

## Déclaration de M. le juge Paik

*(Traduction du Greffe)*

1. Une fois établie la nécessité de prescrire des mesures conservatoires, la question qui se pose est celle de leur teneur. A cet égard, le Tribunal estime au paragraphe 126 de son ordonnance que « si les mesures correspondant à la première et la deuxième demande de l'Italie sont prescrites, elles ne préserveront pas à égalité les droits respectifs des deux Parties jusqu'à la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, comme l'exige l'article 290, paragraphes 1 et 5, de la Convention ». Il prescrit ensuite la mesure énoncée au point 1) du dispositif, qui est semblable sur le fond à la mesure correspondant à la première demande de l'Italie, même si sa portée est moindre. Par ailleurs, il rejette la deuxième demande de l'Italie tendant à ce que soient immédiatement levées les restrictions à la liberté, à la sécurité et à la liberté de mouvement des deux fusiliers marins. Je souscris à la décision que le Tribunal a prise, qui est de faire droit en partie à la première demande mais de rejeter la deuxième. Toutefois, compte tenu de la longue argumentation présentée par l'Italie, en particulier s'agissant de la deuxième demande, et attendu que les risques qui menacent la liberté ou la vie humaine sont en général pris au sérieux dans les procédures en prescription de mesures conservatoires, j'estime nécessaire d'expliquer ma position un peu plus en détail.

2. Le présent différend entre l'Italie et l'Inde se réduit à la question de savoir lequel de ces Etats a juridiction sur l'incident qui s'est produit le 15 février 2012 (étant donné que la question de l'immunité est inextricablement liée à celle de la juridiction, on peut considérer qu'elle fait partie de cette dernière). L'Italie revendique une juridiction « exclusive » sur l'incident. De son côté, l'Inde soutient qu'elle a, elle aussi, le droit d'exercer sa juridiction et, ayant placé les deux fusiliers marins en détention immédiatement après la survenue de l'incident, elle n'a, dès ce moment, plus cessé d'exercer sa juridiction pénale à leur égard. Dans un différend comme la présente espèce, dans lequel l'existence même d'un droit – le droit de l'Inde d'exercer sa juridiction sur l'affaire – est contestée, toute mesure conservatoire qui préserve les droits de l'une des parties porte nécessairement atteinte à ceux qui sont revendiqués par la partie adverse. Le Tribunal doit par conséquent mettre en balance les droits respectifs des parties tels qu'ils seraient affectés par les mesures demandées. Après tout, lorsqu'il prescrit des mesures conservatoires, le Tribunal devrait préserver les droits des deux parties au différend, droits que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pourrait ultérieurement reconnaître comme étant ceux de « l'une ou l'autre » des parties.

3. La première demande de l'Italie vise à ce que soit suspendu l'exercice de la juridiction de l'Inde jusqu'à ce que soit rendue la décision finale du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, et donc à préserver le *statu quo* qui existait à la date où le différend a été soumis à la procédure arbitrale. La mesure conservatoire qui consisterait à suspendre la juridiction de l'Inde préserverait certainement les droits de l'Italie, qui, selon cette dernière, ont déjà été irrémédiablement lésés et continuent de l'être du fait de l'exercice illicite par l'Inde de sa propre juridiction, laquelle incomberait exclusivement à l'Italie. Quel serait alors l'effet d'une telle mesure sur la possibilité qu'aurait l'Inde d'exercer son droit ?

4. La mesure conservatoire que le Tribunal prescrit au point 1) du dispositif est semblable à la mesure correspondant à la demande susmentionnée de l'Italie, même si sa portée est plus étroite. Alors que cette mesure empêcherait l'Inde de continuer d'exercer sa juridiction en ce qui concerne les procédures judiciaires, je ne considère pas qu'une telle suspension porterait indûment atteinte aux droits de l'Inde compte tenu des circonstances. D'une part, l'Inde, en un sens, défend le principe ou la notion même qui sous-tend la mesure susmentionnée, à savoir qu'un procès pénal devrait être suspendu pendant la durée nécessaire pour que soient tranchées les questions préliminaires de compétence. C'est même la raison pour laquelle la Cour suprême indienne a ordonné au tribunal spécial de suspendre la procédure pénale visant les deux fusiliers marins (Cour suprême de l'Inde, ordonnance du 28 mars 2014). Il en résulte que la procédure pénale devant le tribunal spécial est suspendue depuis mars 2014, et il a été indiqué à l'audience qu'il n'y avait pas de raison de penser que cette suspension serait levée dans un avenir proche. Maintenant que la procédure arbitrale a été instituée pour statuer sur le différend qui oppose les parties au sujet de la juridiction, la mesure qui consisterait à suspendre la procédure pénale interne pendant la durée de l'arbitrage ne porterait pas, en théorie ou en pratique, gravement atteinte aux droits revendiqués par l'Inde. Par conséquent, je suis d'avis que la mesure conservatoire imposant aux parties de suspendre toute procédure judiciaire et de s'abstenir d'en introduire de nouvelles est appropriée pour préserver leurs droits respectifs dans les circonstances de l'espèce.

5. La seconde demande vise, quant à elle, à obtenir la levée de toutes les restrictions imposées par l'Inde à la liberté des deux accusés et à s'assurer que ceux-ci seront en Italie pendant toute la durée de la procédure arbitrale ; par conséquent, elle vise à préserver, en ce qui concerne le statut juridique des accusés, le *statu quo* qui existait avant que l'Inde n'exerce de façon

supposément illicite sa juridiction. Rien n'empêche en principe qu'une telle demande soit présentée ou qu'il y soit fait droit tant que cela est approprié au vu des circonstances. La mesure conservatoire susmentionnée préserverait sans aucun doute les droits revendiqués par l'Italie en ce qui concerne les deux fusiliers marins auxquels, selon l'Italie, un dommage irréparable a été causé et continue de l'être. La question qui se pose est alors la suivante : quelle serait la conséquence d'une telle mesure sur l'exercice par l'Inde des droits qu'elle revendique ?

6. Il est du devoir de l'Etat d'exercer sa juridiction en matière pénale, sans quoi l'ordre public, socle fondamental de toute société et qu'aucun Etat ne saurait prendre à la légère sous peine de négliger les devoirs qui sont les siens, ne pourra être maintenu. A cet effet, il est crucial que les accusés soient placés en détention. Une procédure pénale qui se déroulerait sans l'arrestation et le placement en détention des accusés s'apparenterait en grande partie à une fiction. C'est pourquoi il convient d'aborder la question de la détention des accusés avec une extrême prudence. Le Tribunal a été informé au cours de l'audience que le droit indien excluait un procès par contumace dans un cas comme la présente espèce (ITLOS/PV.15/C24/2, p. 42, lignes 19-22). La seconde demande, si elle était acceptée, priverait l'Inde de toute possibilité, pratique ou juridique, d'exercer les droits qu'elle revendique au titre de l'incident de l'*Enrica Lexie* pendant toute la durée de la procédure arbitrale parce que les accusés ne relèveraient plus de sa juridiction. De plus, à mon avis, le fait de demander à l'Inde de « remettre » pour ainsi dire les accusés à l'Italie outrepasserait la fonction des mesures conservatoires et reviendrait presque à préjuger du fond de l'affaire.

7. Vu le rôle crucial de la détention des accusés dans l'exercice de la compétence pénale, il est assez courant, dans la plupart des systèmes juridiques, qu'une forme ou l'autre de restriction soit imposée à leur liberté et à leur liberté de mouvement avant que la question de leur culpabilité ne soit définitivement tranchée. Le niveau et l'étendue de telles restrictions peuvent varier suivant la gravité de l'infraction alléguée. En l'espèce, les deux fusiliers marins sont accusés de crimes graves et les restrictions à leur liberté doivent être appréciées dans ce contexte. A l'audience, l'Italie a comparé la présente espèce à plusieurs autres affaires dont le Tribunal a eu à connaître, y compris l'affaire de l'« *Arctic Sunrise* », afin de démontrer que les restrictions à la liberté des fusiliers marins devaient être immédiatement levées pour leur permettre de retourner en Italie et d'y rester. Il existe toutefois des différences entre la présente espèce et ces autres affaires, la plus décisive d'entre elles concernant la gravité de l'infraction

qui aurait été commise par les accusés. De plus, je ne considère pas que la présente espèce soit comparable aux affaires de prompte mainlevée dont le Tribunal est saisi par une demande présentée sur le fondement de dispositions bien précises de la Convention, telles que l'article 73, paragraphe 2, et l'article 226, paragraphe 1.

8. Je reconnais que l'imposition de restrictions excessivement longues à la liberté et à la liberté de mouvement des accusés devraient certainement préoccuper le Tribunal, qui a souligné à maintes reprises que les principes d'une procédure régulière devaient trouver application en toute circonstance (voir « *Juno Trader* » (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée-Bissau*), *prompte mainlevée*, arrêt, *TIDM Recueil 2004*, p. 38 et 39, par. 77 ; « *Tomimaru* » (*Japon c. Fédération de Russie*), *prompte mainlevée*, arrêt, *TIDM Recueil 2005-2007*, p. 96, par. 76 ; *Navire « Louisa »* (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne*), arrêt, *TIDM Recueil 2013*, p. 46, par. 155). A l'audience, les Parties ont donné des explications différentes au Tribunal sur ce qui avait conduit à l'impasse actuelle. Quelle qu'en soit la cause, ce déplorable état de fait mérite d'être soigneusement pris en compte lors de l'appréciation de la mesure conservatoire qui doit être prescrite, et tel a été le cas. Toutefois, il convient également de rappeler que ces restrictions ont été assouplies et que les conditions imposées aux accusés ont été rendues moins pénibles par les mesures prises par la Cour suprême indienne ces dernières années.

9. En mettant en balance les considérations qui précèdent, je suis parvenu à la conclusion que la mesure conservatoire qui consisterait à lever immédiatement toutes les restrictions imposées à la liberté des accusés et à leur permettre de retourner en Italie et d'y rester pendant la durée de la procédure arbitrale ne préserverait pas « à égalité » les droits respectifs des deux Parties. De plus, comme la question de la détention des deux fusiliers marins est au cœur même du présent différend, une telle mesure reviendrait à préjuger du fond de l'affaire dont le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aura à connaître.

10. Les mesures conservatoires ont un caractère exceptionnel. Un demandeur peut obtenir réparation sans devoir établir de manière concluante la compétence ni prouver de façon incontestable la validité de ses revendications. Les mesures conservatoires prescrites ont force obligatoire et les parties à un différend sont par conséquent tenues de s'y conformer. On ignore si une partie peut être indemnisée pour un préjudice qu'elle aurait subi en se conformant aux mesures conservatoires dans le cas où les droits en cause seraient finalement reconnus comme étant les siens. Etant donné la nature des mesures

conservatoires, le Tribunal devrait faire preuve de prudence lorsqu'il apprécie non seulement s'il faut en prescrire, mais aussi lesquelles prescrire. J'estime que la décision du Tribunal de faire droit en partie à la première demande mais de rejeter la seconde, a été prise avec la prudence nécessaire pour préserver les droits respectifs de l'Italie et de l'Inde dans les circonstances de l'espèce.

(*signé*)

J.-H. Paik