de procédure figurent les exceptions de nullité, qui comprennent les nullités pour vice de forme, sachant que l'annulation d'un acte de procédure pour vice de forme suppose la réunion de deux conditions : l'observation d'une formalité substantielle et la preuve du grief qui cause l'irrégularité.

Il ne s'agit pas, dans le cadre d'un tel moyen de défense, de contestation portant sur le fond même de la prétention de l'autre Partie, mais de contestation portant sur la procédure.

Il faut dire que le terme « exception » est polysémique, pouvant désigner une véritable défense au fond – par exemple, l'exception de compensation en droit interne – ou un moyen de défense en général comme lorsque l'on dit « le juge de l'action est juge de l'exception ».

Lorsqu'un Etat oppose une exception de procédure à un autre Etat, il indique par ce moyen qu'il n'accepte pas, tout au moins à titre provisoire ou temporaire, le débat au fond – comme en la présente espèce –, soit pour paralyser provisoirement l'instance de façon à bénéficier de délai supplémentaire, soit pour éteindre la procédure ou l'instance.

En cela, l'exception de procédure est aussi une exception préliminaire en ce sens que son but est de suspendre la procédure au fond pour assurer un examen préalable des questions soulevées. Il s'agit donc d'un

moyen invoqué au cours de la première phase d'une instance et tendant à obtenir que le tribunal saisi tranche une question préalable avant d'aborder l'examen du fond de l'affaire, le but de l'exception étant le plus souvent d'obtenir qu'il ne soit pas passé à l'examen du fond. [Salmon (dir.) *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 474]

L'annulation d'un acte de procédure pour vice de forme s'effectue par le biais de l'exception de procédure. C'est en effet par la voie d'une exception de procédure que la Partie qui entend faire déclarer nul un acte de procédure doit soulever la nullité. En matière d'exception de nullité, le juge doit être strict pour les irrégularités susceptibles d'affecter l'acte introductif d'instance, lequel établit l'objet du différend et est donc essentiel à toute la procédure. Autrement dit, si le vice de forme affecte l'acte introductif d'instance, la nullité devra être invoquée au tout début de l'instance avec les autres exceptions de procédure éventuelles, c'est-à-dire celles relatives à la validité formelle d'un acte de procédure. Il faut relever que l'attitude de la Cour internationale de Justice face aux vices de procédure varie selon qu'il s'agit d'un défaut de l'acte introductif d'instance ou de vices de procédure à proprement parler. La Cour apparaît plutôt flexible et permet la régularisation d'actes introductifs d'instance défectueux.

En revanche, elle sera très stricte pour tout défaut de validité d'actes de procédure, surtout lorsqu'il s'agit de garantir l'égalité des parties et la bonne administration de la justice. C'est ainsi que la Cour de La Haye a eu à exclure que de nouvelles pièces de preuve ou documents soient présentes lorsqu'ils sont tardifs.

En effet, le paragraphe 54 de l'arrêt du 26 février 2007 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)* est libellé comme suit :

Le 7 mars 2006, la Bosnie-Herzégovine a communiqué à la Cour et au défendeur un CD-ROM intitulé « Documents publics du TPIY et autres documents cités par la Bosnie-Herzégovine durant ses plaidoiries (07/03/2006) ». Par une lettre datée du 10 mars 2006, la Serbie-et-Monténégro a fait savoir à la Cour qu'elle avait des objections à la production de ce CD-ROM, la présentation aussi tardive d'un tel volume

de documents « [étant] source de graves préoccupations quant au respect du Règlement de la Cour et quant aux principes d'équité et d'égalité entre les Parties ». Elle indiquait également que les documents figurant sur le CD-ROM « sembl[ai]ent discutables au regard du paragraphe 4 de l'article 56 du Règlement ». Par une lettre en date du 13 mars 2006, l'agent de la Bosnie-Herzégovine a informé la Cour des vues de son gouvernement sur les objections précitées de la Serbie-et-Monténégro. Dans cette lettre, l'agent faisait notamment valoir que tous les documents contenus dans le CD-ROM avaient été mentionnés à l'audience par la Bosnie-Herzégovine, qu'ils relevaient du domaine public et étaient des documents « facilement accessible[s] », au sens du paragraphe 4 de l'article 56 du Règlement. L'agent ajoutait que la Bosnie-Herzégovine était disposée à retirer le CD-ROM si la Cour le jugeait souhaitable. Par une lettre du 14 mars 2006, le greffier a informé la Bosnie-Herzégovine que, le paragraphe 4 de l'article 56 du Règlement n'imposant ni n'autorisant la présentation à la Cour de l'intégralité du texte d'un document mentionné à l'audience en vertu de cette disposition, et la Partie adverse et la Cour ayant quelque difficulté à gérer, à ce stade tardif de la procédure, un volume aussi considérable de documents, lesquels étaient en tout état de cause dans le domaine public et pouvaient donc être consultés en cas de besoin, la Cour avait décidé qu'il était dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice que le CD-ROM fût retiré. Par une lettre datée du 16 mars 2006, l'agent de la Bosnie-Herzégovine a retiré le CD-ROM qui avait été présenté le 7 mars 2006.

La juridiction internationale doit même soulever *proprio motu* tout motif se rattachant à son intégrité judiciaire, aux conditions de la compétence générale *ratione personae* et *ratione materiae* et à la recevabilité matérielle, comme l'intérêt et la qualité pour agir.

C'est ainsi que dans l'*Affaire de l'Administration du prince von Pless*, la Cour permanente dit :

Considérant que la demande ainsi formulée soulève une question quant à la compétence de la Cour, question qui est liée à celle de savoir si, se basant sur l'article 72, alinéa 3, de la Convention de Genève, un Etat peut, en sa qualité de Membre du Conseil, demander qu'une indemnité soit allouée au profit d'un minoritaire ressortissant de l'Etat défendeur ; que, dès lors, et comme cette dernière question – que la Cour croit devoir soulever d'office – relève du fond, la Cour ne saurait statuer sur la question de compétence avant d'avoir entendu les arguments quant au fond ;

[*Administration du prince von Pless, [exception préliminaire,] ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. série A/B, n. 52, p. 15 ; voir en outre l’Affaire du Sud-Ouest Africain de 1966, C.I.J. Recueil 1966, p. 18–19]*

Si le vice de forme allégué – comme en la présente espèce – affecte un acte intervenu en cours d’instance, il faut que la Partie qui entend faire annuler l’acte oppose l’exception de nullité ou en demande le rejet avant la poursuite de la discussion au fond, étant entendu que tous les moyens de nullité contre les actes de procédure doivent être invoqués *ab initio* et simultanément.

Il convient de souligner que le régime de l’exception de procédure est plus strict que celui de la défense au fond en ce que la première donne à penser qu’un tel moyen de défense est essentiellement mû par le souci de retarder le déroulement de la procédure, voire de paralyser provisoirement l’instance.

Ces exceptions de procédure, quoique rares, sont d’une importance capitale et les juridictions internationales se doivent de les soulever *proprio motu* dans la mesure où elles affectent les fondements mêmes de la procédure : la bonne administration de la justice ; le Tribunal est maître de la procédure et gardien de l’intégrité judiciaire ; les intérêts des Etats parties à la Convention et donc au Statut du TIDM doivent être sauvegardés ; il en va de même du « due process of law » et des principes de l’*Habeas Corpus*, en particulier celui de l’égalité des armes entre les Parties au procès etc ...

Le Panama fait valoir en outre une autre forme d’incident de procédure – ce qu’il qualifie de nouvelles exceptions et que l’Italie nomme de nouveaux arguments. Cet incident relèverait plutôt des incidents provenant de la modification des prétentions des Parties ou des Parties au procès : demandes additionnelles ; demandes incidentes ou interventions.

Rappelons par ailleurs que constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l’adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d’agir, tel que :

- le défaut de qualité ;
- le défaut d’intérêt ;
- la prescription ;

- le délai préfix et ;
- la chose jugée.

Au total l'on peut retenir que la demande du Panama recèle une exception de procédure et que le tribunal est compétent pour :

- Statuer sur les exceptions de procédure ;
- Statuer sur les incidents mettant fin à l'instance ;
- Considérer que la procédure est irrégulière ;
- Ordonner toute mesure provisoire, y compris toute mesure d'instruction ;
- Rejeter les nouvelles exceptions italiennes de la réplique et enfin ;
- Consentir un nouveau délai au Panama pour lui permettre de répondre par écrit après la procédure orale. Et ce, parce que le fondement commun des dispositions de procédure dans tous les systèmes juridiques est l'égalité effective entre les parties : c'est une conséquence du caractère judiciaire du Tribunal.

C'est le souci d'assurer une égalité complète entre les deux Parties qui fonde les décisions prises quant à :

- L'ordre de production des pièces de la procédure ;
- La charge de la preuve ;
- L'audition des parties et leur droit de réponse en application du principe « *auditor et altera pars* » [*Affaire Nottebohm*] ;
- L'allocation du temps de préparation des dossiers [mémoire/ contre-mémoire, etc] ;
- Le temps de parole.

Je pense que permettre au Panama de répondre par écrit après la procédure orale aurait permis au Tribunal de disposer d'une plus grande liberté et de plus de certitude dans l'appréciation de la valeur probante des éléments qui lui sont présentés par l'Italie et le Panama et dans l'établissement de la vérité légale. L'on pourrait ainsi statuer en meilleure connaissance de cause ! Le Tribunal a décidé d'allouer à chaque Partie 30 minutes de temps de parole supplémentaire durant les audiences pour s'exprimer sur ce sujet, comme rappelé au paragraphe 30 de l'arrêt.

### III EXCEPTIONS D'INCOMPÉTENCE

- 1) Existe-t-il un différend entre l'Italie et le Panama et ce différend est-il relatif à l'interprétation et l'application de la Convention ?

#### Italie

« Il n'y a pas de différend entre le Panama et l'Italie concernant les faits allégués dans la requête » (exceptions préliminaires, par. 4 a) et 17 a); voir réponse, par. 176 a) et 8 ; voir aussi PV1, p. 5, l. 26–29 et p. 10, l. 30–31).

#### Panama

– « ... il existe un différend entre le Panama et l'Italie » (observations, par. 5; pour les références jurisprudentielles, voir observations, par. 9 ; voir PV3, p. 3, l. 23–50 ; PV6, p. 1, l. 18 à p. 2, l. 2).

Echange de communications / Pouvoirs de représentation

#### Italie

« L'assertion unilatérale de ses propres prétentions ne suffit pas, en soi, à remplir la condition fondamentale de l'existence d'un différend entre les parties. En réalité, le Gouvernement panaméen n'a jamais soulevé ses plaintes ou récriminations concernant les faits allégués dans sa requête auprès du Gouvernement italien par les voies de droit appropriées, de sorte que ce dernier puisse s'y opposer ou les contester » (exceptions préliminaires, par. 18 ; PV1 p. 10, l. 43 à p. 11, l. 20).

« ...les communications reçues de la part de M. Carreyó et du Gouvernement panaméen étaient sans conséquence au regard du critère de l'existence d'un différend international entre l'Italie et le Panama. Premièrement, les communications de M. Carreyó ne pouvaient être présumées provenir d'un représentant étatique autorisé à mettre en cause la responsabilité de l'Italie.... Deuxièmement ... elles consistaient soit à avertir qu'une procédure de prompt mainlevée serait engagée – ce qui n'a jamais été fait –, soit à demander réparation sans toutefois indiquer les fondements juridiques d'une telle demande en droit international et

encore moins les droits dont le Panama se prévaut dans la *requête* » (réponse, par. 26, voir par. 10).

« [L]’inexistence d’une situation susceptible de produire un désaccord entre les Parties est principalement due à l’absence du caractère représentatif de Monsieur Carreyó... Monsieur Carreyó est apparu aux yeux des fonctionnaires italiens, dans sa première lettre du 15 août 2001, comme un sujet privé sans aucun pouvoir de représentation pour négocier au nom du Gouvernement du Panama » (PV1, p. 12, l. 26–33).

« [O]n ne peut pas confondre le pouvoir d’ester en justice avec celui de représenter un Etat dans les relations diplomatiques » (PV1, p. 13, l. 18–20).  
« En particulier, le pouvoir donné à une personne d’agir au nom d’un Etat dans une procédure de prompt mainlevée est un type de pouvoir unique concernant la situation visée à l’article 292, et ne s’étend pas au pouvoir d’agir au nom de l’Etat au-delà de cette procédure » (PV5, p. 4, l. 9–12).

« [C]e n’est pas aux communications diplomatiques du Panama que l’Italie n’a pas répondu, c’est tout simplement à M. Carreyó puisque ce dernier n’était pas investi du pouvoir de négocier avec l’Italie au sujet des faits de l’espèce » (réponse, par. 9).

« Les communications reçues par le Gouvernement italien ne provenaient pas d’autorités gouvernementales panaméennes » (réponse, par. 10).

« Contrairement à ce qu’allègue le Panama, ... l’Italie n’a pas passé sous silence certaines communications émanant de M. Carreyó ou du Panama, mais mis en avant leur manque d’adéquation et de pertinence – d’un point de vue diplomatique, et donc juridique » (réponse, par. 11).

*Sur la lettre du Ministère des affaires étrangères panaméen du 2 décembre 2000 au Greffier du Tribunal* : « Ce document se borne plutôt à conférer [à Monsieur Carreyó] un pouvoir d’ester en justice au nom du Panama, clairement dans les limites exclusives d’une procédure de prompt mainlevée au titre de l’article 292 de la Convention » (PV1, p. 14, l. 38–40).

*Sur la lettre du 31 août 2004* : voir PV1, p. 13, l. 35–40.

*Sur la note verbale AJ n° 2227* : « Aux troisième et quatrième alinéas, cette lettre indique qu'elle transmet au Gouvernement italien une lettre de Monsieur Carreyó du 3 août 2004, toujours certifiée et apostillée. C'est une modalité curieuse car l'on pourrait se demander qui représente qui dans cette affaire : le privé le public, ou le public le privé ? » (PV1, p. 16, l. 25-29).

*Sur des communications particulières* : voir exceptions préliminaires, par. 10, 13, 14; voir réponse, par. 12 à 26 ; voir aussi PV1, p. 13, l. 40 à p. 14, l. 40 ; p. 16, l. 15 à p. 18, l. 46.

### Panama

– « ... le Panama n'aurait pas introduit d'instance devant le Tribunal s'il n'était d'avis qu'un différend existe à bon droit » (observations, par. 6).

« ... l'immobilisation du *Norstar*, puis sa mainlevée, et le fait que l'Italie n'ait pas versé d'indemnité est constitutif d'un différend, et ... le refus de l'Italie de répondre aux communications officielles qu'elle a reçues du Panama à ce sujet a prolongé l'existence du litige » (observations, par. 76).

*Sur les communications* :

« En refusant de répondre aux communications du Panama, l'Italie a, de fait, pris implicitement une position très différente de celle du Panama puisqu'elle a rejeté les demandes officielles de celui-ci, ce qui confirme l'existence d'un grave désaccord » (observations, par. 9).

« Je [l'agent du Panama] ne suis pas tenu de communiquer en utilisant la langue diplomatique ou au moyen de notes verbales. Me doutant peut-être que l'Italie allait exciper de la chose, je me suis rendu au Ministère panaméen des affaires étrangères pour demander que les communications que j'avais envoyées à l'Italie lui soient transmises par la voie diplomatique » (PV4, p. 13, l. 41-46).

« L'Italie n'a répondu à aucune des communications écrites du Panama ... Le fait que le Panama ait adressé une réclamation à l'Italie, que celle-ci n'a pas reconnue et à laquelle elle a encore moins essayé de répondre, montre clairement l'existence d'un différend. Le Tribunal devrait reconnaître les bonnes intentions du Panama et considérer que

le silence de l'Italie prouve sans ambiguïté son rejet de la demande du Panama » (observations, par. 7, voir aussi par. 8).

« ... le Règlement du Tribunal n'interdit pas à une partie de se faire représenter par "un avocat privé" » (PV6, p. 2, l. 30-31).

« ... pour qu'une correspondance soit valable, il n'est pas nécessaire qu'elle inclue un mandat donné par écrit. L'indication de la personne ou de l'Etat représenté suffit. En outre, l'autorisation voulue peut être accordée rétroactivement par l'Etat représenté » (PV6, p. 2, l. 36-39).

« ... par sa note verbale 2227 du 31 août 2004, le Panama a expressément confirmé à l'Italie que son Ministère des affaires étrangères avait certifié que l'avocat Nelson Carreyó avait été mandaté pour agir en tant que représentant de la République du Panama devant le Tribunal international du droit de la mer » (PV6, p. 2, l. 41-44).

*Sur la lettre du Ministère des affaires étrangères panaméen du 2 décembre 2000 au Greffier du Tribunal :*

« [L]e document se limite à autoriser [Monsieur Carreyó] à introduire une instance au nom du Panama.... Mais l'Italie ajoute que c'était pour les besoins de la procédure de prompt mainlevée.... lorsqu'un avocat obtient un mandat pour demander la mainlevée d'un navire, n'est-il pas également autorisé à communiquer avec une autre Partie dans les conditions qu'il souhaite ? » (PV4, p. 14, l. 26-33 ; voir aussi PV6, p. 2, l. 18-22).

*Sur des communications particulières :* voir observations, par. 19 à 33 ; PV3, p. 18, l. 12 à p. 19, l. 9 ; p. 19, l. 35 à p. 22, l. 14.

*Sur les déclarations au titre de l'article 287 de la Convention :* voir observations, par. 49 ; voir requête, par. 2.

Le différend est-il relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention (voir article 288, paragraphe 1, de la Convention) ? / Pertinence des droits invoqués par le demandeur.

## Italie

– « ... il n'existe pas de différend entre le Panama et l'Italie concernant l'interprétation ou l'application de la Convention... les dispositions invoquées par le Panama dans sa *requête* sont manifestement dépourvues de pertinence en l'espèce et ..., par conséquent, le Panama n'a pas établi *prima facie* le bien-fondé de sa thèse » (réponse, par. 28).

*Sur les correspondances*, voir PV1, p. 20, l. 19–20 et p. 21, l. 20–22.

*Sur l'article 288 de la Convention* (voir exceptions préliminaires, par. 18, et réponse, par. 29).

« ... les dispositions de la Convention invoquées par le Panama sont de toute évidence inapplicables aux faits de l'espèce et qu'elles ne sauraient fournir une base juridique solide sur laquelle fonder ses prétentions » (réponse, par. 32; voir exceptions préliminaires, par. 19).

« ... les dispositions que le Panama invoque au regard de la compétence *ratione loci* et *ratione materiae* sont complètement hors de propos s'agissant de la saisie du *Norstar*, celle-ci ayant été opérée par les autorités espagnoles en baie de Palma de Majorque, c'est-à-dire dans des eaux intérieures espagnoles » (réponse, par. 32).

« [T]outes les dispositions évoquées par le Panama dans sa requête concernent manifestement des espaces maritimes différents des eaux territoriales. En conséquence, les articles 33, 87 et 111 de la Convention ne s'appliquent pas aux faits de l'espèce » (PV5, p. 7, l. 7–10).

« Il ne suffit pas ... que le demandeur se réfère à un certain nombre de dispositions de la Convention au moment de l'introduction de sa requête pour obtenir la compétence *ratione materiae* du Tribunal » (PV1, p. 20, l. 32–34).

*Sur l'article 33 de la Convention* : voir réponse, par. 33 ; PV1, p. 38, l. 35 à p. 39, l. 1 ;

*Sur l'article 73 de la Convention* : voir réponse, par. 34 à 36 ; PV1, p. 39, l. 3–28 ;

*Sur l'article 87 de la Convention* : voir réponse, par. 37 à 39 ; PV1, p. 21, l. 29-44 ; p. 39, l. 30 à p. 40, l. 8 ;

*Sur l'article 11 de la Convention* : voir réponse, par. 41 ; PV1, p. 40, l. 10-21 ; PV5, p. 7, l. 12-20 ;

*Sur l'article 226 de la Convention* : voir réponse, par. 42 à 44 ; PV1, p. 40, l. 23-46 ;

*Sur l'article 300 de la Convention* : voir réponse, par. 45 à 48 ; PV1, p. 41, l. 2-13.

### **Panama**

– « ... le présent différend a trait à la Convention et à la manière dont ses dispositions sont interprétées et appliquées » (observations, par. 5, voir par. 79).

« La République du Panama invoque la violation par le défendeur des articles 33, 73, paragraphes 3 et 4, 87, 111, 226 et 300, ainsi que d'autres, de la Convention. Le droit de navigation pacifique du Panama, partant celui du Norstar, a été violé par les agents de la République italienne, qui ont entravé les déplacements et activités d'un navire étranger en haute mer au mépris des règles essentielles de la Convention ... » (requête, par. 9 ; voir observations, par. 49 et 71).

« [L]e Panama saisit cette occasion pour concéder que l'article 73 (réponse, paragraphes 34, 35 et 36) et l'article 226 (paragraphes 42, 43 et 44) ne s'appliquent pas à l'espèce, ces dispositions relevant de la partie XII, consacrée à la protection et à la préservation du milieu marin » (PV3, p. 25, l. 46-49 ; voir aussi PV3, p. 10, l. 16-17).

« Dans la requête qu'il a présentée au Tribunal, le Panama a circonscrit l'objet du différend en ces termes : "un différend [qui] porte, entre autres, sur la violation par l'Italie des dispositions de la Convention relatives à la liberté et au droit de navigation et/ou aux utilisations de la mer aux autres fins internationalement licites visées à l'article 58 de la Convention (...) [et sur la] réparation (...) pour le préjudice causé (...) par la saisie illégale du Norstar" » (observations, par. 49 ; voir requête, par. 3 ; PV3, p. 26, l. 5-8).

*Sur l'article 87 de la Convention* : PV3, p. 26, l. 33–35 ; PV3, p. 26, l. 47–49 ;

*Sur l'article 11 de la Convention* : PV3, p. 27, l. 10–24 ;

*Sur l'article 297 de la Convention* : voir observations, par. 51 ; PV3, p. 10, l. 17–20 ;

*Sur l'article 300 de la Convention* : PV3, p. 27, l. 26–30.

Pour l'Italie il y a un défaut de pouvoirs de représentation, lequel a engendré :

- a) L'inexistence de différend
- b) Le non-respect de l'obligation de procéder à un échange de vues.  
Pour elle,
- c) Seuls des organes de l'Etat ou des personnes expressément habilités peuvent agir pour un Etat et une distinction doit être établie entre
- d) Une fin spécifique et toutes fins.

L'on note le début des communications avec l'Italie dès le 15 août 2001. Le différend est né du fait que l'Italie n'a pas reconnu la demande du Panama. Il apparaît que le refus de collaborer est la preuve formelle de l'existence d'un différend.

#### **Le régime juridique du différend :**

En l'absence de définition du différend dans les statuts des juridictions internationales, il faut recourir à la jurisprudence de ces dernières pour en établir le régime juridique puisque 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.

- 1) Selon la CPJI, « [u]n 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 ; définition reprise dans les Affaires du thon à nageoire bleue par le Tribunal*].

- 2) 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].
- 3) Il convient, dit la Cour, 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, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 40, paragraphe 90].
- 4) La Cour « pour se prononcer, doit s'attacher aux faits. Il s'agit d'une question de fond et non de forme » dit-elle [*Affaire Géorgie/ Fédération de Russie, exceptions préliminaires, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2011*, paragraphe 30].
- 5) 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*, paragraphe 42-44].
- 6) Un « désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis*. Pour déterminer l'existence d'un différend, il est possible, comme dans d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie » [*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, paragraphe 89].
- 7) La CIJ indique en outre que : « l'existence d'un différend peut être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait » [*Affaire Géorgie/Fédération de Russie, op. cit. paragraphe 30*].
- 8) Selon la CIJ :

Lorsque la Cour est saisie sur la base de déclarations faites en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut, la tenue de négociations préalables n'est pas requise, à moins que l'une des déclarations pertinentes n'en dispose autrement (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 322, par. 109). Par ailleurs, « si la protestation diplomatique officielle peut constituer un moyen important pour une partie de porter à l'attention de l'autre une prétention, pareille protestation ... n'est pas une condition nécessaire » à l'existence d'un différend (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016*, par. 72). De la même manière, la notification de l'intention d'introduire

une instance n'est pas requise aux fins de pouvoir saisir la Cour (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 297, par. 39*).

9) En outre :

L'existence d'un différend doit être établie objectivement par la Cour sur la base d'un examen des faits (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016, par. 50*). A cette fin, celle-ci tient notamment compte de l'ensemble des déclarations ou documents échangés entre les parties (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 443- 445, par. 50-55*), ainsi que des échanges qui ont - 18 - eu lieu dans des enceintes multilatérales (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 94, par. 51, p. 95, par. 53*). Ce faisant, elle accorde une attention particulière «aux auteurs des déclarations ou documents, aux personnes auxquelles ils étaient destinés ou qui en ont effectivement eu connaissance et à leur contenu» (*ibid.*, p. 100, par. 63).

10)

Le comportement des parties peut aussi entrer en ligne de compte, notamment en l'absence d'échanges diplomatiques (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie), exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016, par. 71 et 73*). Ainsi que l'a écrit la Cour,

« un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis* ... [I]l est possible, comme en d'autres domaines, d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie. » (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89.*)

En particulier, la Cour a jugé que « l'existence d'un différend p[ouvait] être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des

circonstances où une telle réaction s'imposait » (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 84, par. 30, citant *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89).

11)

Les éléments de preuve doivent montrer que les « points de vue des ... parties [sont] nettement opposés » en ce qui concerne la question portée devant la Cour (voir le paragraphe 37 ci-dessus). Ainsi que cela ressort de décisions antérieures de la Cour dans lesquelles la question de l'existence d'un différend était à l'examen, un différend existe lorsqu'il est démontré, sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'« opposition manifeste » du demandeur (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016, par. 73 ; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 99, par. 61, p. 109–110, par. 87, p. 117, par. 104).

12)

En principe, la date à laquelle doit être appréciée l'existence d'un différend est celle du dépôt de la requête (*Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Colombie)*, exceptions préliminaires, arrêt du 17 mars 2016, par. 52 ; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 85, par. 30). Lorsqu'il est dit, au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour, que la mission de celle-ci est de « régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis », ce sont en effet bien des différends existant à la date de leur soumission qui sont visés.

13)

Le comportement des parties postérieur à la requête (ou la requête proprement dite) peut être pertinent à divers égards et, en particulier, aux fins de confirmer l'existence d'un différend (*Timor oriental (Portugal c.*

*Australie*), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100, par. 22 et p. 104, par. 32), d'en clarifier l'objet (*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (II), p. 602, par. 26), ou de déterminer s'il a disparu au moment où la Cour statue (*Essais nucléaires (Australie c. France)*), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 270–271, par. 55 ; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 476, par. 58).

14)

Pendant, ni la requête ni le comportement ultérieur des parties ou les déclarations faites par elles en cours d'instance ne sauraient permettre à la Cour de conclure qu'il a été satisfait à la condition de l'existence d'un différend dans cette même instance (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 444–445, par. 53–55). Si la Cour était compétente à l'égard de différends résultant d'échanges qui ont eu lieu au cours de la procédure devant elle, le défendeur se trouverait privé de la possibilité de réagir, avant l'introduction de l'instance, à la réclamation visant son comportement. De surcroît, la règle selon laquelle le différend doit en principe déjà exister à la date du dépôt de la requête serait vidée de sa substance.

A la lumière de ces différentes décisions, il ne fait aucun doute qu'un différend existe entre le Panama et l'Italie en la présente affaire.

- Le contenu des lettres des 3 et 6 août 2004 sur la saisie illégale n'a pas eu de réponse ; et
- La lettre du 2 décembre 2000 autorisant M. Carreyó à agir au nom du Panama et du navire « Norstar » visait tous les actes relatifs à la saisie du navire et en particulier la négociation de demandes de réparation. Cette lettre va plus loin que la conduite d'une procédure de prompt mainlevée.

La note verbale N° 2227 du 31 août 2004, confirmée par le Ministère des affaires étrangères du Panama, indique que M. Nelson Carreyó avait été mandaté pour agir en tant que représentant du Panama devant le Tribunal international du droit de la mer.

La note verbale N° 97 du 7 janvier 2005 confirme le mandat de M. Carreyó comme le « Représentant légal de la République du Panama et des intérêts des propriétaires du navire “Norstar” ».

Les communications du Panama relatives à l'affaire n'ont pas eu de réponse de l'Italie, et celle-ci n'a sorti l'argument du défaut de pouvoirs de représentation que dans sa réponse du 8 juillet 2016.

Cette absence de réaction dans des circonstances où une telle réaction s'imposait est constitutive d'un différend. Et cette attitude de la Partie italienne affecte aussi les conditions prévues à l'article 283, paragraphe 1, de la Convention, qui requiert que les Parties en litige procèdent promptement à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques. Il faut rappeler que les échanges de vues doivent uniquement porter sur les moyens de régler le différend et la réaction du défendeur est due parce qu'il faut être deux pour échanger car on ne négocie guère avec son ombre.

Au total, l'on peut conclure à l'existence incontestable d'un différend en la présente espèce.

## 2) Le Tribunal a-t-il compétence *ratione personae* ?

### Italie

- « L'Italie n'est pas le bon défendeur en l'espèce et, en tout état de cause, accueillir la demande du Panama impliquerait inévitablement de se prononcer sur les droits et obligations d'un Etat tiers en son absence et sans son consentement » (exceptions préliminaires, par. 4 b) et 17 b), voir par. 22; voir réponse, par. 176 b)).

### Panama

- « ... c'est l'Italie, et l'Italie seule, qui est le défendeur approprié en l'espèce » (observations, par. 5).

Sur la pertinence de l'ordonnance de saisie du navire aux fins d'établir l'existence d'un fait internationalement illicite

### Italie

– « Déterminer si l'Italie est le défendeur approprié en la cause suppose dans un premier temps d'établir si l'ordonnance de saisie du Norstar est de nature à engager la responsabilité internationale de l'Italie » (réponse, par. 61).

« [L]'ordonnance de saisie prise par les autorités judiciaires italiennes, de même que la demande d'exécution adressée aux autorités espagnoles, ne constitue pas en soi une infraction à la Convention » (réponse, par. 64).

« ... l'ordonnance de saisie italienne pourrait uniquement être qualifiée de comportement "préparatoire" à un fait internationalement illicite ... » (réponse, par. 67 ; voir PV1, p. 28, l. 8–13).

« ... le comportement dont le Panama se plaint n'est en réalité pas l'ordonnance mais la saisie et l'immobilisation mêmes du Norstar, ce qui ne peut, en fait comme en droit, être attribué à l'Italie » (réponse, par. 68 ; voir PV1, p. 26, l. 42–45 et p. 28, l. 15–37 ; voir aussi PV5, p. 7, l. 35–42).

« [L]'agent du Panama prétendait reformuler sa demande sous la forme suivante : "le Panama soutient pour sa part que le comportement incriminé est le prononcé de l'ordonnance de saisie" » (PV5, p. 5, l. 4–8).

« L'ordonnance de saisie n'ayant pas été exécutée par les autorités italiennes, ni sur le territoire italien, la requête du Panama s'adresse, en droit comme en fait et indépendamment de son bien-fondé, au mauvais défendeur » (réponse, par. 70).

### Panama

– « [L]e Panama soutient pour sa part que le comportement incriminé est le prononcé de l'ordonnance de saisie, la rétention physique du navire étant la conséquence naturelle de cette ordonnance qui constitue un acte illicite de l'Italie : séquestration, immobilisation, rétention, saisie. L'ordonnance de saisie constitue un fait internationalement illicite, car elle a été prononcée en contravention avec plusieurs dispositions de la CNUDM. Si l'Italie avait respecté ces dispositions, elle n'aurait pas ordonné la saisie du "Norstar" et sa responsabilité ne serait pas engagée » (PV3, p. 29, l. 9–16).

Un fait internationalement illicite est-il, en l'espèce, attribuable à l'Italie ?

### Italie

- « [L]a saisie et l'immobilisation du "Norstar" ne peuvent en aucun cas être attribuées à l'Italie » (PV1, p. 32, l. 31–32, voir aussi p. 28, l. 34–37).
- « [B]ien que la saisie du Norstar ait été ordonnée par un procureur italien, ce ne sont pas les autorités italiennes qui ont saisi et immobilisé le navire mais les autorités espagnoles. Le demandeur l'a d'ailleurs reconnu dans sa lettre du 17 avril 2010 au Ministère italien des affaires étrangères, dans laquelle il a indiqué que le navire se trouvait encore à Palma de Majorque » (exceptions préliminaires, par. 21). « Cette assertion [du Panama] méconnaît, d'une part, les règles internationales de base du droit de la responsabilité de l'Etat concernant l'attribution d'un fait internationalement illicite et, d'autre part, le "principe de la responsabilité indépendante" » (réponse, par. 74).

*Sur l'attribution du comportement :*

« [L]e comportement des autorités espagnoles ne pourrait être attribué à l'Italie que si celles-ci étaient considérées avoir agi en tant qu' "organe mis à la disposition" de l'Italie au sens de l'article 6 susvisé. Les faits allégués dans la *requête* montrent qu'il n'en est rien » (réponse, par. 76 ; voir PV1, p. 30, l. 17–19).

« [L]a Convention de Strasbourg de 1959 donnait aux autorités espagnoles une ample latitude leur permettant de rejeter la commission rogatoire italienne » (PV5, p. 5, l. 28–30).

*Sur la Convention de Strasbourg de 1959, PV1, p. 31, l. 19 à p. 32, l. 22.*

*Sur le « principe de la responsabilité indépendante » :*

« Le principe en question est parfaitement adapté aux circonstances de l'espèce, où la saisie du navire a été opérée par un Etat autre que l'Etat défendeur, mais à la demande de celui-ci ... » (réponse, par. 81 ; voir PV1, p. 28, l. 39 à p. 29, l. 14).

### Panama

– « Le Panama n'a pas introduit d'instance contre l'Espagne et n'estime pas que ce pays ait une quelconque responsabilité en l'espèce. C'est sur ordre de l'Italie, et non de l'Espagne, que le Norstar a été immobilisé. Par conséquent, la présente affaire n'a pas trait aux actions d'un Etat tiers, mais seulement à celles de l'Italie » (observations, par. 12, voir aussi par. 76 ; voir aussi PV3, p. 31, l. 13–16).

« L'Italie reconnaît que l'ordonnance de saisie du navire Norstar a été rendue par un procureur italien ... » (observations, par. 10).

« L'Italie est responsable d'avoir prononcé cette ordonnance et, conformément à l'article 1 des ASR, tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité » (PV3, p. 30, l. 6–8).

« ... en acceptant la demande italienne d'exécution de son ordonnance de saisie, il est évident que les autorités espagnoles ont été effectivement mises à la disposition de l'Italie » (PV3, p. 30, l. 39–41).

« Sans l'ordonnance de l'Italie, l'Espagne n'aurait jamais procédé à la saisie. L'Italie s'est dès lors simplement servie de l'Espagne comme d'un organe d'exécution » (PV6, p. 5, l. 10–12; voir aussi PV6, p. 5, l. 14 à p. 6, l. 5; PV 6, p. 6, l. 17–21; PV6, p. 7, l. 16–21).

Le principe de la « partie indispensable » s'applique-t-il et fait-il obstacle à la compétence du Tribunal en la présente instance ?

### Italie

– « Etant donné que l'Espagne n'est pas partie à la présente instance, l'Italie soutient respectueusement que le Tribunal devrait se déclarer incompétent et débouter le Panama » (exceptions préliminaires, par. 24).

*Sur le principe de la « partie tierce indispensable » :*

« [C]'est la saisie et l'immobilisation du navire par l'Espagne qui constituent l'objet même de la décision dont le Panama sollicite le prononcé en l'espèce » (PV1, p. 34, l. 29–30 ; voir aussi PV1, p. 34, l. 39 à p. 35, l. 5).

« Le principe en question empêche l'exercice de la compétence car l'appréciation de la légalité de l'ordonnance de saisie prononcée par l'Italie ne peut se faire indépendamment de l'appréciation de la légalité de la saisie et de l'immobilisation du navire par l'Espagne, mais l'inverse est tout aussi vrai. En effet, l'exercice de la compétence du Tribunal serait aussi empêché de manière corollaire, étant donné que l'appréciation de la légalité de l'ordonnance de saisie de l'Italie impliquerait *a fortiori* une appréciation de la légalité de son exécution par l'Espagne » (PV1, p. 35, l. 7-13 ; voir aussi exceptions préliminaires, par. 22).

En référence à l'affaire de l'*Or monétaire*, la requête du Panama devrait être rejetée par le jeu du « principe de la partie indispensable » (réponse, par. 87 ; voir exceptions préliminaires, par. 23).

Renvoyant à l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, « [l]es faits de la présente espèce concordent parfaitement avec cette interprétation restrictive étant donné que l'ordonnance de saisie et la mise à exécution entretiennent de toute évidence un rapport non pas purement chronologique, mais également logique » (réponse, par. 89).

Renvoyant à l'affaire du *Timor oriental*, « [s]i le Tribunal de céans devait se déclarer compétent pour statuer sur le comportement de l'Italie dont le Panama tire grief, il serait inévitablement amené à apprécier si l'Espagne avait le droit de procéder à la saisie et à l'immobilisation du *Norstar* » (réponse, par. 91).

### Panama

– « [S]euls les intérêts juridiques de l'Italie, et non ceux de l'Espagne, pourraient être affectés, et l'objet même d'une décision au fond ne concernerait que l'Italie en sa qualité de défendeur » (observations, par. 15).

« [L]'Italie assume la responsabilité de ses actions étant donné que l'Italie a fondé sa demande d'entraide judiciaire sur une infraction alléguée qui n'a jamais été réellement commise. La requête ne porte, dès lors, pas sur les droits et obligations de l'Espagne, mais seulement sur les obligations de l'Italie » (PV6, p. 7, l. 28-32).

« L'Espagne n'a pas été mentionnée, citée à comparaître ou évoquée dans la présente affaire, que ce soit en tant que défendeur ou tierce partie, et elle n'a pas non plus montré le moindre intérêt à y participer en recourant à l'une quelconque des méthodes prévues par la Convention » (observations, par. 15).

*Sur le principe de la « partie tierce indispensable » :*

« [I] est possible d'établir la responsabilité de l'Italie sans impliquer l'Espagne » (PV3, p. 4, l. 25-26).

En référence à l'*Affaire de l'or monétaire*, « la présente affaire est fondamentalement différente et ... par conséquent, l'argument de l'Italie fondé sur la doctrine dite de la "tierce partie indispensable" est fallacieux » (observations, par. 12 ; voir aussi par. 10, 11).

« Les intérêts de l'Espagne ne sont pas en jeu en l'espèce, ce qui explique pourquoi elle n'a pas été citée à comparaître en qualité de défendeur dans la présente procédure. Par conséquent, l'*Affaire de l'or monétaire*, citée par l'Italie à l'appui de son argumentation, est de nature différente et elle est également fondée sur un raisonnement différent » (observations, par. 13).

« Les intérêts de l'Espagne ne seraient pas affectés par le jugement ; ils ne constituent même pas "l'objet même" de la décision » (PV3, p. 4, l. 49-50).

« ... l'Espagne a la possibilité d'intervenir si elle le désire » (observations, par. 12).

« Le fait qu'en l'espèce, comme le soutient le Panama, la responsabilité de l'Italie puisse être établie indépendamment de la participation de l'Espagne à la procédure trouve confirmation dans une affaire semblable », renvoyant à l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru* (observations, par. 14).

L'Italie prétend que c'est l'Espagne qui a procédé à la saisie du « Norstar » et qu'elle n'est par conséquent pas le défendeur approprié en l'espèce. Les clauses attributives de prérogatives de la Convention de Strasbourg de 1959 sont claires. Elles mettent en scène un Etat requérant et un Etat requis, lequel agit au nom et pour le compte du premier en conformité avec la Convention.

A dire vrai, l'Espagne n'avait elle-même aucun intérêt à la saisie du « Norstar ». Son action est simplement consécutive à la « Commission rogatoire internationale adressée par le Tribunal de Savone aux autorités espagnoles, le 11 août 1998 », et l'ordonnance de l'Italie constituait une demande d'entraide judiciaire internationale adressée à l'Espagne. C'est donc l'Italie qui est à l'initiative de la commission rogatoire et c'est par conséquent elle qui est responsable des actes des autorités espagnoles commis en son nom puisque celles-ci n'étaient guère tenues, en tant qu'Etat requis, de mener une enquête sur le bien-fondé ou non de la saisie du navire dans le cadre de la demande d'entraide. L'Espagne n'était comptable que des modalités de la saisie, c'est-à-dire de la protection de l'intégrité du navire et de l'équipage lors de la saisie. Cette définition de la responsabilité mutuelle est inhérente au système de l'entraide judiciaire.

Cette distinction entre la responsabilité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis dans le domaine de l'entraide judiciaire a également pour effet que si une accusation pénale n'est pas fondée, c'est l'Etat requérant qui est redevable d'une indemnisation et non l'Etat requis ; toute autre conclusion aurait pour conséquence que les Etats refuseraient de donner suite à une demande d'entraide judiciaire.

Il reste que l'Espagne s'est contentée de fournir une assistance judiciaire conformément à la Convention de Strasbourg de 1959 et que c'est par conséquent à l'Italie d'assumer les conséquences qui s'attachent à son ordonnance, comme le révèle d'ailleurs la communication entre les deux Etats. Celle-ci montre en effet que non seulement l'Italie assumait la pleine responsabilité de la saisie, mais également que les deux Etats avaient évalué la responsabilité de l'Italie en la matière.

Qui plus est, en annexe à sa lettre du 18 mars 2003, l'Italie a communiqué à l'Espagne le jugement du tribunal de Savone en lui demandant de mettre à exécution l'ordonnance de mainlevée. C'est dire que l'Italie a donc estimé que sa demande était nécessaire pour lever l'immobilisation du navire. De même, l'Espagne estimait que le navire relevait toujours de la responsabilité de l'Italie lorsqu'elle lui a demandé l'autorisation de démolir le navire dans sa lettre du 6 septembre 2006.

L'argument de droit à rappeler ici est que la décision du Tribunal n'affecte guère les intérêts de l'Espagne, Etat requis qui n'est pas le défendeur approprié. C'est dire que la requête du Panama n'impliquerait guère la détermination des

droits et obligations de l'Espagne sans qu'elle soit partie à la présente procédure et sans son consentement. C'est l'Italie qui assume la responsabilité de ses actions car elle a fondé sa demande d'entraide judiciaire sur une infraction alléguée qui n'a pas été commise. En conséquence la requête porte sur les obligations de l'Italie, qui est bien le défendeur approprié, et le Tribunal a compétence en l'espèce.

**3) Un échange de vues s'est-il réalisé concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques ? (Voir les articles 286 et 283 de la Convention)**

**Italie**

– « Le Panama n'a pas dûment cherché à régler le différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques, comme le prévoit l'article 283, paragraphe 1, de la Convention » (exceptions préliminaires, par. 4 c) et 17 c) ; voir réponse, par. 176 a) ; PV1, p. 26, l. 8–12).

« ... le Panama n'a jamais véritablement cherché à procéder avec l'Italie à un "échange de vues" au sens des dispositions juridiques applicables en vue de régler le prétendu différend par la négociation, voire par d'autres modes de règlement des différends, comme le prévoit l'article 283, paragraphe 1, de la Convention » (exceptions préliminaires, par. 25 ; voir par. 19 ; voir réponse, par. 50).

*Sur les communications :*

« ... on ne saurait qualifier les contacts entre le Panama et l'Italie ... d'"échange de vues" au sens de l'article 283 de la Convention, ni de véritable tentative d'y procéder. Pour qu'une communication puisse entrer en ligne de compte aux fins d'un "échange de vues", il lui faut émaner de représentants de l'Etat.... tel n'est pas le cas en l'espèce » (réponse, par. 51 ; voir aussi par. 52 ; voir exceptions préliminaires, par. 19 et 26).

« De même que [Monsieur Carreyó] n'était pas apte à agir pour le compte de l'Etat panaméen afin de produire un désaccord entre les deux Etats, il ne pouvait non plus procéder de lui-même à un échange de vues interétatique avec l'Italie au nom du Panama » (PV1, p. 23, l. 43–46).

« ... le caractère incohérent et discontinu des communications de M. Carreyó fait qu'elles ne peuvent satisfaire à la condition en question » (réponse, par. 56 ; voir PV1, p. 25, l. 41 à p. 26, l. 1).

« ... la seule communication qui fasse référence à l'article 283 [est] la lettre que M. Carreyó a adressée à l'Italie sur son papier à en-tête les 3 et 6 août 2004, c'est-à-dire avant même que l'Italie ait été avisée que cet expéditeur était investi d'un quelconque mandat de représentation du gouvernement » (réponse, par. 57). « [L]'on ne trouve dans cette correspondance une véritable proposition de consultation qui présentait une indication suffisante du contour du prétendu différend ayant une liaison véritable avec la Convention » (PV1, p. 25, l. 5-7).

*Sur des communications particulières* : voir exceptions préliminaires, par. 10, 13, 14 et 16 ; voir réponse, par. 12 à 26 ; voir aussi PV1, p. 25, l. 17 à p. 26, l. 7.

### Panama

– « [L]e Panama s'est, pour sa part, conformé à l'obligation de procéder à un échange de vues avec l'Italie sur cette question » (observations, par. 5). « Il a ... adressé une réclamation écrite à l'Italie, en en précisant la portée et l'objet au vu des faits de l'affaire. Ce faisant, il s'est conformé aux dispositions de l'article 283 ... » (observations, par. 16 ; PV3, p. 6, l. 5-7).

« ... l'Italie a omis des faits pertinents concernant le respect de l'article 283 par elle-même et par le Panama, de même que certains aspects importants de l'affaire elle-même » (observations, par. 5).

« [L]'Italie a manqué à son obligation de procéder à un échange de vues et elle a ainsi empêché le Panama de s'acquitter de l'obligation correspondante qui était sienne de procéder de manière adéquate » (PV6, p. 4, l. 37-39).

*Sur les communications* :

« Les communications du Panama avaient pour objet de régler la question par la détermination, d'un commun accord, du montant approprié des réparations dues à raison de la saisie illicite du *Norstar* » (observations, par. 18 ; PV3, p. 5, l. 40-42).

« Le Panama affirme qu'il a uniquement eu recours aux procédures judiciaires et que ses communications ne sauraient être considérées comme des actions diplomatiques, mais seulement comme la manifestation de sa volonté de se conformer au paragraphe 1 de l'article 283, et de son intention sincère et de bonne foi d'entamer des négociations avant toute action en justice » (PV4, p. 1, l. 42-46).

« L'objectif manifeste de toutes les communications du Panama était d'amener l'Italie à se prononcer sur la position du Panama et de s'enquérir de la possibilité d'entamer des négociations et de parvenir à un accord. Le Panama a fait sept tentatives pour connaître la position de l'Italie sur cette question, qui toutes ont échouées. Le silence de l'Italie fait qu'il est difficile de savoir comment elle comptait se conformer aux dispositions de l'article 283. En ignorant complètement toutes les communications qui lui ont été envoyées au fil des ans, l'Italie a effectivement empêché tout échange de vues productif » (observations, par. 33 ; PV3, p. 8, l. 30-37).

« ... en ne répondant à aucune des communications du Panama, l'Italie a été la partie qui a empêché que cet échange se tienne » (observations, par. 17 ; voir par. 33 et 77 ; PV3, p. 5, l. 17-18).

« Le silence de l'Italie a rendu impossible l'échange de vues prévu à l'article 283 et fait obstacle aux efforts déployés par le Panama pour parvenir à un règlement amiable du différend au lieu de les soutenir » (observations, par. 44 ; PV3, p. 9, l. 48 à p. 10, l. 3).

« ... le temps écoulé entre la première communication envoyée à l'Italie et le dépôt de la requête montre que le Panama ne s'est pas précipité pour introduire sa requête » (observations, par. 34 ; PV3, p. 8, l. 42-44).

*Sur le pouvoir de représentation :*

« Si un agent est investi de pouvoirs pour une procédure incidente telle qu'une demande de prompt mainlevée, il doit également être considéré comme habilité pour des échanges de vues » (PV3, p. 23, l. 17-19 ; voir aussi PV4, p. 14, l. 38-40 ; PV4, p. 15, l. 11-16).

*Sur les garanties d'une procédure régulière :*

« L'absence de ces informations prive le Panama de la possibilité de se défendre et enfreint les garanties d'une procédure régulière » (observations, par. 18).

« ... la République italienne a enfreint les garanties d'une procédure régulière » (observations, « Conclusions », p. 17).

*Sur la communication des 3/6 août 2004 :* voir observations, par. 25 à 27 ; PV6, p. 2, l. 4–12 ; PV6, p. 4, l. 7–10.

*Sur l'application du principe venire contra factum proprium* (voir observations, par. 44).

*Sur des communications particulières* (voir observations, par. 19 à 32 ; PV3, p. 6, l. 14 à p. 8, l. 37).

*Sur la jurisprudence* (voir observations, par. 35 à 39). »

Selon l'Italie, le Panama n'aurait pas satisfait à l'obligation de procéder à un échange de vues.

Les Parties sont tenues de procéder à un échange de vues concernant un règlement par la négociation, ou d'autres moyens pacifiques, dès le dépôt d'une requête relative à l'interprétation et l'application de la Convention.

L'argument de l'Italie recèle une contradiction logique, une contradiction *in se*, en ce qu'il suggère l'existence effective d'un différend, qui est par ailleurs contestée par ce pays. En ne répondant à aucune des communications du Panama, et en particulier à la lettre du 3 août 2004 qui mentionne expressément l'article 283 de la Convention et qui est dissimulée, l'Italie apparaît comme la Partie ayant entravé l'échange de vues. Au vu des différentes lettres envoyées à l'Italie, il apparaît que le Panama a communiqué avec l'Italie dans le but de résoudre le différend en fixant un montant pour le dédommagement des dommages résultant de la saisie illégale du « Norstar ». L'Italie a manqué de démontrer comment le Panama avait refusé de procéder à un échange de vues, mais également montré par son attitude son refus de participer à ce processus.

Au vu du refus manifeste de l'Italie, les possibilités de règlement doivent être considérées comme étant épuisées et, dès lors, les conditions énoncées à l'article 283, paragraphe 1, de la Convention sont réunies.

En effet, l'article dispose :

Lorsqu'un différend surgit entre des Etats Parties à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention, les parties en litige procèdent promptement à un échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques.

Le demandeur indique, pour sa part, qu'il a demandé à plusieurs reprises la tenue de réunions destinées à examiner les préoccupations de chaque partie en vue de régler le différend à l'amiable. Il fait valoir que le défendeur a refusé à maintes reprises de procéder à des consultations en ne répondant pas aux différentes lettres du Panama.

Il y aurait donc un principe d'épuisement préalable des négociations, d'où l'exception *in limine litis*. Ce qui pose le problème de l'actualité du différend. La négociation s'entend à la fois comme un mode de détermination de l'objet du différend et comme un mode de règlement de celui-ci. C'est dans le premier sens que la Cour permanente de Justice internationale explique qu'

avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques (*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.I.J. série A n° 2, p. 15*).

C'est dire que les parties doivent avoir une attitude qui leur permette de parvenir à un accord. Elles ne sont toutefois pas tenues d'accepter une base de règlement qui mettrait à mal leurs propres intérêts. De même, un Etat Partie n'a pas l'obligation de poursuivre un échange de vues lorsqu'il arrive à la conclusion que les possibilités de parvenir à un accord ont été épuisées (voir *Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, TIDM Recueil 2001, p. 107, paragraphe 60*).

Il apparaît que la persistance du refus, par le défendeur, d'examiner les prétentions de la partie adverse a poussé celle-ci à recourir à la procédure instituée en la présente espèce.

Le demandeur a-t-il ainsi violé les dispositions de l'article 283, paragraphe 1 ?

La règle de l'épuisement préalable des négociations se retrouve dans certaines conventions internationales (par exemple, le Pacte de la Société des Nations, article 13, paragraphe 1). Sa nature coutumière est, en revanche, douteuse. La règle apparaît comme une condition de compétence des juridictions ou comme une condition de recevabilité d'une action introduite par voie de requête.

Dans le premier cas, les juridictions internationales examinent les conditions posées et en disposent très facilement. Il s'agit essentiellement d'un examen factuel de l'attitude des deux parties. La démarche de la CIJ pour trancher la question de compétence dans ce domaine est entièrement applicable aux faits de la présente espèce.

La Cour dit :

L'objection sera réduite à sa juste valeur si l'on considère que l'appréciation de l'importance et des chances de réussite d'une négociation diplomatique est essentiellement relative. Une négociation ne suppose pas toujours et nécessairement une série plus ou moins longue de notes et de dépêches; ce peut être assez qu'une conversation ait été entamée; cette conversation a pu être très courte : tel est le cas si elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un non *possumus* ou à un non *volumus* péremptoire de l'une des Parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que le différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique.

Mais si les négociations diplomatiques entre les gouvernements ont eu leur point de départ dans les discussions antérieures, il se peut très bien que celles-ci aient été de nature à rendre superflue une discussion nouvelle des points de vue qui sont à la base du différend. On ne saurait, à cet égard, poser aucune règle générale et absolue; c'est une question d'espèce (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 345-346*).

Or, dans la présente affaire, il est évident qu'on a abouti à une impasse sur les questions en litige. L'épuisement préalable des négociations apparaît également comme un préalable juridique à la saisine de la juridiction internationale. La recevabilité de la requête est alors assujettie au respect de la règle. Celle-ci ne s'impose toutefois que si les parties ont une obligation conventionnelle les

liant. C'est dire que la partie invoquant la règle de l'épuisement préalable des négociations doit apporter la preuve qu'un engagement conventionnel en ce sens la lie à la partie adverse.

En l'espèce, le défendeur n'avait pas à prouver – puisque les deux Etats sont parties à la Convention – qu'un tel engagement existe entre les parties. C'est dire que le Tribunal est compétent et peut exercer son pouvoir juridictionnel, et qu'il peut entendre les prétentions des parties pour statuer à leur sujet.

Si la règle de l'épuisement préalable des négociations se retrouve dans certains traités, elle ne s'impose guère en droit international général. La Cour internationale de Justice a refusé de l'admettre à plusieurs reprises. Elle a même jugé, s'appuyant sur la pratique des Etats, que la requête pouvait lui être soumise alors que les négociations se poursuivaient.

Dans l'*Affaire du Plateau continental de la mer Egée*, la Cour a dit :

L'attitude du Gouvernement de la Turquie pourrait donc s'interpréter comme sous-entendant que la Cour ne devrait pas connaître de l'affaire tant que les parties continuent à négocier et que l'existence de négociations activement menées empêche la Cour d'exercer sa compétence en l'espèce. La Cour ne saurait partager cette manière de voir. La négociation et le règlement judiciaire sont l'une et l'autre cités comme moyens de règlement pacifique des différends à l'article 33 de la Charte des Nations Unies. La jurisprudence de la Cour fournit divers exemples d'affaires dans lesquelles négociations et règlement judiciaire se sont poursuivis en même temps. Plusieurs affaires, dont la plus récente est celle du *Procès de prisonniers de guerre pakistanais* (C.I.J. Recueil 1973, p. 347), attestent qu'il peut être mis fin à une instance judiciaire lorsque de telles négociations aboutissent à un règlement. Par conséquent, le fait que des négociations se poursuivent activement pendant la procédure actuelle ne constitue pas, en droit, un obstacle à l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire (*arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 12, paragraphe 29*); voir en outre *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 440, paragraphes 106–108; Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 303*).

Sur la base de ce qui précède le tribunal aurait pu rejeter l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur, d'autant qu'il a déjà jugé qu'un Etat Partie n'a pas l'obligation de poursuivre les procédures prévues à la section 1 de la Partie xv de la Convention lorsqu'il conclut que les possibilités de règlement du différend ont été épuisées (voir *Thon à nageoire bleue (Nouvelle Zélande c. Japon; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM Recueil 1999, p. 295, paragraphe 60).

#### « IV EXCEPTIONS D'IRRECEVABILITÉ

##### 1) La requête du Panama s'apparente-t-elle à un endossement diplomatique (nationalité des demandes / protection diplomatique) ?

###### Italie

- « [L]es faits de l'espèce démontrent qu'il s'agit manifestement d'une affaire de protection diplomatique. En conséquence, d'après les règles bien établies du droit international de la protection diplomatique, le Panama ne peut former la présente requête que si le fait internationalement illicite attaqué dans la requête avait visé l'un de ses propres nationaux ... » (exceptions préliminaires, par. 28 ; voir aussi par. 27 a), 5 a), 28 et 35 a) ; réponse, par. 177 a)).

*Sur le lieu pertinent* : « Le lieu ne désigne pas l'endroit où les activités de soustage ayant provoqué l'ordonnance de saisie se sont produites, mais l'endroit où s'est produit le comportement qualifié d'internationalement illicite, à savoir la saisie elle-même, endroit qui se trouve être les eaux intérieures espagnoles » (PV5, p. 7, l. 45 à p. 8, l. 2).

*Sur la protection diplomatique* : « [A]u vu des circonstances factuelles de la présente cause, la requête du Panama porte essentiellement, si ce n'est exclusivement, sur des violations "indirectes" et qu'en conséquence elle s'apparente à un endossement diplomatique » (réponse, par. 96 ; voir par. 106 et 113 ; voir aussi PV1, p. 37, l. 14-19 ; PV2, p. 1, l. 24-27 ; voir aussi PV5, p. 8, l. 26-39).

Renvoyant à l'article 18 du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique, « ... le préjudice allégué par l'Etat de nationalité ou l'Etat du pavillon est de nature "indirecte". Par voie de conséquence, lorsque l'Etat du pavillon forme un recours en vue essentiellement, voire exclusivement,

d'obtenir réparation pour les personnes participant aux activités du navire, la règle de l'épuisement des recours s'applique au même titre que dans une affaire de protection diplomatique » (réponse, par. 98).

*Sur l'article 14 du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique, voir aussi PV2, p. 1, l. 38 à p. 2, l. 12.*

« Il ressort clairement des différentes communications envoyées à ce propos par M. Carreyó ou le Panama, que la nature de la réclamation et la réparation demandée par le Panama ont essentiellement, voire exclusivement, trait aux intérêts pécuniaires du propriétaire du *Norstar* » (réponse, par. 107 ; voir PV2, p. 5, l. 4-9).

*Sur le contenu des communications, voir PV2, p. 5, l. 11 à p. 7, l. 6.*

*Sur le contenu des notes verbales, voir PV2, p. 7, l. 27 à p. 8, l. 35.*

« En réalité, Monsieur Carreyó défendait les intérêts financiers du propriétaire du "Norstar", agissant ainsi en sa qualité d'avocat privé spécialisé en droit commercial et en droit maritime » (PV2, p. 4, l. 4-6).

*Sur l'utilisation du papier à en-tête personnel de Monsieur Carreyó, voir PV2, p. 4, l. 8-11.*

*Sur l'apostille prévue par la Convention de La Haye de 1961, voir PV2 p. 4, l. 13-19.*

« La prépondérance du caractère indirect du préjudice allégué par le Panama ressort non seulement de la demande en réparation en tant que telle, mais aussi du manque manifeste de pertinence et de cohérence des dispositions de la Convention invoquées par le Panama dans sa *requête* pour établir une soi-disant violation directe de ses droits » (réponse, par. 111).

« [L]e Panama a explicitement reconnu dans ses observations que son action s'apparentait à un endossement diplomatique ... » (réponse, par. 110).

Renvoyant à l'*Affaire du navire « SAIGA »*, « l'Italie admet pleinement le principe consacré par le Tribunal » (réponse, par. 96).

*Sur la jurisprudence concernant le préjudice direct / indirect et le « critère de la prépondérance »*, voir réponse, par. 99 à 106.

*Sur le navire « Virginia G »*, voir PV2, p. 1, l. 29–36 et PV5, p. 9, l. 38–50.

*Sur le navire « SAIGA »*, voir PV2, p. 2, l. 26–36 et PV5, p. 9, l. 1–36.

*Sur la nationalité du navire et des personnes associées au navire* : « ... ni le propriétaire, ni l'armateur, ni l'affréteur du *Norstar* n'étaient des personnes physiques ou morales de nationalité panaméenne, pas plus que ne l'étaient les accusés jugés au pénal en Italie, et que les victimes du fait internationalement illicite prétendument commis par l'Italie n'avaient pas épuisé les recours internes qui leur étaient ouverts dans le système juridique italien pour obtenir réparation, l'Italie soutient respectueusement que le Tribunal devrait déclarer la requête du Panama irrecevable » (exceptions préliminaires, par. 29 ; voir aussi PV2, p. 2, l. 41 à p. 3, l. 27 sur une lettre du propriétaire du « *Norstar* » datée du 2 février 1999).

### **Panama**

– « [Cette] requête est recevable ... parce qu'il [le Panama] a le droit de protéger ses ressortissants par une action diplomatique ou par la saisie d'une juridiction internationale ... » (observations, par. 5).

« [L]a présente action n'a pas un caractère de protection diplomatique, pas plus qu'elle n'équivaut à un endossement diplomatique ou qu'elle n'est fondée sur des violations indirectes. Le Panama estime au contraire que cette affaire implique une violation directe des droits qu'elle tient de la Convention et que, du fait de ces violations, les préjudices causés doivent être réparés » (PV4, p. 4, l. 4–8).

« ... le Panama a le droit et l'obligation de protéger les navires immatriculés sous son pavillon et de faire usage de moyens pacifiques pour veiller à ce que les autres membres de la communauté internationale respectent ses droits. Il est bien évident que si le Panama n'avait pas introduit la présente requête, le propriétaire n'aurait pas eu accès au Tribunal » (observations, par. 58 ; PV3, p. 32, l. 25–33).

« [L]orsque des Etats “ont recours à l'action diplomatique ou à une procédure judiciaire internationale” pour faire valoir des droits, ces Etats ne font en réalité que faire valoir leurs propres droits » (PV3, p. 32, l. 10-12 ; voir aussi PV3, p. 32, l. 45-47).

*Sur la protection diplomatique :*

« ... tout Etat a le droit discrétionnaire d'exercer sa protection diplomatique et d'agir en justice au nom de personnes qui ne sont pas ses ressortissants. Le Panama affirme qu'il a le droit d'exercer sa protection au moyen d'une action diplomatique ou d'une action judiciaire internationale, sans que celle-ci se limite au dépôt d'une requête officielle devant des tribunaux internationaux » (observations, par. 54, voir par. 80 ; voir aussi PV6, p. 10, l. 9-14).

« [L]e Règlement du Tribunal n'interdit pas à une partie de se faire représenter par “un avocat privé” » (PV6, p. 2, l. 29-31 ; sur l'emploi de l'en-tête personnel : voir PV6, p. 2, l. 31-34 ; sur l'apostille en vertu la Convention de La Haye de 1961 : voir PV6, p. 3, l. 21-33).

*Sur la nationalité du navire et des personnes associées au navire :*

« Le fait que les victimes du comportement illicite de l'Italie ne soient pas des ressortissants du Panama ne rend pas irrecevable la présente requête, puisque celle-ci est fondée sur la dépossession de biens d'une personne morale ayant un navire immatriculé au Panama » (observations, par. 58).

« Si l'Italie avait tenu compte de la nationalité du *Norstar*, qui justifie pour l'essentiel la présente requête, elle aurait nécessairement dû accepter que le *Norstar* était de nationalité panaméenne. Même les autorités compétentes de l'Italie l'ont reconnu. C'est précisément parce que le *Norstar* est de nationalité panaméenne que le Panama a saisi le Tribunal de la présente affaire » (observations, par. 56 ; PV3, p. 10, l. 49 à p. 11, l. 8).

Renvoyant à l'*Affaire du navire « SAIGA »*, « au regard de la Convention un navire constitu[e] une unité ... La nationalité de ces personnes [personnes participant à l'activité du navire ou ayant des intérêts liés à cette activité] n'est d'aucune importance... un Etat du pavillon a le droit de demander réparation au nom de personnes physiques ou morales qui ne

sont pas ses ressortissants si les conditions susmentionnées sont remplies » (observations, par. 58).

*Sur le navire « SAIGA »*, voir aussi PV3, p. 11, l. 10–17 ; PV4, p. 2, l. 27 à p. 3, l. 43 ; PV6, p. 9, l. 40 à p. 10, l. 2.

*Sur l’Affaire du navire « Virginia G »*, voir PV4, p. 4, l. 16 à p. 5, l. 17.

*Sur les redevances et impôts* : « ... depuis la saisie illicite opérée par l’Italie, le Panama n’a perçu aucune des redevances d’immatriculation ni aucun des impôts et droits dus par le *Norstar*. Le Panama est par conséquent obligé d’agir au nom du *Norstar* » (observations, par. 57).

Selon l’Italie :

« ... ni le propriétaire, ni l’armateur, ni l’affréteur du « *Norstar* » n’étaient des personnes physiques ou morales de nationalité panaméenne ».

Ceci donne à penser que la requête a le caractère d’un endossement diplomatique et doit être déclarée irrecevable.

Le Panama fait valoir qu’il a le droit de protéger les navires battant son pavillon soit par action diplomatique, soit par l’institution ou l’ouverture d’une procédure judiciaire internationale.

L’Italie a indiqué que le Panama ne pouvait valablement déposer sa requête que si le fait illicite avait affecté ses nationaux. L’Italie se réfère ainsi aux nationalités du propriétaire et de l’armateur, ainsi qu’à celles du capitaine et de l’équipage, alors que ce qui est essentiel ici c’est le pavillon, c’est-à-dire le « *Norstar* », qui est immatriculé au Panama. Il faut relever que le défaut de lien juridictionnel avec l’Italie obligeait le Panama à choisir l’instance judiciaire internationale pour protéger le « *Norstar* » battant son pavillon et demander réparation pour les dommages causés par des Etats tiers.

Le Panama estime que la présente affaire implique une violation directe des droits qu’il tient de la Convention et que, du fait de ces violations, les préjudices causés doivent être réparés.

Il faut rappeler que lorsque les Etats ont recours à l'action diplomatique ou à une procédure judiciaire internationale pour faire valoir des droits, ils ne font en réalité que faire respecter, à travers leurs ressortissants, le droit international.

**2) L'exigence de l'épuisement des recours internes est-elle applicable et a-t-elle été respectée ? (voir l'article 295 de la Convention)**

**Italie**

– « [L]a requête vise essentiellement, si ce n'est exclusivement, à exercer une protection diplomatique et les conditions pour ce faire, à savoir ... l'épuisement des recours internes, n'ont pas été remplies » (exceptions préliminaires, par. 27 a) ; voir aussi par. 5 a), 28 et 35 a) ; voir réponse, par. 177 a) ; voir PV2, p. 20, l. 20–22).

« le Panama ne peut former la présente requête que si le fait internationalement illicite attaqué dans la requête avait visé l'un de ses propres nationaux et si celui-ci avait épuisé les recours internes qui lui étaient ouverts dans l'ordre juridique de l'Etat supposément en infraction. Les faits de l'affaire montrent clairement qu'aucune des deux conditions n'a été remplie » (exceptions préliminaires, par. 28).

« [L]'action du Panama s'apparentait essentiellement, voire exclusivement, à un endossement diplomatique. En conséquence, la règle de l'épuisement des recours internes s'applique » (réponse, par. 115 ; voir PV2, p. 9, l. 19–22).

*Sur l'épuisement des recours internes comme règle du droit international :* voir réponse, par. 116 ; voir PV2, p. 17, l. 22–35.

*Sur l'article 295 de la Convention :* voir réponse, par. 117.

*Sur les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes :* En référence à l'article 15 du projet d'articles de la CDI sur la protection diplomatique, « [a]ucune de ces exceptions ne trouve à s'appliquer en l'espèce » (réponse, par. 120 ; voir PV2, p. 17, l. 22–35).

*Sur la procédure devant les juridictions internes :* « ... le 13 mars 2003, le tribunal de Savone a relaxé tous les accusés de tous les chefs d'accusation et ordonné la levée de l'immobilisation du *Norstar*, et qu'il a communiqué

cette décision aux autorités espagnoles le 18 mars 2003 » (réponse, par. 120).

« [L]e 18 août 2003, le ministère public du tribunal de Savone a interjeté appel de ce jugement. Toutefois, le 25 octobre 2005, la Cour d'appel de Gênes a confirmé le jugement rendu par la juridiction du premier degré » (PV2, p. 13, l. 13-15). « [L]'appel ne concernait absolument pas la mesure de saisie du "Norstar" car le ministère public italien n'avait pas demandé à la Cour d'appel de Gênes de suspendre l'ordonnance de restitution du navire » (PV2, p. 13, l. 33-35 ; voir aussi PV5, p. 8, l. 18-34).

*Sur les moyens de recours à la disposition du propriétaire du navire* : « Ces sociétés [participant à l'activité du Norstar] avaient un délai de cinq ans pour saisir les juridictions italiennes d'une demande d'indemnisation pour le préjudice qu'elles auraient supposément subi à raison de l'ordonnance de saisie. Ce délai a expiré le 9 décembre 2010 sans que le propriétaire ne forme de recours » (réponse, par. 121 ; voir PV2, p. 10, l. 1-7 ; PV2, p. 11, l. 5-9 ; *sur les moyens de recours disponibles avant le jugement du tribunal de Savone du 18 mars 2003* : PV2, p. 10, l. 22 à p. 12, l. 39 ; *sur les moyens de recours disponibles après ce jugement* : PV2, p. 17, l. 42 à p. 20, l. 11).

### **Panama**

« [Cette] requête est recevable ... parce qu'il [le Panama] n'en est pas empêché pour cause ... d'épuisement des voies de recours internes... la règle de l'épuisement des recours internes n'est applicable que si les actes dénoncés ont été accomplis à l'intérieur des eaux territoriales de l'Etat côtier, ce qui n'est pas le cas en l'espèce » (observations, par. 5 ; PV3, p. 16, l. 14-20).

« La règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique ... pas en l'espèce puisque les actions de l'Italie contre le Norstar, navire battant pavillon panaméen, ont violé le droit du Panama, l'Etat de pavillon au sens de la Convention, à voir ses navires jouir de la liberté de navigation et des utilisations de la mer à d'autres fins internationalement licites liées à l'exercice de ces libertés inscrites, entre autres, aux articles 33, 58, 73, paragraphes 3 et 4, 87, 111 et 300 » (observations, par. 71, voir par. 80 ; PV3, p. 14, l. 17-20 ; PV6, p. 7, l. 44 à p. 8, l. 30).

*Sur les droits revendiqués par le Panama :*

« [Ils] ne découlent pas d'obligations concernant le traitement des étrangers, mais sont fondés sur le traitement d'un sujet panaméen dont les droits ... ont été violés » (observations, par. 73 ; PV3, p. 14, l. 47 à p. 15, l. 2).

*Sur les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes :**Sur le lien juridictionnel :*

Renvoyant à l'*Affaire du navire « SAIGA »*, « la règle de l'épuisement des recours internes ne pouvait s'appliquer du fait de l'absence de "lien juridictionnel" » (observations, par. 72; voir aussi par. 74). « Les faits de l'espèce prouvent que le Norstar était en dehors des eaux territoriales et l'Italie n'était donc pas fondée à mener une opération douanière car il n'existait pas de lien juridictionnel ... » (observations, par. 74 ; PV3, p. 15, l. 10-13).

« Savoir si la règle de l'épuisement des recours internes s'applique en l'espèce dépend ... du lieu où l'Italie a établi que le Norstar se livrait à ses activités de soutage » (observations, par. 74, PV3, p. 15, l. 4-8).

*Sur la procédure devant les juridictions internes :*

« [L]e procureur a interjeté appel de la décision du tribunal de première instance de Savone, ce qui rendait impossible toute exécution de cette décision » (PV4, p. 12, l. 5-7).

« [L]es autorités italiennes n'ont toujours pas donné effet audit jugement » (PV4, p. 12, l. 32-33).

« En tout état de cause, la clôture des instances en Italie a épuisé les recours internes, de sorte que l'argument tiré de "l'épuisement des recours internes" est sans objet » (observations, par. 74).

Selon l'Italie,

« La requête vise essentiellement, si ce n'est exclusivement, à exercer une protection diplomatique et les conditions pour ce faire, à savoir ... l'épuisement des recours internes, n'ont pas été remplies ».

« Le Panama ne peut former la présente requête que si le fait internationalement illicite attaqué dans la requête avait visé l'un de ses propres nationaux et si celui-ci avait épuisé les recours internes qui lui étaient ouverts dans l'ordre juridique de l'Etat supposément en infraction. Les faits de l'affaire montrent clairement qu'aucune des deux conditions n'a été remplie ».

« L'action du Panama s'apparentait essentiellement, voire exclusivement, à un endossement diplomatique. En conséquence, la règle de l'épuisement des recours internes s'applique ».

Pour le Panama :

« La règle n'est applicable que si les actes dénoncés ont été accomplis à l'intérieur des eaux territoriales de l'Etat côtier, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ».

La règle ne s'applique pas en l'espèce puisque les actions de l'Italie contre le « Norstar », navire battant pavillon panaméen, ont violé le droit du Panama, l'Etat du pavillon au sens de la Convention, à voir ses navires jouir de la liberté de navigation et des utilisations de la mer à d'autres fins internationalement licites liées à l'exercice de ces libertés.

Les droits revendiqués par le Panama se fondent « sur le traitement d'un sujet panaméen dont les droits ... ont été violés. »

Rappelons que le Tribunal a déjà jugé que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'appliquait pas lorsque l'Etat défendeur était directement lésé par l'acte illicite d'un autre Etat [*Affaire du « Virginia G »*]. Dans cette affaire, en effet, le Tribunal a rappelé les droits de l'Etat demandeur qui découlaient de la Convention et déclaré que leur violation correspondait donc à un préjudice direct causé à l'Etat demandeur. En l'espèce, le Panama dénonce notamment la violation de sa liberté de navigation et sa requête porte sur un préjudice à lui causé directement. En conséquence, il ne s'agit pas ici d'une affaire de protection diplomatique et la règle de l'épuisement des recours ne s'applique donc pas.

L'Italie a soutenu par ailleurs que le Panama n'a pas établi *prima facie* un lien adéquat entre les faits de la présente espèce et les dispositions de la Convention auxquelles il est fait référence en ce qui concerne la saisie du « Norstar » en

baie de Palma de Majorque, c'est-à-dire dans les eaux intérieures espagnoles. Cependant, le lieu de la saisie est moins déterminant que la motivation de l'Italie, laquelle a accusé le Panama d'avoir enfreint sa législation fiscale en avitailant des méga-yachts en haute mer. C'est sur ce fondement que l'Italie a fait procéder à la saisie du navire à titre de sanction et, pour le Panama, l'Italie a ainsi violé ses droits et en particulier sa liberté de navigation en haute mer, en application de sa législation douanière. Cette saisie n'affecte guère la règle de l'épuisement des recours internes dont la condition préalable de mise en œuvre est d'établir un *lien juridictionnel* entre la personne qui a subi le dommage et l'Etat responsable de l'acte illicite incriminé. En l'espèce, comme la Cour d'appel de Gênes l'a indiqué, l'Italie n'a pas appliqué sa législation douanière ou son droit pénal dans ses eaux intérieures, mais en haute mer. Dans l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, le Tribunal a estimé que ceci ne constituait pas un lien juridictionnel et que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'appliquait pas : c'est-à-dire que la requête est recevable en la présente espèce.

### 3) Les principes d'acquiescement, de prescription extinctive et d'estoppel font-ils obstacle à la recevabilité de la requête du Panama ?

#### Italie

- « [L]e Panama ne peut, pour cause de forclusion et d'estoppel, porter cette affaire devant le Tribunal puisque 18 années se sont écoulées depuis la saisie du navire et que son attitude durant tout ce temps a été contradictoire » (exceptions préliminaires, par. 27 b), voir aussi par. 5 b); voir réponse, par. 177 b)).
- « [L]a demande du Panama ... reste ... irrecevable par le jeu des principes d'acquiescement, de prescription extinctive et d'estoppel » (réponse, par. 123, voir par. 175).

« [L]'objet de la prescription extinctive en droit international n'est pas seulement d'éviter de porter atteinte aux intérêts de l'Etat défendeur... l'objet de la prescription extinctive et de l'acquiescement est aussi d'assurer une certitude » (PV5, p. 11, l. 15-17).

#### Panama

- « [L]e Panama conteste que les exceptions de l'Italie fondées sur la prescription extinctive, l'acquiescement et l'*estoppel* ne constituent

pas des moyens de défense pouvant être traités au stade préliminaire » (PV6, p. 17, l. 42–45). « [L]e Panama est d'avis que l'examen de ce principe est une question qui ne relève que du fond. Donc le fait que nous examinions ces exceptions ne doit pas être considéré comme préjudicant de la question de savoir si ces principes ont trait à la recevabilité ou au fond » (PV6, p. 11, l. 10–13).

- « [Cette] requête est recevable... [le Panama] n'en est pas empêché pour cause de forclusion, d'*estoppel*... Le Panama n'est pas forclus, parce que ses communications avec l'Italie ont prolongé le délai imparti pour introduire l'instance et ainsi annulé toute prescription y relative. Comme l'Italie ne s'est pas fiée aux déclarations en question du Panama, la condition requise pour l'application de l'*estoppel* n'est pas satisfaite » (observations, par. 5).

« [L]'application de ces principes [la prescription extinctive, l'acquiescement et l'*estoppel*] dépend des circonstances particulières de l'espèce » (PV6, p. 16, l. 5).

« Même si l'application des principes ci-dessus, en droit international, pourrait être acceptée d'une manière générale, ce qui toutefois n'est pas le cas – il suffit de mentionner la Convention européenne des droits de l'homme à cet égard – il est important de souligner que, puisqu'il n'y a pas de règles fixes fondées sur les conditions préalables, les critères avancés par l'Italie, pour ce qui est de garantir la certitude des droits et la prévisibilité de leur exercice n'ont aucune pertinence en eux-mêmes » (PV6, p. 15, l. 14–20).

« Il n'y a pas de prescription procédurale de l'action en droit international. Une demande ne peut être frappée d'*estoppel* ou forclos après l'écoulement d'un certain temps, par exemple 20 ou 30 ans » (PV6, p. 15, l. 28–30).

« [C]ontrairement à ce qu'allègue l'Italie, le comportement et les activités du Panama ne peuvent être considérés comme valant renonciation à ses droits. Qui plus est, l'Italie ne pouvait raisonnablement pas se fonder sur ce comportement pour conclure que le Panama ne chercherait plus à faire valoir ses droits » (PV6, p. 17, l. 16–20).

*Sur les circonstances prolongeant les efforts du Panama à ester en justice :*  
PV6, p. 16, l. 9 à p. 17, l. 14.

Le Panama a-t-il acquiescé à l'abandon de ses revendications ?

### Italie

– « Si un Etat ne forme pas ses revendications après avoir indiqué clairement et sans ambiguïté son intention d'agir en justice dans un délai raisonnable, cela signifie, au regard du principe d'acquiescement, que le requérant n'a pas fait valoir ses revendications alors que les circonstances lui imposaient d'agir » (réponse, par. 132 ; voir PV5, p. 11, l. 41 à p. 12, l. 2).

« [L]es diverses communications de M. Carreyó n'étaient pas de nature à faire valoir les prétentions du Panama par rapport à l'Italie. Elle prie le Tribunal de bien vouloir se référer à ces paragraphes ... pour ce qui est de démontrer l'acquiescement du Panama par rapport au recours qu'il a désormais formé contre l'Italie devant le Tribunal » (réponse, par. 126).

« [L]e Panama n'a pas fait valablement valoir sa demande » (PV2, p. 22, l. 7). « Force est donc d'en conclure [...] que le Panama formule sa demande pour la première fois devant ce Tribunal, et il le fait plus de dix-huit ans après la date à laquelle l'évènement dont se plaint le Panama s'est prétendument produit... [I]l faut bien moins de dix-huit ans d'inactivité pour qu'un Etat ne puisse plus introduire une action, en vertu de la théorie de l'acquiescement ou de la prescription extinctive » (PV2, p. 22, l. 13–20).

*Sur la note verbale AJ 97 du 7 janvier 2005 :*

« [I]l s'agit du dernier courrier officiel envoyé par le Panama à l'Italie le 7 janvier 2005. Si ce Tribunal donnait tort à l'Italie et estimait que le Panama a valablement fait valoir sa demande, mais convenait toutefois avec l'Italie que la dernière communication de Monsieur Carreyó ne fait pas valoir valablement la demande du Panama, la date du 7 janvier 2005 serait alors la date à laquelle commence l'inactivité du Panama pour ce qui est de la poursuite de sa demande. Dans ce scénario, le Panama serait donc resté silencieux pendant dix années et onze mois avant d'introduire une instance devant ce Tribunal » (PV2, p. 22, l. 34–42).

*Sur la communication du 17 avril 2010 et l'introduction de l'instance devant le Tribunal :*

« [A]près sa communication du 17 avril 2010 ... le Panama a interrompu toute communication avec l'Italie pendant cinq ans et sept mois avant de former *ex abrupto* son recours » (réponse, par. 128 ; voir PV2, p. 22, l. 43-49 : « cinq ans et huit mois »).

« [L]e Panama a *mis longtemps* avant de former son recours ... attendre cinq ans et sept mois avant de chercher à obtenir réparation est un laps de temps considérable ... » (réponse, par. 129 ; voir PV2, p. 23, l. 11-42).

« Le Panama n'[a] rien fait pendant un laps de temps excessivement long et cela signifie qu'au bout de cinq ans et sept mois l'Etat défendeur pouvait légitimement s'attendre à ce que les revendications ne soient plus formées' » (réponse, par. 131 ; voir PV2, p. 24, l. 6-12 ; PV5, p. 11, l. 49 à p. 12, l. 2).

*Sur la théorie de l'acquiescement :* voir réponse, par. 124 ; PV2, p. 21, l. 38-42.

*Sur les conditions d'application de l'acquiescement :* voir réponse, par. 125 ; PV2, p. 21, l. 44 à p.22, l. 2.

### Panama

– « L'acquiescement implique que le demandeur n'ait pas fait valoir ses revendications alors que les circonstances lui auraient dicté d'agir. Cela comprend les circonstances dans lesquelles l'État défendeur pouvait légitimement s'attendre à ce que le recours ne soit plus introduit. Savoir si cette exigence a été satisfaite en l'espèce doit être établie par le Tribunal à partir des circonstances propres à l'espèce » (PV6, p. 11, l. 35-41).

« [E]n la présente espèce les conditions de l'acquiescement ne sont pas remplies » (PV6, p. 12, l. 40-41).

« le Panama a adressé à l'Italie de nombreuses lettres pour signaler l'existence d'un fait illicite. Le Panama a également précisé dans ses communications qu'il avait souffert des dommages substantiels et que l'Italie était obligée de payer des réparations. Le Panama a, en outre, annoncé qu'un

recours serait introduit devant le Tribunal si les Parties étaient incapables d'aboutir à un règlement » (PV6, p. 11, l. 43 à p. 12, l. 3).

« Durant toute cette période, l'Italie n'a pas rendu le navire à son propriétaire » (PV6, p. 12, l. 9-10).

« [C]'est l'Italie elle-même qui a différé le règlement du différend en ne répondant pas à la lettre du Panama tout en promettant une réponse qui n'est jamais venue » (PV6, p. 12, l. 36-38).

Le Panama ne peut-il plus, pour cause de prescription, saisir le Tribunal ?

### Italie

– « Dix-huit ans se sont écoulés depuis la date de la saisie du Norstar par les autorités espagnoles, ce qui fait que le Panama est forclos et ne peut plus intenter de recours en dommages et intérêts devant le Tribunal de céans.... même si l'Italie devait être considérée comme débitrice en ce qui concerne le Norstar, le principe de la prescription extinctive s'appliquerait et rendrait la requête du Panama irrecevable » (exceptions préliminaires, par. 30 ; voir PV2, p. 25, l. 27-36).

*Sur la prescription extinctive comme principe général :*

« [U]ne demande qui a été formulée mais dont l'auteur ne forme pas sa revendication n'est plus recevable » (PV5, p. 10, l. 46-47).

« Le principe de la prescription extinctive, qui vise essentiellement à garantir la certitude des droits et la prévisibilité de leur exercice, se retrouve dans pratiquement tous les pays. Un débiteur ne peut être tenu indéfiniment responsable et les créateurs doivent faire valoir leurs droits dans un délai raisonnable » (exceptions préliminaires, par. 30).

« [L]'écoulement du temps fait obstacle à la recevabilité d'une demande et ... cette règle est un principe général du droit international.... Les systèmes juridiques du Panama et de l'Italie n'y font pas exception. Le Panama lui-même ne conteste pas que la prescription est un principe général de droit » (réponse, par. 141 ; voir aussi PV2, p.25, l. 8-9).

« [C]onformément à l'article 293, paragraphe 1, que la prescription extinctive est une règle du droit international que le Tribunal doit appliquer si ses conditions sont respectées » (PV5, p. 10, l. 31–33).

*Sur la jurisprudence* : voir réponse, par. 135 à 140.

*Sur la résolution de l'Institut de droit international de 1925* : PV2, p. 25, l. 10–17.

*Sur les circonstances de l'espèce* :

En référence à l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, « [i]l appartient donc au Tribunal de décider, au vu des circonstances de l'espèce, si l'action du Panama est prescrite au regard du droit international » (réponse, par. 143).

*Sur le comportement des parties* :

« [P]our pouvoir interrompre la prescription une demande doit être valablement formée par une personne dûment autorisée à le faire.... M. Carreyó était dénué des pouvoirs nécessaires à cet effet » (réponse, par. 144).

« [L]es communications de Monsieur Carreyó n'étaient pas suffisantes pour faire valoir la demande du Panama, sans même parler de suspendre le décompte du délai de prescription ... [E]n tout état de cause, la dernière communication reçue de Monsieur Carreyó datait du 17 avril 2010 et la dernière note verbale du Panama du 7 janvier 2005 » (PV2, p. 27, l. 28–33).

En référence aux commentaires du projet d'Articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, « le comportement de l'Etat requérant entraînant un retard excessif p[ourrait] emporter l'extinction de l'action » (réponse, par. 147).

« [L]e Gouvernement italien n'a jamais rien fait qui donne à penser qu'il ait admis l'existence d'un différend avec le Panama, les deux Etats n'ont jamais engagé de négociations au sujet du litige et ils n'ont jamais conclu de compromis à l'effet de soumettre le différend à une quelconque instance judiciaire, ni même discuté d'une telle possibilité » (réponse, par. 153).

*Sur la prescription extinctive en droits italien et panaméen :*

« [L]a référence aux règles de prescription internes est une méthode communément utilisée par les tribunaux internationaux tranchant des questions de prescription internationale » (PV2, p.26, l. 46 à p. 27, l. 2).

« Le droit du Panama d'obtenir réparation du préjudice ... est prescrit en droit italien » (réponse, par. 154 ; voir PV2, p. 26, l. 12–13).

« Les règles de la prescription extinctive sont même encore plus strictes en droit panaméen » (réponse, par. 156 ; voir PV2, p. 26, l.13–16).

« [D]ans les *circonstances propres* à la présente espèce les règles de prescription panaméennes et italiennes devraient s'appliquer et faire obstacle à toute action internationale ; à titre subsidiaire ... le délai de prescription prévu par les lois italienne et panaméenne montre que le Panama a introduit son recours avec un retard excessif et qu'il est donc frappé de prescription » (réponse, par. 157).

« [L]a demande du Panama serait éteinte, non seulement en vertu des législations panaméenne et italienne, mais également de celles d'une vaste majorité de pays » (PV2, p. 27, l. 10–12).

*Sur le préjudice allégué causé à l'Italie :*

« [L]e dommage qu'il a subi du fait du comportement illicite de l'Italie s'est aggravé sous l'effet de l'écoulement du temps. Pourtant, si le Panama avait introduit son recours avec diligence, y compris en empruntant les voies de droit qui lui étaient ouvertes en Italie, le dommage aurait été nettement moins important » (réponse, par. 167 ; voir PV2, p. 29, l. 5–12).

**Panama**

- « ... le Panama demande depuis le 15 août 2001 ... que l'Italie lui réponde à propos de la mainlevée du navire et du paiement de réparations pour le préjudice causé par la saisie » (observations, par. 60). « Cette première demande d'ouverture d'un dialogue que le Panama a adressé à l'Italie, de même que les suivantes, ont stoppé le décompte du délai en ce qui concerne la forclusion » (observations, par. 61 ; voir PV3, p. 12, l. 16–20 ; PV4, p. 6, l. 26–27).

« [A] partir du moment où une action est introduite, on ne peut plus soutenir valablement que la requête est frappée de forclusion » (PV4, p. 6, l.34-35).

*Sur la prescription extinctive :*

« Bien que de nombreux pays aient établi des règles strictes concernant le respect des délais de prescription, il en va autrement en droit international public. Plus précisément, aucun article de la Convention ne prescrit de délai pour l'introduction d'une instance. [D]onc ... en l'absence de délais clairement définis en droit, l'exception tirée de la forclusion n'est pas valable » (observations, par. 80 ; PV3, p. 15, l. 47 à p. 16, l. 2).

« Sous le titre "Prescription extinctive", l'Italie soulève de nouvelles exceptions, en soutenant que "le comportement du requérant vaut acquiescement" » (demande sollicitant une décision, par. 28). « ... étant donné que l'Italie n'a soulevé aucune des questions précitées dans ses exceptions préliminaires, toutes ces exceptions nouvelles doivent être rejetées étant donné qu'elles ont été soulevées tardivement » (demande sollicitant une décision, par. 30).

*Sur la jurisprudence :*

En référence à l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, « la Cour internationale de Justice a rejeté une exception soulevée par l'Australie au motif que Nauru avait formulé la demande 20 ans après son accession à l'indépendance ... » (observations, par. 61).

*Sur le comportement des parties :*

« Le fait que l'Italie admette que le Panama a demandé réparation et la prompte mainlevée du *Norstar* dès 2001 signifie que le Gouvernement italien a pris note de la demande du Panama et qu'il a amplement eu la possibilité de préparer sa défense » (observations, par. 62 ; PV3, p.12, l. 28-32).

« L'issue de la procédure judiciaire en Italie contredit aussi cette thèse de la forclusion » (observations, par. 63 ; PV3, p. 12, l. 34-44).

« Le fait que le navire *Norstar*, qui fait l'objet de la présente procédure, n'ait pas été restitué à son propriétaire en dépit du jugement prononcé en ce sens par les autorités judiciaires italiennes signifie que l'Italie ne s'est toujours pas conformée à la décision rendue par ses propres autorités » (observations, par. 65 ; PV3, p. 12, l. 46–47).

« Affirmer maintenant que le Panama est forclos revient à nier tous les efforts qu'il a déployés pour obtenir réparation » (observations, par. 66 ; PV3, p. 13, l. 11–14).

*Sur le préjudice allégué causé à l'Italie :*

« [L]'Italie est responsable de l'aggravation des dommages au fil du temps » (PV6, p. 13, l. 11).

« L'Italie est consciente du fait que les dommages n'ont cessé de s'aggraver. Toutefois, puisque l'Italie a préféré ne pas répondre aux demandes de réparation du Panama, elle ne peut plus prétendre qu'elle souffre désormais d'un dommage injuste » (PV6, p. 13, l. 19–22).

La règle de l'estoppel empêche-t-elle le Panama de saisir le Tribunal ?

### Italie

– « ... en ayant pendant longtemps eu une attitude contradictoire à propos des faits au sujet desquels il se plaint, le Panama ne peut plus à présent, pour cause d'estoppel, se porter valablement devant le Tribunal » (exceptions préliminaires, par. 31).

*Sur l'estoppel en droit international :* voir réponse, par. 169 et 170.

*Sur les éléments de l'estoppel :*

« [L]'Italie s'est en effet fiée à certaines déclarations univoques du Panama et subirait un préjudice si celui-ci était désormais autorisé à se prévaloir de ces déclarations au détriment de l'Italie » (réponse, par.171).

« Entre 2001 et 2004, M. Carreyó a fait savoir qu'il comptait demander la prompte mainlevée de la saisie du *Norstar* sur le fondement de l'article 292 de la Convention. Toutefois, le Panama n'a jamais intenté d'action à

cet effet pendant que le Norstar était immobilisé en Espagne » (exceptions préliminaires, par. 32).

« La communication de M. Carreyó assortissait clairement les intentions du Panama d'un délai très précis. L'Italie soutient qu'une assertion aussi claire répond aux caractéristiques des déclarations permettant d'établir l'estoppel ... » (réponse, par. 172).

« A compter du 31 août 2004, l'Italie s'est fiée de bonne foi aux déclarations faites dans les deux communications susmentionnées et en particulier au fait que le Panama comptait engager une procédure de prompt mainlevée dans un délai très précis » (réponse, par. 173).

### Panama

- « L'engagement d'une procédure de prompt mainlevée étant un droit et non une obligation, le Panama ne devrait pas voir se voir opposer la règle de l'estoppel au motif qu'il aurait décidé de ne pas avoir recours à une procédure subsidiaire ou incidente de ce genre » (observations, par. 70). « Les Etats parties peuvent se servir comme bon leur semble des instruments juridiques que la Convention met à leur disposition pour résoudre leurs différends » (observations, par. 68, voir par. 80).

*Sur l'estoppel en droit international* : voir observations, par. 67 ; PV6, p. 13, l. 29–33.

*Sur les éléments de l'estoppel* :

« Il est vrai que le Panama n'a pas formé de demande de prompt mainlevée du *Norstar* devant le Tribunal sur le fondement de l'article 292 ; cela étant, rien ne l'y obligeait puisque tout Etat est libre de décider de saisir ou non le Tribunal » (observations, par. 68 ; PV3, p. 13, l. 38–39).

« Le Panama n'a jamais dit qu'il ne saisirait pas le Tribunal d'une demande d'indemnisation.... L'Italie ... ne s'est pas fiée aux déclarations du Panama, pas plus qu'il n'y a réagi » (observations, par. 69 ; PV3, p. 13, l. 39–44).

« ... l'Italie n'a pas produit de déclaration du Panama dans laquelle celui-ci aurait indiqué qu'il ne saisirait jamais le tribunal de céans d'une demande en dommages et intérêts. Elle n'a pas non plus expliqué de quelle

manière elle avait placé sa confiance dans une déclaration du Panama ou en quoi elle cela l'aurait amené à changer de position. Au vu de cette omission, l'exception que l'Italie tire de la règle de l'estoppel devrait être rejetée » (observations, par. 69 ; PV3, p. 16, l. 7–12).

« La raison pour laquelle, entre 2000 et 2004, le Panama a évoqué, rien de plus, la possibilité d'adresser une requête de prompt mainlevée au tribunal de céans, tient au fait que les autorités judiciaires italiennes n'avaient pas encore rendu d'arrêt définitif et que le Panama considérait que les recours internes n'avaient pas été épuisés... une autre raison pour laquelle le Panama a renoncé à former une demande de prompt mainlevée tenait à ce que la situation économique du propriétaire du navire lui interdisait de verser la garantie exigée pour lever l'immobilisation » (observations, par. 70 ; PV3, p. 13, l. 46 à p. 14, l. 4).

« S'il on prend en compte la totalité de la correspondance du Panama à l'Italie, il est clair que le Panama n'a aucunement donné l'impression qu'il renoncerait à obtenir réparation pour les dommages ou à entamer une procédure devant le Tribunal concernant cette question » (PV6, p. 14, l. 9–12). »

Ces principes ne sont pas des moyens de défense pouvant être traités au stade préliminaire. Ces questions ne relèvent que du fond et, conformément à l'article 97, paragraphe 6, du Règlement du Tribunal, qui dispose que celui-ci « déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire », le Tribunal aurait dû les renvoyer au fond de l'affaire, c'est-à-dire à la suite de la procédure.

En effet, la mise en œuvre de l'article 97, paragraphe 6, peut permettre de statuer sur des exceptions ou de les joindre au fond. Les motifs de jonction au fond sont multiples.

1) Dans l'affaire *Pajzs, Csáky, Esterhazy (Hongrie c. Yougoslavie)*, la Cour permanente a rendu le 23 mai 1936 une ordonnance joignant les exceptions yougoslaves au fond, considérant

« qu'il existait entre les questions soulevées par la première de ces exceptions et celles qui étaient à la base de la demande en appel formulée par les conclusions au fond du Gouvernement hongrois des rapports trop étroits et une connexité trop intime pour que la Cour [pût] statuer sur les autres » et « que le développement de la procédure sur le fond [mettrait]

la Cour à même de statuer en meilleure connaissance de cause sur la deuxième exception » [C.P.J.I. série A/B n. 66, p. 9].

2) Dans l'affaire *Losinger*, la Cour a indiqué que l'exception d'incompétence présentée pouvait

« apparaître comme un moyen de défense au fond ou tout au moins comme basée sur des arguments de nature à pouvoir être invoquée à ce titre ». Par conséquent, « en statuant dès maintenant sur l'exception d'incompétence, la Cour risquerait, soit de trancher des questions appartenant au fond de l'affaire soit d'en préjuger la solution ».

« La Cour devant statuer à cet égard et, s'il y [avait] lieu, sur le fond, par un seul et même arrêt ».

La Cour a ajouté, quant à une autre exception visant la recevabilité de la requête, que

« les faits et arguments invoqués pour ou contre les deux exceptions [étaient] dans une large mesure interdépendants et qu'ils se [confondaient] même à certains égards ». En conséquence, cette exception a été également jointe au fond. [CPJI, Série A/B n. 67, p. 23-24].

3) Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, en joignant au fond deux exceptions préliminaires par ordonnance du 30 juin 1938, la Cour a déclaré :

« que, dans la phase actuelle de la procédure une décision ne peut être prise ni sur le caractère préliminaire des exceptions, ni sur le bien-fondé de ces mêmes exceptions ; qu'en effet, une telle décision soulèverait des questions de fait et des points de droit sur lesquels les Parties sont à plusieurs égards en désaccord et qui sont trop étroitement liés au fond pour que la Cour puisse se prononcer, dès à présent, à leur sujet ».

Elle a donné deux autres raisons, à savoir :

« qu'en statuant sur les exceptions la Cour risquerait soit de trancher des questions qui appartiennent au fond de l'affaire, soit d'en préjuger la solution » et « que la cour peut toujours ordonner la jonction des exceptions

préliminaires au fond, lorsque les intérêts de la bonne administration de la justice lui en font un devoir » [C.P.J.I. série A/B n. 75, p. 55-56].

4) La CIJ s'est inspirée de considérations analogues dans les affaires de *Certains emprunts norvégiens* et du *Droit de passage sur le territoire indien*. Dans l'*Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, la Cour, se fondant sur un accord intervenu entre les Parties sur ce point, a joint les exceptions préliminaires au fond « pour être statué par un seul et même arrêt sur lesdites exceptions et, éventuellement, sur le fond ». [C.I.J. Recueil 1956, p. 74].

5) Dans l'*Affaire du droit de passage sur le territoire indien*, la Cour a estimé que, pour statuer sur l'une des exceptions préliminaires, il lui aurait fallu à la fois élucider les faits et examiner la portée ou les conséquences juridiques de certaines pratiques et de certaines circonstances ; il ne lui était donc pas possible de se prononcer sur cette exception « sans préjuger le fond ». S'agissant d'une autre exception, la Cour a dit qu'ayant « entendu présenter des allégations opposées » elle n'était pas « en mesure de déterminer, à ce stade » certaines des questions soulevées. Elle a également constaté qu'elle n'avait pas « d'éléments suffisants pour lui permettre de statuer » sur d'autres questions, et toute tentative d'appréciation de certains éléments en cause, « bien que limitée à ce qui concerne la sixième exception préliminaire, impliquerait le risque de préjuger certains points étroitement liés au fond » [C.I.J. Recueil 1957, p. 150-152].

6) Dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, la Cour a joint au fond certaines exceptions qui ne lui paraissaient pas, dans les circonstances de l'espèce, pouvoir être traitées au stade préliminaire. Elle dit :

« La troisième exception comporte un tel enchevêtrement de questions de droit, de fait et de qualité pour agir que la Cour ne saurait se prononcer sur cette exception au présent stade avec la pleine assurance d'être en possession de tous les éléments pouvant avoir de l'importance pour sa décision. Les Parties ont implicitement reconnu qu'il en est ainsi, dans la mesure où, même au présent stade, elles ont abordé des points de fond dans les écritures et les plaidoiries ».

La Cour poursuit :

« En ce qui concerne la quatrième exception préliminaire, la présente affaire n'est pas de celles où l'allégation touchant le non-épuisement des recours internes soulevé sans le moindre doute des problèmes de caractère

préliminaire pouvant être règles indépendamment. Cette allégation est inextricablement liée aux questions de déni de justice qui constituent la plus grande partie du fond ... En conséquence, la cour décide de joindre au fond les troisième et quatrième exceptions préliminaires » [C.I.J. *Recueil* 1964, p. 46].

7) La règle de l'absence de caractère exclusivement préliminaire a aussi été appliquée dans l'*Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* [C.I.J. *Recueil* 1986, p. 323–325, paragraphes 115 et suivants] et dans celle de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)* [C.I.J. *Recueil* 2008, paragraphes 131 et suivants].

La CPJI a attiré l'attention sur un aspect important du problème. Elle indique que « [l]a Cour peut toujours ordonner la jonction des exceptions préliminaires au fond, lorsque les intérêts de la bonne administration de la justice lui en font un devoir ». Mais la protection des droits de l'Etat défendeur est un élément essentiel de la bonne administration de la justice » et c'est dans l'intérêt du défendeur que le Règlement de la Cour contient un article 62, qui autorise la présentation d'exceptions préliminaires. On ne doit pas oublier que cette disposition donne au défendeur des pouvoirs étendus, puisque le seul dépôt par celui-ci d'un document intitulé exceptions préliminaires entraîne automatiquement la suspension de la procédure sur le fond (art. 62, par. 3).

Pour parvenir à une décision, la Cour peut établir que l'exception n'a pas en fait un caractère préliminaire et par conséquent que, sans préjuger le droit de l'Etat défendeur de soulever la même question à un autre stade de la procédure, s'il doit y avoir un, l'exception ne saurait être traitée comme une exception préliminaire visant, par exemple, sa compétence, et elle peut en disposer immédiatement, soit en la retenant, soit en la rejetant. Dans d'autres cas, la Cour peut juger que l'exception est tellement liée au fond qu'on ne saurait l'examiner séparément sans aborder le fond, ce que la Cour ne saurait faire tant que la procédure sur le fond est suspendue ou sans préjuger le fond avant que celui-ci ait fait l'objet d'une discussion exhaustive. Dans de tels cas, la Cour joindra l'exception au fond. Elle ne le fera que pour des motifs sérieux, considérant que l'objet d'une exception préliminaire est d'éviter non seulement une décision mais aussi toute discussion du fond. D'un autre côté, une jonction au fond ne signifie nullement que l'exception ait été perdue de vue. Par exemple dans l'*Affaire relative à certains emprunts norvégiens*, où les exceptions avaient été

jointes au fond, la CIJ a retenu au stade du fond une exception d'incompétence et ne s'est donc pas prononcée sur le fond du différend.

En l'espèce, le Tribunal a souhaité aborder l'argument du Panama selon lequel les thèses de l'Italie fondées sur l'acquiescement, l'estoppel et la prescription extinctive devraient être examinées au stade de l'examen au fond. Le Panama a déjà formulé cet argument sans chercher à l'étayer dans le cadre de l'article 97, paragraphe 6, du Règlement. Le Tribunal relève que l'Italie n'y a pas répondu. Le Tribunal estime que le Panama a abordé de manière suffisante les arguments de l'Italie et que le Tribunal dispose de toutes les informations nécessaires à cet égard. Le Tribunal note que ni la Convention ni le Règlement ne prévoit de délai pour introduire une instance. Toutefois, la question de la forclusion à ester devant le Tribunal est traitée par les principes bien établis du droit international relatifs à l'acquiescement, l'estoppel et la prescription extinctive. Ces principes peuvent être invoqués dans un cas approprié, en vertu de l'article 293 de la Convention, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec la Convention. Le Tribunal relève que les Parties ne contestent pas ces principes et que les deux principaux éléments de l'estoppel –renoncement aux prétentions et incitation à agir à son détriment en raison de la conduite – font défaut en l'espèce. Le Panama s'est efforcé à maintes reprises au moyen de ses communications de parvenir à un règlement avec l'Italie. Les juridictions italiennes ont également rendu une décision favorable à la mainlevée de l'immobilisation du « *Norstar* ». Si l'Italie est demeurée passive malgré tout, elle ne saurait tirer avantage de sa propre défaillance. Pour ces motifs, le Tribunal considère qu'une situation d'estoppel ne peut être retenue. En ce qui concerne la prescription extinctive, le Tribunal note que c'est l'Italie qui a saisi le navire panaméen et qu'elle était pleinement consciente du fait que les questions concernant le navire n'avaient pas été réglées. De plus, le Panama n'a jamais cessé de faire valoir sa prétention depuis que le navire a été saisi par l'Italie. En conséquence, le Tribunal rejette l'exception de prescription extinctive soulevée par l'Italie.

Il nous faut – pour terminer – dire un mot du dispositif singulier que le Tribunal a conçu en la présente affaire, et qui se présente comme une synthèse : compétence/recevabilité. Après avoir entendu les Parties, le Tribunal a décidé sur la base d'un arrêt par ce dispositif. Je dois dire que ma faveur va plutôt au système classique pour plusieurs raisons.

D'abord, comme l'affirme l'article 97, paragraphe 6, du Règlement :

Le Tribunal statue dans un arrêt par lequel soit il retient l'exception, soit la rejette, soit déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire. Si le tribunal rejette l'exception ou déclare qu'elle n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, il fixe les délais pour la suite de la procédure.

C'est que l'arrêt sur les exceptions préliminaires peut, en général, comporter nombre de variantes. Il peut reconnaître le bien-fondé d'une exception préliminaire en mettant ainsi un terme à l'instance. Cette situation peut éviter à la juridiction d'examiner toutes les autres exceptions. A titre d'exemple, rappelons qu'en l'affaire des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, l'arrêt du 5 octobre 2016, qui retient la première exception d'incompétence soulevée par le Royaume-Uni, se lit au paragraphe 58 :

En conséquence, la Cour conclut que la première exception préliminaire soulevée par le Royaume-Uni doit être retenue. Il s'ensuit qu'elle n'a pas compétence en la présente espèce au titre du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut. Aussi n'est-il pas nécessaire pour la Cour d'examiner les autres exceptions soulevées par le Royaume-Uni.

L'arrêt peut aussi reconnaître le bien-fondé d'une ou de plusieurs exceptions préliminaires qui restreignent la portée de l'instance ou limitent l'étendue de la compétence du juge.

L'arrêt peut également accueillir des exceptions préliminaires qui n'ont trait ni à la compétence du Tribunal ni à la recevabilité de la requête, mais qui relèvent plutôt de ce que le Règlement qualifie de « toute autre exception sur laquelle une décision est demandée avant que la procédure sur le fond se poursuive ».

Ces exceptions touchent plutôt à la validité formelle d'un acte de procédure. C'est le cas de l'exception de procédure soulevée par le Panama en la présente affaire et qui regarde ce que cet Etat nomme « les garanties d'une procédure régulière ». [« the rule of due process of law »]. Le traitement de ce genre d'exceptions ne restreint ni ne met un terme à l'instance. Il suffit de corriger l'acte de procédure présentant une défectuosité pour le rendre valide en sa forme comme au fond.

L'arrêt peut enfin rejeter toutes les exceptions préliminaires, auquel cas le Tribunal fixe les délais pour la suite de la procédure. C'est ce qui est arrivé en l'espèce. L'Italie a soulevé trois exceptions d'incompétence [existence d'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, compétence *ratione personae* et échange de vues conformément à l'article 283 de la Convention] et trois exceptions d'irrecevabilité [nationalité des demandes, épuisement de recours internes, et acquiescement, estoppel et prescription extinctive] et le Tribunal les a rejetées toutes, après les avoir examinées une par une pour décider qu'il n'en peut retenir aucune. De la sorte, le Tribunal indique clairement que les exceptions italiennes ne sont pas fondées et qu'il peut dès lors s'atteler à l'examen de l'affaire au fond.

Nous pensons que le Tribunal aurait dû se conformer, à la lettre, aux dispositions du Règlement relatives à l'arrêt sur les exceptions préliminaires. En effet l'article 97 paragraphe 6 parle de l'*exception au singulier* [« le Tribunal statue dans un arrêt par lequel soit il retient l'exception, soit la rejette,... »] et le dispositif aurait dû établir les exceptions *seriatim*, une par une pour les rejeter tour à tour. Cela aurait été conforme non seulement à la pratique de toutes les juridictions internationales mais également à la transparence et à la prévisibilité. Le Règlement, la Résolution sur la pratique interne en matière judiciaire et les lignes directrices gouvernent l'ensemble de la procédure devant le Tribunal.

(signé) T.M. Ndiaye