

Opinion dissidente de M. le juge Lucky

(Traduction du Greffe)

1. Je n'ai pas voté en faveur du dispositif de l'ordonnance rendue par le Tribunal, et ce pour des raisons qui peuvent être fondamentalement différentes de celles qui y sont présentées. Il m'est pourtant difficile d'accepter certaines conclusions, notamment celles qui figurent aux paragraphes 54, 67, 73, 106, 107, 129, 131 et 141, et je me sens obligé de les réfuter. La présente opinion expose les raisons de mon désaccord.

2. A ce stade de la procédure, où il est saisi d'une demande en prescription de mesures conservatoires présentée par l'Italie, le Tribunal ne statue pas sur le fond de l'affaire. Cela nécessitera un examen des éléments de preuve. Cela dit, il n'est pas inutile de rappeler brièvement les faits de l'incident, tels que présentés par les parties.

La description de l'incident faite par l'Italie, partie demanderesse, est brièvement exposée aux paragraphes 3 à 11 ci-dessous :

3. Le 15 février 2012, l'*Enrica Lexie*, pétrolier battant pavillon italien, était en route vers Djibouti depuis le Sri Lanka avec six fusiliers marins italiens à son bord. Il se trouvait à environ 20,5 milles marins au large de la côte du Kerala, en Inde, lorsqu'une embarcation non identifiée, se dirigeant vers le pétrolier, a été détectée par radar à une distance d'environ 2,8 milles marins. Au moment où l'embarcation s'approchait, deux fusiliers de la marine italienne, le sergent-chef Massimiliano Latone et le sergent Salvatore Girone, qui se trouvaient en mission officielle à bord de l'*Enrica Lexie*, ont estimé qu'elle s'apprêtait à entrer en collision avec l'*Enrica Lexie* et que ce mode opératoire était caractéristique d'une attaque de pirates (plusieurs attaques de pirates avaient eu lieu dans cette zone). L'embarcation a continué à se diriger vers l'*Enrica Lexie* en dépit d'avertissements visuels et sonores et de coups de semonce tirés dans l'eau. Le sergent Girone, observant l'embarcation avec des jumelles, a aperçu à son bord ce qui semblait être des hommes armés de fusils et d'instruments d'abordage. Après avoir manifestement tenté de s'approcher de l'*Enrica Lexie*, l'embarcation a viré de bord et s'est dirigée vers la haute mer.

4. La mission des fusiliers marins était de protéger le navire contre les attaques de pirates pendant son voyage vers Djibouti, itinéraire qui l'obligeait à traverser une zone désignée par l'OMI comme des eaux internationales à haut risque.
5. Cet incident se caractérise par une série de violations du droit international de la part des autorités indiennes. L'Italie soutient que l'Inde a violé au moins 12 dispositions distinctes de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Il s'agit de violations graves de certaines des dispositions les plus importantes de la Convention, dont la liberté de navigation, l'obligation d'exécuter de bonne foi ses obligations en vertu de la Convention, la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon et l'obligation de coopérer à la lutte contre la piraterie.
6. L'Inde, agissant par ruse et contrainte, y compris en déployant les navires et avions de ses garde-côtes, a intercepté l'*Enrica Lexie* dans les eaux internationales et l'a dérouté vers le port de Cochin, sur la côte du Kerala.
7. Une fois à Cochin, des forces armées indiennes, y compris les garde-côtes, la police et des commandos, sont montés de force à bord du navire et ont entrepris de le fouiller et d'interroger son équipage. Les membres de l'équipage, de même que les fusiliers marins, ont été obligés de débarquer et les sergents Latorre et Girone ont été arrêtés.
8. Les sergents Latorre et Girone sont depuis placés sous le contrôle des tribunaux indiens sans avoir été formellement mis en examen. Aujourd'hui, ils sont toujours placés sous le contrôle judiciaire de la Cour suprême indienne, et ce depuis trois ans et demi.
9. Le sergent Latorre a été victime d'une attaque cérébrale attribuée au stress de ces événements, et il a bénéficié d'un assouplissement de son contrôle judiciaire afin de pouvoir revenir en Italie pour y suivre un traitement médical. Il n'est toujours pas rétabli.
10. Le sergent Girone est toujours détenu en Inde. La presse indienne, citant des sources officielles, l'a présenté comme étant la garantie que le sergent Latorre sera bien renvoyé en Inde le moment venu.
11. Au moment de l'incident, l'Italie a rapidement revendiqué sa juridiction et fait valoir l'immunité dont bénéficient ses fonctionnaires. L'exercice, par l'Inde, de sa juridiction sur les deux fusiliers marins porte et continue de porter un grave préjudice aux droits de l'Italie.

La description de l'incident faite par l'Inde est brièvement exposée aux paragraphes 12 et 13 ci-dessous :

12. Le 15 février 2012, le *St Antony*, navire de pêche immatriculé en Inde et autorisé à pêcher dans la ZEE indienne, y pêchait à une distance d'environ 20,5 milles marins au large de Kollam, sur la côte du Kerala. A environ 16 h 30, heure indienne, deux fusiliers marins italiens se trouvant à bord de l'*Enrica Lexie*, le sergent Latorre et le sergent Girone, ont tiré 20 coups de fusil d'assaut sur le bateau de pêche et tué deux pêcheurs, l'un d'une balle dans la tête et l'autre d'une balle dans le ventre : il s'agissait de M. Jelastine, qui était à la barre du bateau et de M. Pink, qui se trouvait à l'avant. Ces tirs ont également compromis la sécurité des neuf autres pêcheurs se trouvant à bord et endommagé une bouteille de gaz et la timonerie du bateau. Les pêcheurs à bord n'étaient pas armés. L'enquête a montré que les tirs n'étaient pas justifiés par l'impression plausible qu'un danger menaçait des vies humaines ou des biens, voire par une situation de légitime défense. Pour dire les choses simplement, deux pêcheurs indiens non armés ont été tués alors qu'ils n'avaient commis aucune faute. Les deux fusiliers marins ont été arrêtés.

13. Depuis leur arrestation, les fusiliers marins déposent des demandes de libération sous caution et contestent la compétence de la Cour suprême indienne, en affirmant que l'Inde n'a pas juridiction pour mener des enquêtes pénales ni pour les mettre en examen et tenter un procès à leur encontre au motif qu'ils auraient commis un meurtre, crime passible de la peine de mort.

Une différence entre les versions

14. Dans une procédure en prescription de mesures conservatoires, le Tribunal ne statue pas sur le fond de l'affaire, mais sur la demande de prescription des mesures exposées ci-après. Il s'agit principalement de déterminer si l'action paraît fondée de prime abord, s'il y a urgence et si le *statu quo* devrait être maintenu, et, dans l'affirmative, si un dommage irréparable serait causé. Un point supplémentaire consiste à déterminer si un tribunal arbitral dûment constitué aurait compétence pour statuer au fond.

15. L'article pertinent de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (« la Convention ») est reproduit ci-dessous :

Article 290, paragraphe 5

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.

16. La disposition précitée donne au Tribunal compétence pour prescrire des mesures conservatoires en attendant la constitution d'un tribunal arbitral, pour autant que ce dernier soit compétent et que l'urgence de la situation l'exige.

17. Il appartient au tribunal arbitral, une fois constitué et devenu opérationnel, de modifier, rapporter ou confirmer les mesures prescrites dans l'ordonnance (voir l'*Affaire de l'usine MOX*). Il me semble par conséquent que le Tribunal doit dire si le tribunal arbitral « aurait compétence » et si la situation revêt une « urgence » suffisante pour exiger la prescription de mesures conservatoires.

18. L'Italie (la partie demanderesse) sollicite en l'espèce les mesures conservatoires suivantes :

- a) L'Inde s'abstiendra de prendre ou d'exécuter toute mesure judiciaire ou administrative à l'encontre du sergent Massimiliano Latorre et du sergent Salvatore Girone en relation avec l'Incident de l'Enrica Lexie, et d'exercer toute autre forme de compétence au titre de cet Incident ; et
- b) L'Inde prendra toutes les mesures nécessaires afin de lever immédiatement les restrictions à la liberté, à la sécurité et à la 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 ;

En conclusion, s'il n'est pas immédiatement fait droit aux mesures conservatoires demandées :

- « a) des violations supplémentaires et continues seront commises, causant un préjudice grave, irréversible et grandissant aux droits de l'Italie qui sont en cause ;
- b) l'Inde est susceptible de prendre une mesure qui pourrait porter préjudice à la mise en œuvre de toute décision que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pourrait rendre sur le fond ; et
- c) il en découlera ou il est très probable qu'il en découlera un dommage irréparable pour la santé et le bien-être, et, en conséquence, un préjudice grave et irréversible pour les droits de l'Italie en vertu du lien entre l'Italie et les Fusiliers marins. »

19. Cela revient à demander à la Cour suprême indienne de suspendre la procédure, ladite procédure ayant déjà été contestée devant plusieurs tribunaux indiens, notamment sur la question de la compétence.

20. Avant de prendre une ordonnance en prescription de mesures conservatoires, un tribunal doit commencer par déterminer si les conditions préalables à la prescription de telles mesures sont réunies.

Introduction

21. Les parties n'ont pas cité de témoins ni présenté d'éléments de preuve factuels concernant l'incident. Dans ses écrits, chaque partie a présenté sa version de l'incident, et la description faite par l'une diffère bien évidemment de celle de l'autre. Par prudence, je dois dire très clairement ici que mon objet n'est pas d'établir les faits ; c'est le tribunal qui connaîtra de l'affaire au fond qui en sera chargé.

22. Une autre question importante qui se pose est celle de savoir si le tribunal arbitral devant être constitué conformément à l'annexe VII sera compétent.

23. Avant de prescrire des mesures conservatoires, une cour ou un tribunal doit examiner les points ci-après :

Existe-t-il un différend ?

24. S'il y existe un différend (ce que je crois) alors :

Les parties sont-elles parvenues à le régler ? La réponse est négative.

Les parties ont-elles eu un échange de vues ? Il est incontestable qu'elles en ont eu un.

25. Les Etats sont tous deux parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. L'instance arbitrale a été introduite par l'Italie sur le fondement de l'annexe VII de la Convention. Un tribunal arbitral n'a pas encore été constitué.

26. La chronologie des événements exposée ci-dessous donne des renseignements utiles pour statuer sur les questions relatives à la compétence, à l'urgence, au retard de l'introduction de la présente instance, à l'abus de procédure et à l'épuisement des recours internes.

Chronologie des événements

27. La liste exposée dans les annexes à la demande est très longue. J'énumère ci-dessous les dates qui sont importantes pour rendre une décision en l'affaire :

- a) Le 6 février 2012, six fusiliers marins italiens étaient déployés à **bord du** pétrolier italien *Enrica Lexie*, en tant que détachement de protection du navire ;
- b) Le 15 février 2012, l'incident décrit dans les versions des faits respectives de l'Inde et de l'Italie, exposées plus haut, s'est produit ;
- c) Le 15 février 2012 à 23 h15, sur la base de la plainte déposée par le propriétaire du *St Antony*, le procès-verbal introductif n° 02/2012 a été enregistré au titre de l'article 302 du Code pénal indien et remis au Tribunal de district (*Chief Judicial Magistrate Court*) de Kollam. La police du Kerala a ouvert une enquête ;
- d) Le 19 février 2012, au cours de l'enquête menée par les gardes-côtes et la police, la police du Kerala a contrôlé les membres de l'équipage et identifié et arrêté les sergents Latorre et Girone ;
- e) Le 21 février 2012, le directeur général de la police du Kerala a promulgué l'ordonnance n° T3-16/673/12 portant constitution d'une équipe spéciale chargée de l'enquête ;

- f) Le 23 février 2012, la requête (Writ Petition) n° 4542 de 2012, contestant la compétence de l'Etat du Kerala de conduire une enquête criminelle, a été déposée devant la High Court du Kerala au titre de l'article 226 de la Constitution de l'Inde ;
- g) Le 24 février, le substitut du procureur du parquet de Rome a adressé au chef de cabinet du Ministère de la défense, une communication dans laquelle il l'informait « que ce bureau a[vait] ouvert une enquête criminelle enregistrée sous le n° 9463/2012 au RGNR (« Registre général pour la consignation des notifications dans les procédures pénales ») à l'encontre (...) [des sergents Lattore et Girone] pour l'infraction de meurtre en référence aux événements qui ont eu lieu dans les eaux internationales de l'Océan indien le 15 février [2012] » ;
A mon avis, il s'ensuit que deux procédures pénales sont menées parallèlement, l'une en Italie et l'autre en Inde. On peut également considérer que c'est l'exercice de la juridiction concurrente qui a abouti au dépôt de la demande en l'espèce ;
- h) Le 19 avril 2012, une requête (Writ Petition) contestant la légalité de l'enquête et alléguant de violations des articles 14 et 21 de la Constitution indienne, a été déposée au titre de l'article 32 de la Constitution indienne auprès de la Cour suprême ;
- i) Le 18 mai 2012, la police du Kerala a enregistré un constat d'infraction (rapport de police) à l'encontre des accusés susmentionnés (les sergents Lattore et Girone) au titre des articles 302, 307 et 427, lus conjointement avec l'article 34 du Code pénal indien et au titre de l'article 3 de la loi SUA de 2002 ;
- j) Le 22 mai 2012, les accusés ont déposé une demande de libération sous caution (n° 3517/12) auprès de la High Court du Kerala et ils ont été libérés sous caution le 30 mai 2012 ;
- k) Le 25 mai 2012, la police du Kerala a enregistré un constat d'infraction (rapport de police) à l'encontre des accusés (les sergents Lattore et Girone) au titre des articles 302, 307 et 427, lus conjointement avec l'article 34 du Code pénal indien et au titre de l'article 3 de la loi SUA de 2002 ;
- l) Le 22 mai 2012, les accusés ont déposé une demande de libération sous caution auprès de la High Court du Kerala (il convient de noter qu'ils ont été libérés sous caution le 30 mai 2012) ;
- m) Le 25 mai 2012, l'affaire a été renvoyée à la Cour d'assises (Sessions Court) en vue d'être jugée au pénal.

28. Après que la High Court du Kerala eut consacré plusieurs audiences à l'autorisation spéciale d'interjeter appel de la décision de la High Court du Kerala et que la Cour suprême indienne eut décidé que l'Etat du Kerala n'était pas compétent pour enquêter sur l'affaire, l'Union indienne a reçu pour instruction de constituer un tribunal spécial chargé de trancher la question de la juridiction. Une série de négociations diplomatiques et ministérielles a suivi et la Cour suprême a été saisie de requêtes en suspension d'instance. L'Italie a néanmoins déposé sa demande en prescription de mesures conservatoires en attendant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII. Une audience devant la Cour suprême est prévue le 26 août 2015.

L'abus de procédure

29. Les articles 290, 294 et 295 de la Convention prévoient la préservation des droits des parties au différend si le tribunal arbitral devant être constitué aurait, *prima facie*, compétence et si l'urgence de la situation exigeait que soit rendue une ordonnance en prescription de mesures conservatoires. Lesdits articles forment un tout qui doit être interprété comme tel et à la lumière de l'enchaînement des événements exposés au paragraphe 22. Je constate que l'Italie a recouru au système judiciaire indien en déposant plusieurs requêtes ayant trait tour à tour à la libération sous caution, aux conditions du contrôle judiciaire, à la juridiction et à la suspension de l'enquête et de la procédure judiciaire. La Cour suprême a statué sur ces requêtes au cours de ces dernières trois années et demie. En juillet de cette année, l'Italie a déposé sa demande en prescription de mesures conservatoires, nonobstant le fait que la Cour suprême de l'Inde était saisie de l'affaire et qu'un tribunal spécial avait été constitué pour trancher la question de la juridiction et les questions connexes. J'en conclus que l'abus de procédure est manifeste.

Compétence

30. A mon avis, on peut considérer en l'espèce que la question de la compétence du Tribunal international du droit de la mer est double : peut-il connaître de la demande et peut-il déterminer si le tribunal arbitral devant être constitué conformément à l'annexe VII aurait compétence pour statuer au fond.

31. Immédiatement après avoir été informée de l'incident, l'Italie a affirmé qu'elle avait juridiction sur l'affaire.

32. L'Inde a *de facto* exercé sa juridiction dès le moment où elle a dérouté l'*Enrica Lexie* vers le port de Cochin, où l'enquête a commencé. Des policiers et gardes-côtes indiens armés sont montés à bord du navire. Ils l'ont immobilisé et ils ont arrêté les membres de son équipage pour les interroger et leur demander de leur remettre des documents que l'Inde a ensuite cherché à utiliser dans le cadre des procédures devant ses juridictions internes (ITLOS/PV15/A24 p. 10, lignes 1 à 5 et 40 à 45). Les deux fusiliers marins ont ensuite été arrêtés et on leur a notifié le chef d'accusation.

33. Les questions qui se posent sont les suivantes : le tribunal arbitral *aura-t-il* compétence ; la demande est-elle recevable et le Tribunal peut-il accorder ou prescrire les mesures conservatoires ou obligatoires demandées ? La question des juridictions concurrentes sera traitée plus loin dans la présente opinion lors de l'examen de la question de savoir lequel des deux Etats a juridiction sur l'affaire.

34. En demandant au Tribunal de se prononcer sur l'octroi des mesures demandées, il me semble qu'on s'attend à ce qu'il exerce un contrôle juridictionnel sur l'appareil administratif et judiciaire indien et décide s'il y a abus de procédure. Si le Tribunal concluait qu'il y avait urgence et que les fusiliers marins sont victimes d'un abus de procédure, alors il lui faudrait accorder les mesures demandées. Cela dit, il me semble qu'il n'y a pas urgence et que des procédures internes sont encore en cours.

35. La question de savoir si le différend relève du champ d'application de la Convention revêt une importance cruciale. Premièrement, permettez-moi de dire que la Convention n'envisage pas de situations comme celles de la présente affaire, où un meurtre impliquant des victimes et des accusés se trouvant à bord de différents navires est commis dans la ZEE de l'un des Etats. L'article 2, paragraphe 3 traite de la souveraineté sur la mer territoriale. L'infraction ne s'est pas produite dans la mer territoriale. L'article 27 traite de la « *juridiction pénale à bord d'un navire étranger . . . passant dans la mer territoriale pour y procéder à une arrestation ou à l'exécution d'actes d'instruction à la suite d'une infraction pénale commise à bord pendant le passage* » (les italiques et les caractères gras sont de l'auteur). L'infraction alléguée s'est produite dans la ZEE, pendant le passage dans la ZEE et à bord de deux navires. L'article 33 traite des infractions aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration dans la zone contiguë. Cet article ne saurait s'appliquer en l'espèce. Le paragraphe 2 de l'article 56 dispose que

Lorsque, dans la zone économique exclusive, il exerce ses droits et s'acquitte de ses obligations en vertu de la Convention, l'Etat côtier tient dûment compte des droits et des obligations des autres Etats et agit d'une manière compatible avec la Convention.

36. Cet article constitue un tout et c'est dans cet esprit que doivent aussi être interprétés ses autres paragraphes, par exemple le paragraphe 1 a), qui traite des « droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles ». Les circonstances de cette demande sont étrangères à ce qui précède. L'article 58 prévoit et définit les « [d]roits et obligations des autres Etats dans la zone économique exclusive ». L'article 87 traite de la liberté en haute mer, son paragraphe 1 a) de la liberté de navigation. Ledit article, tout comme les autres, est silencieux sur la commission d'infractions pénales. L'article 92 énonce la condition juridique des navires et l'article 94 les obligations de l'Etat du pavillon ; celles-ci ne sont pas applicables.

37. Certains estiment que l'article 97 est applicable. Je ne saurais partager cette opinion, même en adoptant une interprétation généreuse et large de cette disposition. Son paragraphe 1 se lit comme suit :

En cas d'abordage ou de tout autre incident de navigation maritime en haute mer qui engage la responsabilité pénale ou disciplinaire du capitaine ou de tout autre membre du personnel du navire, il ne peut être intenté de poursuites pénales ou disciplinaires que devant les autorités judiciaires ou administratives soit de l'Etat du pavillon, soit de l'Etat dont l'intéressé a la nationalité.

38. Les termes essentiels de cette disposition sont « **abordage** » et « **tout autre incident de navigation** maritime en haute mer ». Les allégations formulées dans la demande n'ont trait à aucun « abordage » ou autre incident de « navigation ». Par conséquent, l'affirmation selon laquelle le terme « incident » peut aussi s'entendre d'une allégation de meurtre est incorrecte. L'article 100 n'est à mon avis pas non plus applicable.

39. Avant de savoir quel Etat a juridiction, il est essentiel de déterminer la juridiction qui est compétente pour juger les fusiliers marins.

Le Tribunal compétent

40. Il est établi que l'incident s'est produit le 15 février 2012 à environ 20,5 milles marins des côtes indiennes ; que les deux Etats revendiquent la juridiction sur l'affaire ; que l'*Enrica Lexie* est un pétrolier immatriculé en Italie et battant pavillon italien au moment de l'incident ; et que le *St. Antony* est un navire de pêche immatriculé en Inde.

Où l'incident s'est-il produit ?

41. L'incident s'est produit dans la ZEE de l'Inde. Toutefois, il s'agit du meurtre ou de l'homicide illégal présumé de deux pêcheurs qui se trouvaient à bord d'un navire de pêche, le *St. Antony*, immatriculé en Inde et autorisé à pêcher dans ladite ZEE. Les coups de feu auraient été tirés de l'*Enrica Lexie*, pétrolier battant pavillon italien et immatriculé en Italie. Les pêcheurs sont décédés à bord du *St. Antony*, leur mort est survenue à bord. J'estime par conséquent que le meurtre allégué a eu lieu à bord du *St. Antony*, et non pas à bord de l'*Enrica Lexie*.

42. J'ai tiré les facteurs énumérés ci-après de l'arrêt rendu par la Cour suprême des Etats-Unis en l'affaire *United States v Cotroni* [1989] 1 SCR 1469,

- Où les effets de l'infraction seront-ils ressentis ou probablement ressentis ?
La réponse à cette question semble être : en Inde.
- Quelle juridiction a le plus grand intérêt à engager des poursuites au titre de l'infraction ?
La réponse semble être : l'Inde.
- Quelle force de police a joué un rôle majeur dans le développement de l'affaire ?
La police, les enquêteurs et le tribunal saisis de l'affaire en Inde.
- Quelle juridiction a formulé les chefs d'accusation ?
Il me semble que l'Italie a formulé des chefs d'accusation. Toutefois, l'Inde en a été empêchée par les requêtes dont ont été saisies la Cour suprême et la High Court de l'Inde.
- Quelle juridiction est prête à commencer le procès ?
Il me semble que l'Inde est prête à ouvrir le procès. L'affaire a été renvoyée devant la Cour d'assises (Sessions Court).
- Où se trouvent les moyens de preuve ?
Les moyens de preuve semblent se trouver en Inde.

L'arbitrage

43. Je ne pense pas qu'il soit correct sur le plan juridique de conclure que l'Inde a consenti à ce que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII ait compétence. Le paragraphe 3 de l'article 287 de la Convention, qui traite du choix de la procédure, dispose ce qui suit :

Un Etat Partie qui est partie à un différend non couvert par une déclaration en vigueur est réputé avoir accepté la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII.

44. Il y est précisé que la partie est « *réputée* » avoir « *accepté la procédure d'arbitrage* ». Cela ne saurait signifier qu'elle a consenti à l'arbitrage. Si la partie en question n'a pas exercé son droit de faire une déclaration, elle doit accepter l'arbitrage. Il faut examiner plusieurs facteurs avant de trancher la question de la compétence. L'article 290, paragraphe 1, de la Convention, dispose :

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 (...) en attendant la décision définitive.

45. Il s'ensuit qu'il faut qu'un différend ait été soumis à une cour ou un tribunal. La question est de savoir si cette cour ou ce tribunal a compétence pour statuer sur la question, ou, en l'espèce, si le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII aurait cette compétence. A mon avis, il faut examiner deux questions déterminantes. Premièrement, les raisons ou les moyens de preuve sont-ils suffisants pour conclure qu'il existe *prima facie* un différend ? Peut-être serait-il utile de préciser le sens de l'expression « *prima facie* ». En droit, elle signifie que les moyens de preuve sont suffisants pour établir une prétention. Certes, le niveau de la preuve exigée dans une telle procédure est relativement bas (voir l'*Affaire du navire « Louisa »*). Cela étant, il convient à mon avis de ne pas en abaisser le seuil à seule fin d'accueillir une demande.

46. Deuxièmement, comme j'y faisais allusion plus haut, aucune des deux parties n'a produit de moyens de preuve. Ce dont dispose le Tribunal, c'est de quelques éléments de preuve documentaire, par exemple la chronologie des événements, le dossier médical et le fait que l'affaire soit actuellement examinée par la Cour suprême de l'Inde. La question relative à la compétence

est intrinsèquement liée à celle de la recevabilité, et, plus important encore, à celle de l'urgence. L'article 290, paragraphe 5, énonce le droit ici applicable. En voici un extrait :

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 (...) 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. (les italiques et les caractères gras sont de l'auteur)

47. Les termes qu'il convient d'examiner sont d'abord « *prima facie* » et ensuite « *aurait compétence* » et « *urgence* ». Il ressort de la jurisprudence de différentes instances nationales et internationales que :

Les mesures conservatoires (qui peuvent être assimilées aux mesures provisoires que peuvent ordonner la plupart des juridictions nationales) ont un caractère discrétionnaire et ne sont prescrites que dans des circonstances exceptionnelles et urgentes dans le but spécifique de sauvegarder, même temporairement, les droits de la partie demanderesse (voir l'opinion individuelle de M. le juge Mensah dans l'*Affaire de l'usine MOX*). En présence d'une demande en prescription de mesures conservatoires, le Tribunal ne se prononce pas et ne doit pas se prononcer sur le fond de l'affaire, car cela serait usurper le rôle du tribunal arbitral. En outre, dans le cas d'une demande en prescription de mesures conservatoires qui est entendue *inter partes*, les parties n'ont généralement pas eu le temps ou ne pourraient pas, comme c'est le cas en l'espèce, fournir *toutes* les preuves nécessaires pour prouver le bien-fondé de leurs allégations ou les réfuter.

(Voir *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, TIDM 2003, p. 69, opinion individuelle de M. le juge Lucky)

Le niveau de preuve

48. Le niveau de preuve exigé pour la prescription de mesures conservatoires est relativement faible. Il est demandé au Tribunal d'ordonner des mesures

contraignantes et en particulier de prescrire les mesures susmentionnées. A cette fin, plusieurs facteurs doivent être pris en considération : la mesure dans laquelle cela représente un désagrément pour l'une ou l'autre partie ; si, au vu du *statu quo*, la décision causerait un préjudice ; et si un dommage grave et irréversible serait causé aux fusiliers marins et, par extension, à l'Italie. Au regard de ces facteurs, La cause peut-elle (ou doit-elle) être jugée urgente ? Pour autant, la question qui doit être posée, et à laquelle il convient de répondre à la lumière des facteurs pris séparément et dans leur ensemble, est de savoir si la décision sera juste pour les deux parties.

L'urgence

49. Il convient peut-être à ce stade d'aborder la question de l'« urgence », condition mise à la prescription de mesures conservatoires. Ceci revêt une importance toute particulière dans les circonstances de l'espèce. L'avis exprimé ici vient étayer la raison que je donne pour ne pas recommander la mesure prescrite dans le dispositif de l'arrêt.

Existe-t-il une compétence *prima facie* ?

50. A mon sens, le fond de la demande doit être examiné, sans toutefois qu'il soit statué, en réalité ou en apparence, à ce sujet. Les preuves doivent montrer que la partie demanderesse subirait un dommage grave et que ses droits seraient lésés. La possibilité ou probabilité qu'un tel dommage se produise ne peut être fondée sur de simples conjectures. Le demandeur doit, à l'appui des faits, établir qu'il subira dans le futur un dommage grave. Le degré de probabilité de ce ne doit pas être apprécié au regard d'une norme absolue ; ce qu'il faut rechercher, est la justice entre les parties eu égard aux circonstances de l'espèce. Je n'entends aucunement manquer de respect à l'une ou l'autre des parties car dans ces demandes les contraintes de temps sont essentielles : l'instruction de l'affaire n'est pas terminée, la réplique à l'exposé des conclusions n'a pas été déposée et les prétentions des parties n'ont pas été « prouvées » à l'issue d'un examen final au fond. Comme je l'ai indiqué plus tôt, j'estime que les preuves requises pour justifier la prescription de mesures conservatoires n'ont pas été apportées.

51. Pour lever toute ambiguïté, et pour étayer ma thèse selon laquelle un tribunal constitué conformément à l'annexe VII n'aurait pas compétence pour

connaître de l'affaire, j'ai effectué des recherches sans toutefois avoir été en mesure de trouver des dispositions dans les articles de la Convention corroborant la conclusion selon laquelle un tribunal international serait compétent pour juger une affaire de meurtre dans la ZEE impliquant des accusés d'un Etat et des victimes d'un autre. Cette question est du ressort des tribunaux internes de l'Etat du for (voir paragraphe 45). Les tribunaux internes ont l'expérience pour juger les affaires pénales.

52. Dans le système judiciaire indien, une enquête est ouverte dès qu'une infraction pénale est signalée. Les chefs d'accusation ne sont présentés qu'une fois le rapport d'enquête communiqué à l'institution concernée.

53. La chronologie des événements relatifs au présent incident, exposée au paragraphe 27, me conforte dans l'idée que la procédure a commencé à la date de l'arrestation et continué jusqu'à ce que lesdits fusiliers marins introduisent leurs demandes : de libération sous caution pour pouvoir quitter l'Inde pour des raisons spécifiques, puis de suspension de la procédure. À mon sens, la Cour s'est montrée indulgente et raisonnable compte tenu des circonstances. Une personne accusée de meurtre ne peut être libérée sous caution.

54. A ce stade, je me dois de préciser que le meurtre est un crime pour lequel toute libération sous caution est exclue. Je n'ai pas connaissance des raisons pour lesquelles une libération sous caution a été accordée. Il semblerait que le tribunal compétent n'ait pas formulé de chefs d'accusation. Néanmoins, l'Italie a demandé à la Cour suprême indienne de « suspendre » le procès et celle-ci y a fait droit. Il me semble, à la lecture du déroulement de la procédure judiciaire devant les tribunaux indiens, qu'à compter de la date de l'arrestation des sergents, ceux-ci et l'Italie aient tiré parti des règles de procédure du système judiciaire indien pour retarder la présentation des chefs d'accusation et empêcher la tenue d'un procès devant un tribunal spécial indien.

55. Avant de poursuivre, il me semble important d'évoquer le contexte factuel. La question de savoir où l'incident s'est produit est cruciale. Savoir s'il s'est produit dans la zone contiguë importe peu. Le fait est que l'incident s'est produit dans la ZEE de l'Inde. De plus, bien que l'on dise qu'il s'agissait d'eaux internationales, l'Inde était en droit de poursuivre l'*Enrica Lexie* car les fusiliers marins étaient présumés avoir tiré depuis le navire et tué deux marins se trouvant sur le *St Antony*. En outre, je pense que le meurtre s'est déroulé à bord du *St Antony*, navire de pêche battant pavillon indien. Personne ne conteste que lesdits fusiliers marins ont tiré depuis l'*Enrica Lexie*. La question de savoir s'ils pensaient qu'il s'agissait d'une attaque de pirates et s'ils ont tiré dans l'eau et

non sur le *St Antony*, tuant deux marins et en blessant d'autres, doit être tranchée lorsque l'affaire sera jugée au fond.

Dans ces circonstances, l'affaire est-elle urgente ?

56. Personne ne conteste que trois ans et demi se sont écoulés depuis l'arrestation des fusiliers marins. Toutefois, comme il y avait concurrence de juridiction, aucune demande de mesures conservatoires n'a été déposée durant cette période parce que l'Italie considérait que les fusiliers devaient être jugés en Italie. Aucune demande d'extradition des fusiliers marins pour qu'ils soient jugés en Italie n'a été adressée à l'Inde. En revanche, l'Italie a soumis une demande de libération sous caution et demandé à la Cour suprême indienne de dire si l'Inde avait juridiction.

57. A mon avis, l'Italie ne peut s'en prendre qu'à elle-même pour le retard pris car elle a tiré parti de la procédure et de l'attitude clémente et souple des tribunaux indiens. Personne ne conteste non plus que des négociations diplomatiques et politiques se déroulaient entre les Etats en vue de parvenir à un règlement amiable. Je suis d'avis qu'il existe une séparation claire des pouvoirs entre l'appareil judiciaire indépendant d'un pays et les autorités politiques. Il est admis que l'ordre juridique régi par le droit international n'est pas supérieur à l'ordre juridique régi par le droit interne car chaque système ou ordre est souverain dans sa propre sphère (G. Fitzmaurice, *The General Principles of International Law* 92 *HR 1957 II*, pp. 5, 70-80. Borchard, *The Relations between International Law and Municipal Law*, 27 *Virginia Law Review* 1940, p. 137 ; voir aussi infra les références aux affaires « *Hoshinmaru* » et « *Tomimaru* », à l'affaire du navire « *Louisa* » et à l'affaire du navire « *Virginia G* »).

58. Pour les raisons exposées, je suis d'avis qu'il n'y a pas urgence. Cela dit, il serait bon pour les marins que l'affaire soit tranchée par la Cour suprême indienne, sachant qu'un tribunal spécial composé de juges de la Cour se tient prêt à siéger dès que les demandes de suspension de la procédure et la question de la compétence auront été tranchées par la Cour.

59. Il me semble, compte tenu du fait qu'une formation spéciale de la Cour suprême indienne est actuellement saisie de l'affaire, que seule cette dernière peut ordonner la suspension de la procédure (voir l'arrêt de la Cour suprême du Ghana dans l'affaire de l'*ARA Libertad*, Civil Motion No.15/10/13 (20 juin 2013)). Le TIDM avait ordonné la levée de l'immobilisation de l'*ARA Libertad*.

Toutefois, c'est sur le fondement d'une requête en abréviation de délai que la demande a été entendue par la Cour suprême du Ghana et la décision du juge Frimpong infirmée ; en conséquence, c'est à bon droit que l'immobilisation du *Libertad* a été levée. La séparation des pouvoirs est importante. Un ministre du gouvernement ou un organe administratif ne peut aller à l'encontre de la décision d'un tribunal.

60. Je ne pense pas que la Convention envisage le cas d'un meurtre présentant des liens avec deux ou plusieurs Etats ayant lieu dans la ZEE ou en haute mer. La Convention reste muette à ce sujet. C'est donc le droit interne qui s'applique, d'autant plus que les tribunaux internes ont l'habitude de statuer sur ces affaires.

61. Les circonstances m'imposent d'être très clair. La question n'a rien d'urgent. En l'état actuel des choses, l'Italie n'aurait pas dû saisir le Tribunal – sûrement pas après trois ans et demi. Elle a choisi d'obtenir réparation en recourant au système judiciaire indien, en demandant une libération sous caution et en requérant l'assouplissement du régime de contrôle judiciaire afin que les fusiliers marins puissent retourner en Italie pour voter aux élections et pour raisons de santé. La Cour suprême a fait droit à toutes ces demandes et constitué un tribunal spécial chargé de statuer sur la question, y compris celle de la juridiction. L'audience était prévue pour le 26 août 2015.

62. Avec tout le respect que je lui dois, je dois dire que la Cour suprême s'est montrée plutôt conciliante, indulgente et bienveillante. Le fusilier marin est actuellement logé en Inde, dans la résidence de l'ambassadeur d'Italie ; il bénéficie d'une libération sous caution alors même que les personnes accusées de meurtre en Inde n'y ont pas droit. En d'autres termes, une personne accusée de meurtre ne peut être libéré sous caution. Cela me conforte dans l'idée que cette question ne peut pas être considérée comme urgente. L'intégrité du système pénal indien et la Cour suprême doivent être respectées.

63. Faire droit aux demandes de l'Italie constituerait un affront à la dignité et à l'intégrité de la Cour suprême de l'Union indienne et, par extension, au système judiciaire italien où les procédures pénales sont en cours. Je suis d'avis que la question de la juridiction devrait être tranchée par la Cour suprême indienne, qui a été saisie de l'affaire. Une audience sur la requête des deux fusiliers marins se tiendra le 26 août 2015.

64. Par souci d'exhaustivité, je vais examiner si les articles cités par le conseil de l'Italie s'appliquent à cette requête et si la déclaration faite par le Second Solicitor General à la fin de sa plaidoirie constitue un engagement que la question ne serait pas « reprise ». Dans sa déclaration liminaire, le conseil de l'Inde a déclaré :

La demande en prescription de mesures conservatoires comporte deux parties, la première où il est dit que l'Inde s'abstiendra d'exécuter toute mesure judiciaire ou administrative à l'encontre du maître principal Massimiliano Latorre et du maître Salvatore Girone en relation avec l'incident de l'*Enrica Lexie* et d'exercer toute autre forme de compétence au titre de cet incident.

65. A mon sens, cela provient du fait que la Cour suprême a suspendu la procédure. **Ce serait aller trop loin** que de dire que, tant que le tribunal arbitral n'aura pas été constitué et n'aura pas examiné l'affaire, il n'y a pas de raison impérative de présumer que l'affaire serait reprise et pourrait déboucher sur une décision qui leur serait défavorable. Les mots essentiels sont en caractère gras. Il s'agit d'un commentaire et il serait aberrant d'en déduire qu'en prononçant ces mots le Second Solicitor General concédait quelque chose ou accédait à la demande. Le contenu de ces mots est clair et leur sens évident. Pour les raisons évoquées précédemment, je ne pense pas que les articles de la Convention cités par l'Italie soient pertinents pour la présente requête.

Epuisement des recours internes

66. Il me semble qu'avant de déposer sa requête en prescription de mesures conservatoires, l'Italie s'est tournée vers les tribunaux indiens pour obtenir réparation. Comme je le disais précédemment, plusieurs requêtes ont été adressées à la High Court du Kerala et à la Cour suprême ces trois dernières années. L'affaire est même pendante devant la Cour suprême sur la question de la juridiction. La Cour suprême a jugé qu'une cour spéciale devait être saisie de l'incident, comme le prévoit la Constitution indienne. Cette cour spéciale examinera très probablement la question de la juridiction et l'ensemble de l'affaire. Pour les raisons précédemment mentionnées et pour d'autres raisons pouvant être inférées de la présente opinion, il me semble pas qu'il y ait eu épuisement des recours internes.

67. Après la lecture des conclusions écrites, l'examen des documents soumis et l'audition des plaidoiries, j'estime que, *prima facie*, le tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe VII n'a pas compétence, que l'affaire n'est pas urgente, que les recours internes n'ont pas été épuisés et que nous nous trouvons de toute évidence devant un abus de procédure.

68. Pour toutes ces raisons, je rejette la requête et refuse d'accorder les mesures conservatoires demandées.

69. J'ajoute que j'ai lu le projet d'opinion dissidente de M. le juge P. Chandrasekhara Rao et que j'y souscris.

(signé) A. A. Lucky