

Opinion dissidente de M. le juge Chandrasekhara Rao

(Traduction du Greffe)

1. La raison principale pour laquelle je suis en désaccord avec la décision du Tribunal international du droit de la mer (ci-après « le Tribunal ») porte sur la question de la nécessité qu'il y avait en l'espèce de prescrire des mesures conservatoires conformément à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention.
2. L'Italie a porté cette affaire devant le Tribunal au titre de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention. Ce paragraphe énonce que deux conditions doivent être satisfaites pour que le Tribunal puisse prescrire des mesures conservatoires : celui-ci doit, premièrement, considérer, *prima facie*, que le tribunal prévu à l'annexe VII aurait compétence et, deuxièmement, estimer que l'« urgence » de la situation exige la prescription de telles mesures.
3. Lorsqu'elle a expliqué les éléments constitutifs essentiels de l'« urgence », la Chambre spéciale du Tribunal constituée pour connaître du différend *Ghana/Côte d'Ivoire* (ci-après « la Chambre spéciale ») a résumé en ces termes les critères juridiques :

Considérant qu'à cet égard, l'urgence est requise pour exercer le pouvoir de prescrire des mesures conservatoires, c'est-à-dire la nécessité de prévenir le risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant que la décision définitive ne soit rendue (voir *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. 405, par. 25)¹.

1 Voir *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, TIDM Recueil 2015 (à paraître), par. 42.

4. En conséquence, le Tribunal se doit d'examiner si le risque existe qu'un « préjudice irréparable » soit causé aux droits en litige dans la présente affaire, si ce risque est « réel et imminent » et si « l'urgence » est telle que la prescription de mesures conservatoires est requise « en attendant la constitution » du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

5. La Chambre spéciale a également considéré que les conditions énoncées à l'article 290, paragraphe 5, devaient être appréciées « au cas par cas en prenant en considération tous les facteurs pertinents ».

6. A cet égard, il convient de préciser deux points essentiels. On ne saurait prescrire de mesures conservatoires au seul motif qu'il est *possible* qu'un préjudice soit causé aux droits en litige. Pour prescrire de telles mesures, il faut établir qu'il existe un « risque réel et imminent » qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige et surtout que ce préjudice pourrait intervenir avant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII soit en mesure de statuer sur lesdits droits. Bien qu'il soit difficile de savoir précisément quand le tribunal arbitral pourrait être constitué, on peut raisonnablement présumer qu'il le sera dans les deux prochains mois. L'urgence de la situation doit être appréciée non pas sur le long terme, mais au vu de la courte période dont il est question avant que ne soit constitué le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

7. La question qui se pose ici est la suivante : l'Italie a-t-elle établi que l'« urgence » de la situation justifiait la prescription de mesures conservatoires ?

8. La demande en prescription de mesures conservatoires que l'Italie a présentée sur le fondement de l'article 290, paragraphe 5, a été déposée le 21 juillet 2015. L'Italie doit par conséquent prouver que l'« urgence » de la situation à cette date exigeait que des mesures conservatoires soient prescrites.

9. Cela fait près de trois ans et demi que la présente affaire est pendante devant les tribunaux indiens. L'Italie et les deux fusiliers marins ont adressé plusieurs requêtes à ces tribunaux en vue de ralentir la procédure et retarder ainsi le procès au pénal. Plus récemment, les fusiliers marins accusés ont déposé auprès de la Cour suprême indienne la requête (Writ Petition) n° 236 de 2014 concernant les questions de compétence et d'immunités. Cela a amené la Cour suprême à suspendre la procédure devant la cour spéciale qui avait été constituée pour juger promptement l'affaire.

10. Le 26 juin 2015, l'Italie a, par voie de notification d'un exposé des conclusions, introduit une procédure contre l'Inde devant un tribunal arbitral devant être constitué conformément à l'annexe VII de la Convention. Le 8 juillet 2015, elle a adressé à la Cour suprême indienne une demande de sursis à statuer sur la requête (Writ Petition) susmentionnée jusqu'à ce que le tribunal prévu à l'annexe VII ait rendu sa sentence, et de prorogation du séjour en Italie de l'un des accusés, M. Latorre, jusqu'au règlement définitif des points faisant l'objet de la procédure arbitrale. La Cour suprême a fixé au 26 août 2015 la date de la prochaine audience en l'affaire.

11. Or, avant même que la Cour suprême indienne puisse examiner la demande de sursis à statuer, l'Italie a saisi le Tribunal de sa demande en prescription de mesures conservatoires.

12. A la date du dépôt de cette demande, existait-il un « risque réel et imminent » que l'Inde ou ses tribunaux causent un préjudice irréparable aux droits revendiqués par l'Italie avant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII ne statue ? En bref, la demande de l'Italie était-elle justifiée par l'« urgence de la situation » à la date de son dépôt ? Quel était le « risque réel et imminent » que l'Italie cherchait à prévenir à cette date ?

13. Puisque cette affaire est pendante devant les tribunaux indiens depuis trois ans et demi et que l'Italie n'a, pendant tout ce temps, pas jugé qu'il y avait « urgence » au sens de l'article 290, paragraphe 5, de la Convention, que s'est-il soudainement passé pour qu'elle fonde maintenant sa demande sur le motif de l'« urgence » ?

14. L'Italie a avancé deux raisons pour justifier l'« urgence » de la situation. Premièrement, elle a attiré l'attention sur une déclaration faite le 31 mai 2015 par la Ministre indienne des affaires étrangères, selon laquelle,

[s]'agissant de la question des fusiliers marins, nous avons, à plusieurs reprises, demandé à l'Italie de prendre part à la procédure judiciaire. Cette affaire est devant les tribunaux. Pour l'instant, elle ne l'a pas fait. Si elle le fait, les choses pourront avancer².

² ITLOS/PV.15/A24/3, p. 8.

15. L'Italie affirme que cette déclaration lui a fait réaliser que :

Il n'était pas possible que le Gouvernement indien s'engage dans de nouvelles discussions portant sur un règlement politique. *C'est la raison* pour laquelle l'Italie a entamé cette procédure au titre de l'annexe VII [le] 26 juin³.

(italiques de l'auteur)

16. Il est surprenant que l'Italie ait mis plus de trois ans et demi pour réaliser qu'il n'y avait pas de perspectives de « règlement politique » de cette affaire. Il serait foncièrement déraisonnable de supposer que l'Italie ne savait pas que l'infraction imputée était le meurtre, que le meurtre n'est pas une infraction susceptible d'indemnisation et que, de plus, les tribunaux étaient saisis de l'affaire. Comme l'a déclaré la Ministre des affaires étrangères de l'Inde, cette position a été communiquée « à plusieurs reprises » à l'Italie. Dès lors, l'affirmation de l'Italie, selon laquelle ce ne serait que lorsque la Ministre a fait sa déclaration le 31 mai 2015 qu'il lui serait apparu clairement qu'un règlement négocié ne serait pas possible, est complètement indéfendable.

17. Passons à la deuxième raison avancée par l'Italie. Pour expliquer les raisons pour lesquelles elle avait mis plus de trois ans pour instituer la procédure arbitrale, elle a déclaré que « [l]e bien-fondé d'une demande [devait] être examiné indépendamment de la question du retard dans la présentation de cette demande »⁴. Etrange argument, car si la demande en prescription de mesures conservatoires n'est pas déposée lorsque l'urgence de la situation l'exige et qu'on laisse ainsi un retard s'accumuler, ce retard compromettrait le respect de la condition d'« urgence » prévue à l'article 290, paragraphe 5, de la Convention. Quel que soit l'angle sous lequel on se place, la condition d'« urgence » n'a jamais été satisfaite dans les faits et circonstances de l'espèce.

18. Il faut également établir s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits de l'Italie si aucune mesure conservatoire n'est prescrite dans les prochains mois avant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII ne soit constitué. Pour ce faire, il importe d'examiner la situation de fait à la veille de la notification par laquelle l'Italie a introduit l'instance devant le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

3 ITLOS/PV.15/A24/3, p. 8.

4 ITLOS/PV.15/A24/3, p. 20.

19. A cette date, la procédure devant la Cour spéciale créée par la Cour suprême le 18 janvier 2013 était en suspens depuis le 28 mars 2014. Aucune procédure pénale imminente ne risquait donc d'être engagée contre les deux fusiliers marins. La Cour suprême doit encore se prononcer sur la demande de sursis à statuer déposée par l'Italie le 8 juillet 2015. Même si la poursuite de la procédure devant la Cour suprême était autorisée, la Cour suprême ou la Cour spéciale devrait d'abord trancher les questions de compétence et d'immunité des deux fusiliers marins avant que la procédure pénale puisse commencer. Même si l'on admettait, de façon purement hypothétique, que la cour compétente se déclare effectivement compétente, il serait fantaisiste de s'imaginer que la procédure pénale puisse se terminer avant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII n'examine l'affaire. Comme je l'ai fait observer, le seul fait qu'un préjudice puisse être causé ne suffit pas ; il est essentiel d'établir qu'il existe un « risque réel et imminent » qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII ne soit saisi de l'affaire. Le Tribunal n'a pas établi l'existence d'un risque réel et imminent justifiant la prescription de mesures conservatoires.

20. Se référant au fait que la Cour suprême avait suspendu la procédure devant la Cour spéciale, l'« Additional Solicitor General » de l'Inde a déclaré que ce « ne serait pas aller trop loin que de dire que tant que le tribunal arbitral [prévu à l'annexe VII] 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 sera reprise et pourrait déboucher sur une décision qui leur serait défavorable » (aux deux fusiliers marins)⁵.

21. En tout état de cause, sur les deux fusiliers marins accusés, l'un d'eux, le sergent Latorre, se trouve déjà en Italie pour raisons de santé et il est autorisé à y rester jusqu'au 15 janvier 2016. L'« Additional Solicitor General » de l'Inde a de plus donné au Tribunal l'assurance suivante : « nous ne disons nullement qu'il devrait revenir en Inde si son état de santé ne le lui permet pas »⁶.

22. Le cas de l'autre fusilier marin, le sergent Girone, se présente différemment. Il n'existe pas d'allégations de mauvais traitements à son égard. Il vit confortablement dans la résidence de l'ambassadeur d'Italie à New Delhi. Il a retiré la demande dont il avait saisi la Cour suprême et qui visait à obtenir l'assouplissement du régime de contrôle judiciaire afin qu'il lui soit permis de

5 ITLOS/PV.15/A24/2, p. 13.

6 *Idem*.

se rendre en Italie. La Cour suprême a décidé que cette demande était retirée. Comment l'Italie peut-elle affirmer qu'il existait une situation d'urgence en ce qui concerne le sergent Girone à la date du 21 juillet 2015, alors même qu'il avait unilatéralement retiré ladite demande en décembre 2014 ?

23. Qui plus est, même si le sergent Girone était autorisé à se rendre en Italie, il est hautement improbable que l'Italie l'oblige à retourner au besoin en Inde pour y être jugé puisqu'à deux reprises, comme l'a signalé l'Inde, l'Italie n'a pas tenu les promesses solennelles qu'elle avait faites à la Cour suprême indienne. Par ailleurs, les tribunaux indiens doivent garder à l'esprit l'intérêt public et veiller à ce que justice soit faite aux deux pêcheurs qui ont été tués et à ce que rien ne soit fait qui rendrait impossible l'exécution de la décision finale que rendra le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

24. Le dossier de l'espèce montre qu'il n'existe absolument pas de « risque réel et imminent » qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits de l'Italie avant que le tribunal arbitral n'examine l'affaire.

25. Compte tenu de ce qui précède, il n'existe pas d'« urgence » qui serait de nature à justifier l'exercice du pouvoir de prescrire des mesures conservatoires. Bien que la mesure prescrite par le Tribunal semble s'adresser aux deux Parties, elle ne vise en réalité que l'Inde. La mesure prescrite par le Tribunal en l'espèce est complètement partielle et elle n'est pas fondée en droit.

(signé)

P. Chandrasekhara Rao