

## Déclaration de M. le juge *ad hoc* Francioni

(Traduction du Greffe)

1. Je souscris aux conclusions émises par la majorité sur toutes les questions préliminaires concernant la compétence *prima facie* visée à l'article 290, paragraphe 5, et la recevabilité, de même que sur la question de fond concernant la satisfaction des conditions essentielles justifiant en l'espèce la prescription de mesures conservatoires en attendant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

2. En particulier, je partage entièrement l'opinion de la majorité selon laquelle il s'agit d'un différend juridique entre l'Italie et l'Inde ; ce différend relève de la Convention du droit de la mer ; vu la nature du différend, la décision sur l'applicabilité de la règle de l'épuisement préalable des recours internes devra être prise à un stade ultérieur de la procédure, conformément à la jurisprudence du Tribunal (voir, notamment, *Navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 décembre 2010, *TIDM Recueil 2008-2010*, p. 58) ; les droits invoqués par le demandeur sont « plausibles » au regard du droit international ; il n'y a pas eu « abus des voies de droit » de la part du demandeur au sens de l'article 294 ; et l'Italie ne peut être considérée comme ayant renoncé à ses droits de saisir le Tribunal en raison de sa participation à la procédure judiciaire devant les tribunaux indiens. Le Tribunal a d'abord reconnu que les droits que revendiquait l'Italie en matière de compétence exclusive sur l'incident de *l'Enrica Lexie* et à l'égard des deux membres de ses forces armées – qui avaient été arrêtés, mis en détention et poursuivis en justice après l'incident – satisfaisaient au critère de plausibilité requis pour que des mesures conservatoires puissent être prescrites. Il a ensuite décidé en toute logique que compte tenu des circonstances de l'espèce, il était approprié de prescrire des mesures conservatoires et donc de rendre une ordonnance à cet effet pour sauvegarder les droits respectifs des parties au différend et enjoindre à l'Italie et à l'Inde de

... suspendre toutes procédures judiciaires et s'abstenir d'en entamer de nouvelles qui seraient susceptibles d'aggraver ou d'étendre le différend soumis au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, ou de compromettre l'application de toute décision que le Tribunal arbitral pourrait rendre ou d'y porter préjudice.

3. Je souscris à cette décision. Toutefois, le Tribunal a eu bien des difficultés avec deux questions fondamentales qui sont au cœur de la prescription de mesures conservatoires, à savoir : 1) le sens et la portée de l'obligation incombant au Tribunal de « préserver les droits respectifs des parties en litige . . . » (article 290, paragraphes 1 et 2, de la Convention) ; et 2) la satisfaction de la condition de « l'urgence de la situation » (article 290, paragraphe 5). Cela l'a conduit à prescrire des mesures conservatoires qui, à mon avis, ne satisfont que partiellement à l'objectif de préservation des droits respectifs des parties et de prise en compte de l'urgence de la situation dans ce cas bien précis. C'est pourquoi, conformément à l'article 125, paragraphe 2, du Règlement, je sou mets la présente déclaration, qui ne concerne pas les mesures conservatoires que le Tribunal a prescrites, lesquelles sont appropriées et nécessaires sur le plan juridique, mais plutôt les mesures que le Tribunal n'a pas prescrites et qui ont trait à la deuxième demande de l'Italie.

4. Dans cette demande, l'Italie priait le Tribunal de prescrire que l'Inde prenne

... toutes les mesures nécessaires afin de lever immédiatement les restrictions à la liberté, à la sécurité et à liberté de mouvement des Fusiliers marins, pour permettre au sergent Girone de se rendre en Italie et d'y rester, et au sergent Latorre de rester en Italie pendant toute la durée de la procédure devant le tribunal constitué en vertu de l'annexe VII.

(Par. 31 de l'Exposé des conclusions et par. 57 de la Demande en prescription de mesures conservatoires)

Le Tribunal a refusé de prescrire les mesures sollicitées dans cette deuxième demande de l'Italie, principalement au motif qu'y faire droit aurait eu pour effet de préjuger le fond de l'affaire, ce qui relève de la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. Ce raisonnement du Tribunal repose également sur la prémisse que les circonstances de l'espèce ne satisfaisaient pas au critère strict de l'urgence énoncé à l'article 290, paragraphe 5. Si je comprends parfaitement cette hésitation du Tribunal, au vu de l'imminence de la constitution du tribunal arbitral qui aura compétence tant au fond que pour décider de mesures conservatoires, je souhaite néanmoins signaler ici pourquoi, à mon avis, les mesures conservatoires prescrites par le Tribunal auraient aussi dû inclure la suspension *pro tempore* des restrictions imposées à la liberté des deux fusiliers marins. Pour ce faire, je vais d'abord m'intéresser à la nécessité de préserver les droits des parties, puis à la condition de l'urgence.

«... pour préserver les droits respectifs des parties »

5. Ce que prendre des mesures pour « préserver les droits respectifs des parties » implique a été exposé par le juge Jiménez de Aréchaga, alors Président de la Cour internationale de Justice, dans son opinion individuelle jointe à l'ordonnance rendue en l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée* :

la justification essentielle de la hâte manifestée par un tribunal lorsqu'il accorde une protection avant d'avoir définitivement statué sur sa compétence et sur le fond est que l'action d'une partie *pendente lite* cause ou menace de causer aux droits de l'autre un préjudice tel qu'il ne serait pas possible de rétablir pleinement ces droits ou de réparer l'atteinte qu'ils ont subie simplement en rendant un arrêt favorable.

(*Plateau continental de la mer Égée (Grèce c. Turquie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 11 septembre 1976, C.I.J. Recueil 1976, opinion individuelle de M. Jiménez de Aréchaga, Président, p. 16 et 17)

6. Le Tribunal a reconnu que la nature des droits en jeu dans la présente affaire exigeait la prescription d'une mesure conservatoire à fin d'enjoindre à l'Inde et à l'Italie de suspendre toutes procédures pénales et de s'abstenir d'en entamer de nouvelles susceptibles d'aggraver ou d'étendre le différend. Mais comment une telle mesure peut-elle produire ses effets sans que soient suspendues *pro tempore* les mesures de restriction que l'Inde impose à la liberté personnelle et la liberté de mouvement des deux fusiliers marins ? L'un deux, trois ans et demi après les faits, est toujours assigné à résidence dans les locaux de l'ambassade d'Italie à Delhi et tenu de se soumettre à la juridiction pénale de l'Inde en se présentant périodiquement aux services de la police judiciaire indienne !

7. Si le Tribunal a dissocié les deux mesures conservatoires demandées par l'Italie, et finalement décidé de rejeter la deuxième demande, c'est que la majorité de ses membres a estimé, premièrement, que les droits des deux fusiliers marins ne couraient pas de risque imminent, vu l'équité et la bienveillance dont ferait preuve l'appareil judiciaire indien à l'égard de deux personnes accusées d'avoir commis un crime grave ; et deuxièmement, que le fait d'autoriser le sergent Girone à rentrer en Italie porterait atteinte au droit qu'aurait l'Inde d'exercer sa juridiction dans le cas où le tribunal arbitral conclurait que l'Italie et l'Inde auraient compétence « concurrente » pour connaître de l'incident.

8. On a également avancé l'argument selon lequel le fait d'autoriser le sergent Girone à rentrer temporairement en Italie reviendrait à indûment préjuger l'affaire au fond alors que la décision appartient exclusivement au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

9. Sur le premier point, je ne vois pas en quoi le fait d'accorder la deuxième mesure sollicitée par le demandeur aurait lésé l'Inde dans ses droits ou lui aurait imposé une charge excessive jusqu'au prononcé de la sentence au fond. Ici, la majorité semble avoir accepté l'argument du défendeur selon lequel il serait irréaliste de croire que l'Italie renverrait les sergents Girone et Latorre en Inde si le tribunal arbitral décidait que les tribunaux indiens étaient compétents ou que l'Italie et l'Inde avaient une compétence concurrente sur cette affaire.

10. A l'appui de cet argument, on a affirmé de manière répétée qu'en raison du caractère politiquement sensible de cette affaire en Italie, il serait irréaliste d'attendre des autorités italiennes qu'elles autorisent le retour des deux fusiliers marins en Inde si tel était ce qu'exigeait la sentence du tribunal arbitral. On a même cité à mauvais escient un arrêt rendu récemment par la Cour constitutionnelle italienne, qui avait déclaré inconstitutionnelle, au motif qu'elle enfreignait les droits fondamentaux de la personne, une loi adoptée par le Parlement italien pour se conformer à un arrêt de la Cour internationale de Justice (*Corte Costituzionale*, arrêt n° 238 de 2014, rendu le 22 octobre 2014).

12. A mon avis, ces deux arguments sont dénués de fondement et le Tribunal aurait dû les ignorer.

13. Premièrement, parce que l'Italie s'est officiellement engagée, dans le cadre de la présente procédure, à respecter sans conditions la décision définitive – quelle qu'elle soit – du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII et à renvoyer les deux fusiliers marins en Inde, comme elle l'a déjà fait plus d'une fois, si la sentence finale l'exigeait (déclaration de l'agent de l'Italie, PV.15/3, p. 22, I. 4-9). Je ne vois pas comment le Tribunal a pu estimer que l'Italie n'était pas digne de confiance en ce qui concerne cet important aspect du différend.

14. Deuxièmement, parce que l'Italie a, en exécution de l'ordonnance de libération sous caution rendue par la Cour suprême indienne dans cette affaire, déposé une caution pour chacun des deux fusiliers marins et déclaré, au cours de la présente instance, qu'elle était prête à envisager de donner d'autres garanties à l'Inde. Des garanties que le Tribunal aurait pu exiger dans son ordonnance.

15. Troisièmement, parce que toute référence à la décision récemment rendue par la Cour constitutionnelle italienne est malvenue ; et cela, parce que cette décision concernait des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité indiscutables, commis au cours de la seconde guerre mondiale, dans une

affaire radicalement différente de la présente espèce, qui a trait à un conflit de juridictions sur un incident maritime. En outre, l'arrêt de la Cour constitutionnelle italienne prouve exactement l'inverse de ce que l'Inde a prétendu à plusieurs reprises et de façon regrettable, à savoir que l'engagement de l'Italie serait terni par sa prétendue tendance à ne pas se conformer aux arrêts des juridictions internationales. L'arrêt de la Cour constitutionnelle démontre au contraire que l'Italie a non seulement exécuté promptement une décision de la Cour internationale de Justice (*Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 99), mais aussi qu'elle est allée jusqu'à adopter une mesure législative spéciale pour donner effet à ladite décision dans son ordre juridique interne. De surcroît, même après que la Cour constitutionnelle eut rendu sa décision réaffirmant le droit inaliénable qu'ont les victimes de crimes internationaux d'accéder à la justice, des mesures législatives ont été adoptées afin de veiller à ce qu'aucune mesure d'exécution visant les avoies d'Etats étrangers ne soit prise en violation de la décision de la Cour internationale de Justice rendue en l'affaire des *Immunités juridictionnelles* (voir la loi n° 162 du 10 novembre 2014, article 19-bis). Or, ce fait n'a pas été mentionné par le conseil de l'Inde, que ce soit intentionnellement ou parce qu'il ne disposait pas des informations adéquates. Du reste, la confiance que l'Italie place dans la justice internationale et son engagement à exécuter dans leur intégralité les décisions qu'elle rend sont confirmés par le fait qu'elle a déposé, le 25 novembre 2014, une déclaration d'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice en application de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour.

16. Cela dit, on comprend mal quel préjudice aurait été porté aux droits invoqués par l'Inde si le Tribunal avait accordé des mesures conservatoires s'appliquant à la situation des deux fusiliers marins en leur donnant la liberté de rentrer en Italie. L'Inde a déjà autorisé plus d'une fois leur retour en Italie, et l'Italie a pour sa part veillé à ce qu'ils rentrent en Inde. La libération du sergent Gironne en attendant que le tribunal arbitral statue sur les droits des parties n'aurait pas le moins du monde lésé l'Inde dans son droit d'exercer sa juridiction. Comme l'Inde l'admet elle-même, la procédure pénale est déjà suspendue en attendant que la Cour suprême indienne tranche la question de la compétence.

17. On ne peut pas en dire autant des droits de l'Italie. Cette dernière affirme que les restrictions qui pèsent sur la liberté personnelle des deux fusiliers marins et la poursuite par l'Inde de l'exercice de sa juridiction pénale sur l'affaire de l'incident de l'*Enrica Lexie* constituent une violation persistante par l'Inde des obligations qui lui incombent au titre de la Convention. Il s'agit d'une question que devra trancher

le tribunal arbitral. Toutefois, dans le cas où sa sentence reconnaîtrait la juridiction exclusive revendiquée par l'Italie, le préjudice porté aux droits de l'Italie serait irréparable. L'exercice par l'Inde de sa juridiction pénale, en dépit du fait que l'Italie s'y oppose et se plaint qu'il s'agit là d'un préjudice causé à ses droits souverains d'exercer sa compétence à l'égard de membres de ses forces armées et de les sanctionner, causerait à l'Italie un préjudice irréversible. Le dommage infligé au sergent Gironne par sa détention préventive ne serait pas davantage réparable, compte tenu notamment de la période extrêmement longue durant laquelle il a été astreint à des mesures limitant sa liberté personnelle.

18. Tout ce qui précède m'amène à conclure qu'il y avait de bonnes raisons pour que le Tribunal étende les mesures conservatoires à la levée temporaire des restrictions imposées par l'Inde à la liberté personnelle des deux fusiliers marins « pour préserver les droits respectifs des parties en litige ».

### L'urgence

19. Il est indiscutable que le paragraphe 5 de l'article 290 subordonne la prescription de mesures conservatoires à l'existence d'une situation d'urgence au vu des circonstances de l'espèce. Le Tribunal a accepté implicitement le fait que les circonstances de la présente affaire satisfaisaient au critère de l'urgence. Il a par conséquent décidé de prescrire, en tant que mesure conservatoire, que « l'Italie et l'Inde suspendent toutes deux toutes les procédures judiciaires et s'abstiennent d'en entamer de nouvelles susceptibles d'aggraver ou d'étendre le différend ».

20. Pourtant, lorsque le critère de l'urgence a été appliqué à la situation des deux fusiliers marins, le Tribunal a refusé de prescrire des mesures conservatoires parce que, de l'avis de la majorité, cette situation « touch[ait] des questions liées au fond de l'espèce » (par. 132 de l'ordonnance).

21. Je conviens que la question du maintien ou de la levée des mesures restreignant la liberté personnelle des deux fusiliers marins touche à la question fondamentale de savoir qui détient la compétence pénale pour connaître de l'incident de l'*Enrica Lexie*. Mais il serait trompeur d'évaluer « l'urgence de la situation » en ne tenant compte que de la période limitée (qui se compte en semaines ou en mois) qui s'écoulera avant que le tribunal prévu à l'annexe VII soit constitué et puisse statuer.

22. L'évaluation de l'urgence exige au contraire que nous envisagions la situation dans son ensemble. L'incident à l'origine de ce différend s'est produit il y a trois ans et demi. L'exercice par l'Inde de mesures de contrainte à l'en-

contre d'un navire battant pavillon italien et naviguant dans des eaux internationales reste contesté par l'Italie. Cette dernière conteste aussi l'exercice, par l'Inde, de sa compétence pénale sur l'incident dans lequel la responsabilité du décès regrettable de deux pêcheurs indiens a été attribuée aux membres des forces armées italiennes chargés de protéger ce navire contre les pirates dans une zone à haut risque. Le conflit de juridiction n'a pas été résolu par voie diplomatique. L'Inde campe sur sa position, selon laquelle elle avait le droit d'intercepter l'*Enrica Lexie* dans les eaux internationales, d'arrêter les deux fusiliers marins et d'engager contre eux des poursuites. A mon avis, l'urgence de la situation est manifeste et le fait qu'une décision finale n'interviendra que lors de la procédure au fond n'enlève rien aux arguments en faveur de l'octroi de mesures conservatoires pour protéger les deux fusiliers marins après une période aussi longue de restriction de leur liberté personnelle.

23. En droit, ma conclusion est corroborée par les précédents mêmes du Tribunal, tels que les ordonnances qu'il a rendues en l'*Affaire du navire « SAIGA » (No. 2)*, en l'*Affaire du navire « Louisa »*, et plus récemment en l'*Affaire de l'« Arctic Sunrise »*. Cette jurisprudence montre que le Tribunal a toujours considéré comme urgentes les situations dans lesquelles il y avait privation de liberté personnelle. C'est d'autant plus vrai en la présente espèce, qui se caractérise par la période exceptionnellement longue durant laquelle des restrictions ont été imposées à la liberté personnelle des fusiliers marins, suscitant de graves préoccupations d'ordre sanitaire et humanitaire à leur endroit, et le fait que les deux fusiliers sont membres de forces armées et ont agi dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Je n'ai guère besoin de rappeler que la Commission du droit international, dans son rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat, définit à l'article 2 f) l'« [a]cte accompli à titre officiel » comme « tout acte accompli par un représentant de l'Etat dans l'exercice de l'autorité étatique » (CDI, rapport sur les travaux de sa soixante-sixième session, document de l'ONU A/CN.4/L.865). Ledit rapport ne laisse aucun doute sur le fait que les militaires dans l'exercice de leurs fonctions sont *par excellence* des représentants de l'Etat (CDI, troisième rapport sur l'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'Etat, 2 juin 2014, document de l'ONU A/CN.4/673 (2014), par. 36).

24. A un niveau plus général, il aurait été souhaitable que le Tribunal tienne compte, même au stade des mesures conservatoires, du statut des forces armées en droit international. La coopération internationale dans les domaines de la lutte contre la piraterie, le terrorisme ou le trafic d'êtres humains, ou dans celui du maintien de la paix et des missions humanitaires exige le déploiement à l'étranger de membres des forces armées. Il serait désastreux pour le droit international

que la coopération dans ces domaines s'étiole de crainte que les membres des forces armées accomplissant leur mission officielle puissent systématiquement être soumis à la juridiction pénale de l'Etat côtier à raison d'incidents survenus dans des eaux internationales. Il est regrettable qu'en l'espèce, dans la procédure écrite comme en cours d'audience, les deux fusiliers marins aient été qualifiés de « meurtriers ». Je me suis élevé contre cette qualification, qui préjuge la question de leur culpabilité. Mais ce que je tiens à souligner en conclusion, c'est que les deux fusiliers marins au centre de cet interminable différend appartiennent au même corps d'armée que les hommes qui risquent tous les jours leur vie dans des opérations de recherche et de sauvetage en mer, que la marine italienne et les marines d'autres pays mènent depuis des mois pour sauver les vies de milliers de migrants qui risquent la noyade en tentant de traverser la Méditerranée. Accorder le bénéfice du doute à ces deux fusiliers marins, au stade des mesures conservatoires, voilà qui aurait envoyé un message positif au reste du monde et montré que le Tribunal était parfaitement conscient de l'importance qu'il y a d'entretenir la coopération dans ces domaines cruciaux, compte tenu de l'intérêt général de la communauté internationale et au-delà des droits respectifs des parties au présent différend.

(signé)

F. Francioni