

Opinion dissidente de M. le juge Heidar

(Traduction du Greffe)

1. Je ne puis voter pour la présente ordonnance parce qu'à mon avis, les conditions énoncées à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (ci-après « la Convention ») pour que des mesures conservatoires puissent être prescrites ne sont pas réunies en l'espèce. Je souscris à l'opinion majoritaire sur les points suivants : le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aurait, *prima facie*, compétence pour connaître du différend ; les conditions prévues à l'article 283, paragraphe 1, de la Convention, concernant un échange de vues entre les parties, sont satisfaites ; la question de l'épuisement des recours internes ne devrait pas être abordée au cours de la phase des mesures conservatoires ; et l'Italie a prouvé que les droits qu'elle cherche à protéger concernant l'incident de l'« Enrica Lexie » sont plausibles.

2. Mais, comme je l'explique plus loin, la condition de l'urgence n'est pas remplie. J'essaierai par ailleurs d'apporter des précisions sur l'application du « critère de la plausibilité », car il semble qu'il y ait une confusion à ce sujet aux paragraphes 84 et 85 de l'ordonnance.

La condition de l'urgence

3. En matière de mesures conservatoires, la pratique du Tribunal a été d'appliquer un seuil plutôt bas à partir duquel il considère qu'il y a, *prima facie*, compétence, mais d'appliquer plus strictement la principale condition devant être satisfaite pour la prescription de telles mesures, à savoir l'urgence. Les mesures conservatoires ont un caractère exceptionnel et, loin d'être automatiques, doivent uniquement être prescrites dans les cas où ces mesures spéciales sont considérées nécessaires et appropriées. La prescription de telles mesures ne convient que si l'urgence de la situation l'exige. En d'autres termes, une cour ou un tribunal ne peut les prescrire que dans les cas où les droits de l'une des parties risquent de subir un préjudice grave et irréparable et que l'urgence de la situation est telle que ce risque ne peut être évité autrement que par la prescription de ces mesures¹.

¹ Thomas A. Mensah, "Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2002), p. 43 et 44.

4. Le paragraphe 1 de l'article 290 de la Convention dispose que :

Si une cour ou un tribunal dûment saisi d'un différend considère, *prima facie*, avoir compétence en vertu de la présente partie ou de la section 5 de la partie XI, cette cour ou ce tribunal peut prescrire toutes mesures conservatoires qu'il juge appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive.

5. En comparaison, le paragraphe 5 du même article prévoit que :

En attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend en vertu de la présente section, toute cour ou tout tribunal désigné d'un commun accord par les parties ou, à défaut d'accord dans un délai de deux semaines à compter de la date de la demande de mesures conservatoires, le Tribunal international du droit de la mer ou, dans le cas d'activités menées dans la Zone, la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, peut prescrire, modifier ou rapporter des mesures conservatoires conformément au présent article s'il considère, *prima facie*, que le tribunal devant être constitué aurait compétence et s'il estime que l'urgence de la situation l'exige. Une fois constitué, le tribunal saisi du différend, agissant conformément aux paragraphes 1 à 4, peut modifier, rapporter ou confirmer ces mesures conservatoires.

6. Les fonctions du Tribunal diffèrent nettement suivant que l'on se réfère au paragraphe 1 ou 5 de l'article 290. Lorsque le Tribunal examine une demande en prescription de mesures conservatoires au titre du paragraphe 1, il doit se prononcer en attendant de rendre sa propre décision définitive sur un différend dont il a été « dûment saisi ». Par contre, s'il examine une demande au titre du paragraphe 5, il doit se prononcer sur l'opportunité de prescrire ces mesures dans un différend qui sera tranché au fond par une autre juridiction, tout en sachant que ces mesures viseront des parties qui n'ont pas accepté sa compétence pour connaître dudit différend².

2 *Ibid.*, p. 46.

7. En raison de ces différences manifestes, la condition de l'urgence devant être satisfaite pour que des mesures conservatoires puissent être prescrites est plus stricte dans le paragraphe 5 que dans le paragraphe 1. Cela vaut aussi bien pour les dimensions dites qualitative que temporelle de la condition de l'urgence³.

8. En ce qui concerne la dimension qualitative, le Tribunal, de même que la Chambre spéciale qu'il a constituée en vertu de l'article 15, paragraphe 2, de son Statut, ont interprété la condition de l'urgence inscrite au paragraphe 1 de l'article 290 dans le sens suivant : des mesures conservatoires ne sauraient être prescrites à moins qu'il existe « un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits des parties en litige » (*Navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne), mesures conservatoires, ordonnance du 23 décembre 2010, TIDM Recueil 2008-2010, p. 69, par. 72, et Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire), mesures conservatoires, ordonnance du 25 avril 2015, par. 74).*

9. Contrairement au paragraphe 1, le paragraphe 5 de l'article 290 énonce expressément la condition de l'urgence. Si les rédacteurs de la Convention avaient voulu que cette « urgence » soit la même que celle qui est inhérente à la notion de mesures conservatoires et qui figure au paragraphe 1, ils n'auraient eu aucune raison de procéder ainsi⁴. Il s'ensuit que la dimension qualitative de la condition de l'urgence est encore plus stricte dans le paragraphe 5 que dans le paragraphe 1.

10. En ce qui concerne la dimension temporelle de la condition de l'urgence, le paragraphe 1 dispose que toute mesure conservatoire prescrite s'applique « en attendant la décision définitive », c'est-à-dire jusqu'au prononcé d'un arrêt sur le fond, ce qui nécessite généralement plus d'un an, voire même plusieurs années.

11. En revanche, le paragraphe 5 dispose que toute mesure conservatoire prescrite ne s'applique qu'« [e]n attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi d'un différend ». Cela a été interprété comme signifiant que les mesures s'appliquaient jusqu'à ce que le tribunal arbitral soit constitué et devienne opérationnel, ce qui prend quelque mois à compter de l'adoption de l'ordonnance.

3 *Affaires du thon à nageoire bleue, mesures conservatoires, opinion individuelle de M. Treves, juge, TIDM Recueil 1999, p. 316, par. 4 et 5.*

4 *Ibid.*, p. 316, para. 3.

12. Par conséquent, lorsque le Tribunal examine une demande en prescription de mesures conservatoires au titre du paragraphe 5 de l'article 290 de la Convention, sa tâche n'est pas de déterminer s'il existe un risque réel qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits des parties avant qu'un arrêt soit rendu sur le fond, mais plutôt de déterminer si un tel préjudice risque de se produire avant que le tribunal arbitral ait été constitué et soit opérationnel. Cela a de toute évidence une incidence considérable sur la question de l'urgence, laquelle constitue une condition préalable à la prescription de mesures conservatoires⁵. Dans le paragraphe 5, la dimension temporelle de l'urgence est bien plus rigoureuse que dans le paragraphe 1⁶.

13. Il s'ensuit qu'il n'y a pas d'urgence au sens du paragraphe 5 si les mesures conservatoires demandées pourraient, sans préjudice des droits à protéger, être ordonnées par le tribunal arbitral une fois celui-ci constitué⁷.

14. En l'espèce, il n'existe à mon avis aucun risque réel et imminent qu'un préjudice soit causé aux droits des parties avant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII soit constitué et devienne opérationnel. Il est peu probable qu'un tel préjudice soit causé dans les mois qui suivront l'adoption de l'ordonnance. En tenant compte du fait que des procédures judiciaires sont en cours en Inde depuis l'incident de l'« Enrica Lexie », il y a de cela trois ans et demi, et vu l'état actuel des procédures, il est très improbable qu'un procès soit intenté au pénal contre les fusiliers marins italiens, le sergent Latorre et le sergent Girone, et encore moins qu'il soit mené à son terme.

15. En ce qui concerne la deuxième demande de l'Italie, il faut tenir compte du fait que, eu égard aux circonstances, les restrictions imposées à la liberté des fusiliers marins italiens ne sauraient être plus souples. En raison des problèmes de santé du sergent Latorre, la Cour suprême indienne lui a accordé le 13 juillet 2015 un renouvellement de son autorisation de séjourner en Italie. On peut présumer que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aura été constitué

5 Thomas A. Mensah, "Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS)", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2002), p. 47.

6 « ARA Libertad », (*Argentine c. Ghana*), mesures conservatoires, Déclaration de M. le juge Paik, *TIDM Recueil* 2012, p. 352, par. 3.

7 *Affaires du thon à nageoire bleue*, mesures conservatoires, opinion individuelle de M. Treves, juge, *TIDM Recueil* 1999, p. 316, par. 4. Voir également Rüdiger Wolfrum, « Interim (Provisional) Measures of Protection », in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law (2006), par. 36.

et sera opérationnel à l'expiration de cette autorisation ; mais, même dans le cas contraire, rien ne permet de penser que l'autorisation ne serait pas prorogée si nécessaire, comme elle l'a déjà été à plusieurs occasions. Les restrictions imposées à la liberté du sergent Girone, qui se trouve en Inde, sont très allégées, puisqu'il peut se déplacer librement et qu'il a reçu de fréquentes visites de sa famille. Par conséquent, je suis d'avis que ne pas faire droit à la deuxième demande de l'Italie ne laisse pas celle-ci dans une situation où il y aurait un risque réel et imminent qu'elle soit irréparablement lésée avant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII ait été constitué et soit opérationnel. De plus, les mesures conservatoires ayant pour objectif de préserver les droits des parties en litige, je suis d'avis qu'il ne serait pas approprié d'accéder à la deuxième demande de l'Italie, car cela porterait préjudice aux droits revendiqués par l'Inde.

16. Comme cette affaire doit être tranchée sur la base du droit et non pas *ex aequo et bono*, et comme la condition de l'urgence énoncée au paragraphe 5 de l'article 290 n'est pas satisfaite, il n'est pas justifié de prescrire des mesures conservatoires en l'espèce.

Le critère de la plausibilité

17. Ce n'est que récemment que les cours et tribunaux internationaux ont commencé à appliquer de manière explicite le critère dit de « plausibilité » dans les procédures en prescription de mesures conservatoires. Depuis 2009, la Cour internationale de Justice l'a appliqué dans six procédures de ce type⁸. A ce jour, le Tribunal ne l'a pas appliqué explicitement, mais la Chambre spéciale

8 1. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 139 ; 2. *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 mars 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 6 ; 3. *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, mesures conservatoires, ordonnance du 18 juillet 2011, C.I.J. Recueil 2011, p. 537 ; 4. *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) ; Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 354 ; 5. *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica) ; Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 décembre 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 398 ; et 6. *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014, p. 147.

constituée pour connaître de l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire), mesures conservatoires*, s'y réfère⁹.

18. L'objectif poursuivi lorsqu'on applique le critère de la plausibilité est d'établir si les droits allégués par la partie qui demande les mesures conservatoires sont plausibles et s'il est donc « réalistement permis de penser que, lorsqu'elle se prononcera sur le fond de l'affaire, la Cour reconnaîtra leur existence et leur applicabilité »¹⁰. Dans une procédure en prescription de mesures conservatoires, le respect du critère de plausibilité des droits revendiqués, étroitement lié à l'analyse de la compétence *prima facie*, est l'une des conditions de la recevabilité.

19. Aux paragraphes 84 et 85 de l'ordonnance, il semble que le critère de plausibilité soit appliqué non pas uniquement au demandeur (l'Italie), comme cela devrait être le cas, mais aussi au défendeur (l'Inde). Cela pourrait être dû à la confusion existant entre le critère de la plausibilité et une étape complètement différente, et subséquente, de l'examen d'une demande en prescription de mesures conservatoires, à savoir l'appréciation des droits des deux parties aux fins de leur préservation, conformément à l'article 290 de la Convention.

20. Il convient de souligner que, de par sa nature même, le critère de la plausibilité ne s'applique qu'au demandeur, celle des parties qui requiert la prescription de mesures conservatoires, comme le confirment la jurisprudence citée au paragraphe 17 plus haut et le fait qu'en l'espèce seul le demandeur (l'Italie), et non le défendeur (l'Inde), a tenté de démontrer que les droits qu'il revendiquait étaient plausibles.

(signé) T. Heidar

9 *Différend relatif à la délimitation de la frontière maritime entre le Ghana et la Côte d'Ivoire dans l'océan Atlantique (Ghana/Côte d'Ivoire), mesures conservatoires, ordonnance du 25 avril 2015*, par. 58 à 62.

10 *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 2014, C.I.J. Recueil 2014, p. 147*, opinion dissidente de M. le juge Greenwood, par. 4.