

# Opinion individuelle de M. le juge Lucky

(Traduction du Greffe)

## Introduction

1. L'arrêt expose en détail les arguments des deux parties et il n'est par conséquent pas nécessaire que je les reprenne tous, sinon pour conforter mon opinion concernant des questions sur lesquelles je suis en principe d'accord. Certains points et aspects de l'arrêt demandent toutefois à être précisés, développés et éclaircis, parce qu'il s'agit de questions appelant un examen détaillé du droit applicable, par exemple, ce qui concerne l'acquiescement, l'*estoppel* et la prescription extinctive, qui sont tous trois des principes d'*equity* reconnus comme principes généraux de droit international et de droit interne. Dans la présente opinion, mon approche et mes vues sur l'épuisement des recours internes et l'application de l'article 283 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (la « Convention ») diffèrent sensiblement de la démarche suivie pour l'arrêt, bien que je parvienne à la même conclusion. J'estime aussi que la décision demandée sur la réponse de l'Italie en date du 8 juillet aurait dû être rendue avant l'audience, et je traite ce point au paragraphe suivant.

2. Avant l'audience portant sur la requête, l'Italie a soulevé des exceptions à cette requête en exposant des moyens visant à en justifier le rejet. Le Panama a répondu à ces exceptions et a, le 22 août 2016, demandé au Tribunal de rendre une décision sur le point de savoir si les exceptions soulevées par l'Italie le 16 juillet 2016 devaient être rejetées et ne pas être examinées à l'audience consacrée aux exceptions préliminaires.

3. Après examen des conclusions écrites, le Tribunal a décidé à la majorité de consentir à chaque partie 30 minutes de temps de parole supplémentaire durant les audiences pour s'exprimer sur ce sujet. Les parties ont accepté cette proposition. A mon avis, le Tribunal aurait dû faire droit à la demande sollicitant une décision et rendre la décision demandée avant que les plaidoiries ne soient prononcées à l'audience. Même avec le consentement des parties, cette méthode n'est pas conforme à la pratique acceptée dans la plupart des affaires – la décision aurait dû être rendue avant les plaidoiries. Le Panama avait élevé une objection contre les exceptions exposées dans une écriture du 16 juillet 2016, affirmant que de nouvelles exceptions y figuraient et que pour qu'il y ait

« égalité des armes », il avait besoin de temps pour y répondre. Le Panama a pourtant fait usage de ses 30 minutes à l'issue des plaidoiries de son agent. Il n'en reste pas moins, à mon avis, que la procédure adoptée aurait pu poser des problèmes aux juges, car si le Tribunal avait rendu une décision favorable au Panama, ils auraient dû se déjuger sur les prétendues exceptions supplémentaires. Le Tribunal n'a pas accepté les arguments du Panama et, en tout état de cause, il a considéré que les conclusions supplémentaires du 26 juillet 2016 constituaient un développement ou un renforcement des exceptions initiales, et qu'il n'y avait donc pas d'atteinte aux principes du droit à une procédure équitable et de l'égalité des armes.

4. Conformément à l'article 97 du Règlement du Tribunal, la procédure au fond a été suspendue dans l'attente de la décision sur les exceptions opposées à la requête.

**Il est possible de résumer comme suit les exceptions de l'Italie :**

5. Il n'y a pas de différend entre les Parties, notamment parce « [qu'il] s'agit pour l'essentiel d'une question relative à des intérêts privés, sans aucun lien de rattachement effectif avec l'Etat panaméen. C'est une demande en dommages et intérêts présentée par le propriétaire du navire "Norstar" contre l'Italie ». Le Tribunal n'est pas compétent pour connaître de la requête parce que les échanges de vues requis par l'article 283 de la Convention n'ont pas eu lieu ; le Panama a acquiescé en ne donnant pas suite à sa réclamation ; en application du principe de la prescription extensive, il est forclo dans sa réclamation et la doctrine de l'*estoppel* est applicable.

6. Dans sa réponse, le Panama affirme que le Tribunal est compétent ; qu'il a eu de fait un échange de vues conformément à l'article 283 de la Convention, parce que le Panama a adressé aux autorités italiennes plusieurs lettres énonçant cette réclamation, mais qu'il n'a reçu aucune réponse de l'Italie. Le Panama affirme que le fait que l'Italie n'ait pas répondu constitue en soi une indication qu'un échange de vues a eu lieu.

7. Les exceptions opposées à la requête reposent sur des arguments de compétence et de recevabilité. Pour déterminer si le Tribunal est compétent, il faut examiner les questions suivantes : un différend existe-t-il ; les recours internes ont-ils été épuisés ; un échange de vues a-t-il eu lieu (article 283 de la Convention) ; la requête est-elle irrecevable en raison du temps écoulé avant

qu'elle n'ait été soumise ; y a-t-il acquiescement ; le principe de l'*estoppel* s'applique-t-il dans les circonstances de l'espèce ; et la requête aurait-elle dû être soumise contre l'Italie, contre l'Espagne ou contre les deux.

8. Les questions susmentionnées sont étroitement liées et il faut les examiner avant de statuer sur les questions de la cause et sur l'acceptation ou le rejet des exceptions soulevées par l'Italie.

9. L'Italie et le Panama ont abordé ces questions devant le Tribunal dans leurs plaidoiries. Bien qu'il soit possible de les examiner à l'audience au fond, compte tenu des arguments persuasifs des conseils concernant l'acquiescement, la prescription extensive (forclusion) et l'*estoppel*, je suis d'avis qu'elles méritent un examen réfléchi à ce stade même de la procédure.

10. La présente requête et les exceptions de l'Italie soulèvent certaines questions qui devraient être examinées de manière plus détaillée que ne le fait l'arrêt. Je pense en particulier à l'épuisement des recours internes, à l'*estoppel*, à l'acquiescement et à la prescription extensive (forclusion).

11. Pour faciliter la consultation de la présente opinion, les faits et dates pertinents pour l'affaire sont rappelés plus loin. La requête est complexe, parce qu'elle concerne notamment des questions relatives aux obligations de l'Etat du pavillon, la notification d'une demande de dommages et intérêts, les pièces de procédure écrite qui se contredisent, le droit applicable, les dépositions de témoins, les conclusions juridiques sur l'interprétation du droit applicable et le point de savoir si la requête est fondée *prima facie*. Il faut donc apprécier et évaluer les avis contradictoires.

12. L'Italie a soulevé des exceptions à la requête, arguant que le Tribunal n'était pas compétent et que la requête était irrecevable parce qu'il n'existait pas de différend, que les recours internes n'avaient pas été épuisés, qu'il n'y avait pas eu d'échange de vues conformément à l'article 283 de la Convention et que la doctrine de l'*estoppel* était applicable en raison du temps mis à soumettre la requête et de l'acquiescement du Panama. Le Panama a contesté tout cela et soutenu que les exceptions soulevées par l'Italie n'étaient pas fondées (voir l'article 96 du Règlement du Tribunal).

13. Le fait que le présent arrêt puisse susciter une ou plusieurs opinions dissidentes ou individuelles ne devrait aucunement surprendre ou gêner. A mon avis, les arguments portant sur l'interprétation du droit applicable et les

conclusions de fait feront l'objet d'un examen extrêmement attentif au plan régional et international et cela contribuera sans nul doute à l'évolution de la jurisprudence de notre tribunal spécialisé.

### Rappel des faits

14. De 1994 à 1998, le « Norstar », navire battant pavillon panaméen et appartenant à Inter Marine & Co AS, société de droit norvégien, armé par Borgheim Shipping, autre société de droit norvégien, et affrété par Nor Maritime Bunker, société de droit maltais, se livrait à des activités de soutage au large des côtes françaises, italiennes et espagnoles, par l'intermédiaire du courtier Rossmare International s.a.s., société de droit italien appartenant à un ressortissant italien.

15. Suite à l'enquête menée par la *Guardia di Finanza* italienne depuis 1997, le procureur du tribunal de Savone a engagé des poursuites à l'encontre de quatre ressortissants italiens et d'un ressortissant maltais, pour association de malfaiteurs ayant pour but la contrebande d'huiles minérales et la fraude fiscale. Les délits auraient été commis à l'aide de pétroliers étrangers, parmi lesquels le « Norstar ». A l'été 1998, le « Norstar » se trouvait dans les parages des îles Baléares, entre Palma de Majorque et Ibiza.

16. Le 11 août, le procureur du tribunal de Savone a ordonné la saisie du navire comme corps du délit, c'est-à-dire comme moyen par lequel les délits susmentionnés ont été perpétrés.

17. En conséquence des deux commissions rogatoires internationales adressées aux autorités espagnoles, le navire « Norstar » a été saisi par les autorités espagnoles le 25 septembre 1998, alors qu'il mouillait en baie de Palma de Majorque. Lesdites commissions rogatoires ont été émises en vertu des dispositions de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale adoptée à Strasbourg en 1959 (la « Convention de Strasbourg »), à laquelle l'Espagne et le Panama sont tous deux parties.

18. Apparemment, lesdites commissions rogatoires précisaient que les autorités espagnoles devaient saisir et immobiliser le « Norstar » en tant que corps du délit d'infractions pénales commises par l'équipage, dont les membres ont été accusés et poursuivis à titre individuel devant le tribunal pénal italien. Il convient de noter qu'à la base de la présente affaire, il y a la saisie du « Norstar », navire battant pavillon panaméen et appartenant à la société

norvégienne Inter Marine & Co. Cette dernière et le « Norstar » étaient gérés par une autre société, Borgheim Shipping, également établie en Norvège. Le navire avait été affrété par Inter Marine, par le biais de Borgheim Shipping, à la Nor Maritime Bunker, société maltaise, qui de fait était gérée elle aussi par Borgheim Shipping. La saisie a été exécutée par les autorités espagnoles compétentes le 28 septembre 1998, alors que le « Norstar » mouillait dans la baie espagnole de Palma de Majorque, suite à une demande d'assistance judiciaire émanant du procureur du tribunal de Savone, émise en vertu de la Convention de Strasbourg.

19. Le motif de la saisie du « Norstar » était d'obtenir ce que le procureur de Savone considérait comme le corps du délit, pendant l'enquête pénale préliminaire sur le délit présumé d'association de malfaiteurs ayant pour but la contrebande d'hydrocarbures et la fraude fiscale. L'essentiel du comportement examiné par le parquet italien consistait en l'acquisition d'hydrocarbures pour l'avitaillement de navires dans des pays non-membre de l'Union européenne, en Italie et dans d'autres ports de l'Union européenne, selon un régime exempté de droits de douane. Ces hydrocarbures devaient ensuite servir à avitailler des yachts et des méga-yachts, dont bon nombre étaient immatriculés en Italie. Ces yachts et méga-yachts introduisaient ensuite le carburant dans les eaux territoriales italiennes sans faire de déclaration en douane. Le « Norstar » a chargé du gasoil à usage maritime à quatre reprises dans les ports de Gibraltar, de Livourne, de Barcelone et à nouveau de Livourne. Les opérations de chargement dans le port italien de Livourne ont été réalisées le 28 juin 1997 et le 12 août 1997. En particulier, la Nor Maritime, par l'intermédiaire d'un ressortissant italien, a acquis dans le port de Livourne environ 1 844 000 litres de gasoil à usage maritime et avitaillé le « Norstar », ce gasoil étant exempté de taxes, car il avait été déclaré comme étant destiné à approvisionner ce navire. Ces opérations commerciales contestées ont toujours eu pour intermédiaire une société italienne, Rossmare International Sas, dont le directeur gérant était également italien. L'enquête préliminaire diligentée par le procureur de Savone a commencé par un contrôle fiscal de la Rossmare et abouti à des poursuites pénales contre quatre ressortissants italiens et quatre ressortissants étrangers (trois norvégiens et un maltais). Par décision du 13 mars 2003, le tribunal de Savone a relaxé tous les accusés de tous les chefs d'accusation de contrebande d'hydrocarbures et de fraude fiscale et ordonné que la saisie du « NORSTAR » soit annulée et que le navire soit restitué à son propriétaire (cinq ans après avoir été saisi).

20. Il est important de répondre à la question suivante : pourquoi l'Espagne (les autorités espagnoles) a-t-elle exécuté l'ordonnance du procureur italien ? Il me semble que puisque l'Espagne et l'Italie sont toutes deux parties à la Convention de Strasbourg, l'Espagne était obligée d'accéder à cette demande parce que celle-ci n'était pas contraire aux dispositions des articles 2 et 5 de ladite convention.

#### Article 2

L'entraide judiciaire pourra être refusée :

- a si la demande se rapporte à des infractions considérées par la partie requise soit comme des infractions politiques, soit comme des infractions connexes à des infractions politiques, soit comme des infractions fiscales;
- b si la partie requise estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de son pays.

#### Article 5

- 1 Toute Partie contractante pourra, au moment de la signature de la présente convention ou du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, par déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, se réserver la faculté de soumettre l'exécution des commissions rogatoires aux fins de perquisition ou saisie d'objets à une ou plusieurs des conditions suivantes :
  - a l'infraction motivant la commission rogatoire doit être punissable selon la loi de la partie requérante et de la partie requise ;
  - b l'infraction motivant la commission rogatoire doit être susceptible de donner lieu à extradition dans le pays requis ;
  - c l'exécution de la commission rogatoire doit être compatible avec la loi de la partie requise.
- 2 Lorsqu'une Partie contractante aura fait une déclaration conformément au paragraphe 1er du présent article, toute autre Partie pourra appliquer la règle de la réciprocité.

21. Le 15 août 2001 (trois ans après la saisie), M. Carreyó, agissant au nom du Gouvernement panaméen, a adressé au Gouvernement italien une lettre demandant à l'Italie de procéder à la mainlevée de la saisie « dans un délai raisonnable » et de dédommager le propriétaire. Il a affirmé, par lettre adressée au Ministère italien des affaires étrangères, que le Gouvernement panaméen

saisirait le Tribunal d'une demande de prompt mainlevée du navire, et réitéré cette affirmation dans des communications similaires datées du 7 janvier 2002 et du 6 juin 2002. Il convient de noter qu'à l'époque, la procédure pénale contre l'équipage du navire « NORSTAR », où ce dernier constituait le corps du délit, n'était pas encore terminée. Par conséquent, conformément au principe de la séparation des pouvoirs, le Ministre ne pouvait pas intervenir durant la procédure judiciaire devant les tribunaux italiens.

22. Les exceptions préliminaires de l'Italie ainsi que les observations et conclusions du Panama n'exposent pas tous les événements qui ont eu lieu entre la saisie, la relaxe de tous les accusés et la mainlevée de la saisie par les autorités espagnoles (en application du jugement du 13 mars 2003). Ce qu'elles décrivent, c'est que le procureur a fait appel le 18 mars 2003 de la décision du Tribunal et que cet appel a été rejeté le 25 octobre 2005. Je dois noter qu'il n'y a aucun élément d'information en ce qui concerne le statut des prévenus au cours et à l'issue de la procédure.

23. Il convient de relever deux facteurs : conformément à l'article 585 du Code italien de procédure pénale, le rejet de l'appel a acquis l'autorité de la chose jugée le 9 décembre 2005 ; en application de l'article 2043 du Code civil italien, le propriétaire du navire disposait d'un délai de cinq ans pour saisir les tribunaux italiens d'une demande en réparation des dommages que lui auraient causés l'ordonnance de saisie, la saisie et l'immobilisation du « Norstar » en tant que corps du délit et l'arrestation et la détention de son équipage. Ce délai arrivait à expiration le 9 décembre 2010.

24. Il faut également noter que M. Carreyó a, le 31 août 2004, transmis à l'ambassade d'Italie au Panama un document précisant qu'il était autorisé à représenter le Panama pour les besoins d'une procédure de prompt mainlevée devant le Tribunal (cette initiative est restée sans suite, du fait que le propriétaire aurait manqué de fonds. Le « Norstar », a-t-il été dit par ailleurs, devait être réparé avant de pouvoir appareiller). Aucune preuve ne vient corroborer les dires de l'agent du Panama.

25. Le 7 janvier 2005, le Ministère panaméen des affaires étrangères a adressé à l'Italie une nouvelle communication – une note verbale –, dans laquelle il priait instamment l'Italie de procéder à la mainlevée de la saisie du « Norstar ». A cette date, le tribunal de première instance avait relaxé les prévenus et ordonné la mainlevée de la saisie du « Norstar ».

26. Le 6 septembre 2006, les autorités espagnoles ont prié la Cour d'appel de Gênes de leur donner des instructions concernant la possibilité de démolir le « Norstar ». Le 13 novembre 2006, la Cour d'appel de Gênes leur a répondu qu'elle n'était pas habilitée à statuer sur cette question (apparemment, la décision avait force de chose jugée). Comme je l'ai dit, le procureur avait interjeté appel de la relaxe des prévenus, sans toutefois attaquer la décision de mainlevée de la saisie du « Norstar ». Il me semble que les autorités espagnoles, qui avaient apparemment la garde et le contrôle du « Norstar », soit n'ont pas été bien informées de cette décision du Tribunal, soit n'en ont pas été informées du tout. Si des éléments de preuve sont produits à l'audience au fond, le Tribunal sera en mesure de parvenir à une conclusion sur cette question.

27. Le 17 avril 2010, M. Carreyó a écrit au Ministère italien des affaires étrangères pour demander réparation des dommages causés au navire « Norstar » à raison de sa saisie en Espagne. Cette initiative respectait le délai prévu par le Code civil italien. Mais pourquoi cette réclamation en dommages et intérêts n'a-t-elle pas été soumise à un tribunal italien ? Peut-être parce que l'article 2043 du Code civil italien aurait été applicable, le délai de cinq ans étant échu. Par conséquent, il me semble que la seule voie ouverte au Panama était de porter l'affaire devant un tribunal international, devant lequel il n'existe pas de prescription prévue dans le règlement, ni spécifiquement en droit international, où semble prévaloir une certaine souplesse et où les règles relatives à l'*estoppel* sont générales et admettent différentes interprétations.

28. Notons que la communauté internationale a tout intérêt à ce que de telles réclamations soit traitées promptement, surtout lorsque des droits humains sont en jeu (Human Rights Today, A United Nations Priority, 2000). C'est un aspect important quand une forclusion peut survenir avant qu'une réclamation en dommages et intérêts soit portée devant une juridiction internationale.

Un différend existe-t-il ?

29. L'Italie affirme qu'il n'y a pas de différend entre elle et le Panama, parce qu'au moment de la saisie et de l'immobilisation du navire, M. Carreyó agissait à titre privé en tant qu'avocat du propriétaire, et non pas au nom du Panama. Le navire « Norstar » a été immobilisé dans les eaux intérieures de l'Espagne par les autorités espagnoles ; par conséquent, c'est l'Espagne qui, en droit et en fait, est le bon défendeur. Il me semble que l'Italie affirme que l'Espagne est un tiers responsable ; je conteste toutefois cette affirmation, parce que les inculpations et les procès sont le fait du procureur italien et des tribunaux italiens. L'Italie



avance que M. Carreyó – conseil et agent du Panama – a reçu du propriétaire du « Norstar » l'instruction et l'autorisation de demander des dommages et intérêts au titre du préjudice subi par le « Norstar ». Hormis la correspondance de Monsieur Carreyó sollicitant réparation, aucune instance en dommages et intérêts n'a été introduite devant aucun tribunal à cette époque. C'est pourquoi l'Italie affirme qu'il n'existait pas de différend entre elle et le Panama.

Le Panama affirme qu'un différend existe.

30. Le Panama s'est plaint de ce que le navire « Norstar » a été immobilisé illicitement et a fait une demande écrite d'indemnisation. L'Italie n'a ni accusé réception de cette demande, ni répondu. Par son absence de réponse, l'Italie semble avoir estimé n'être pas responsable et indiqué par son silence une forme de désaccord. Ce désaccord paraît fondé en fait et en droit. Par exemple, l'Italie avance que les délits ont été commis dans les eaux territoriales italiennes alors que le Panama affirme que l'avitaillement avait lieu en dehors des eaux territoriales de l'Italie (les affaires ont été classées) (voir l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Nigéria c. Cameroun)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998 p. 315, par. 89). L'existence d'un différend peut être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une réclamation alors qu'une réaction aurait été attendue. Je renvoie aux paragraphes 15 à 21 de mon opinion dissidente jointe à l'arrêt en l'*Affaire du navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, TIDM Recueil 2013, dans laquelle j'avais été d'avis que les dispositions de l'article 283 avaient été respectées, dans des circonstances semblables à celles de l'espèce. De plus, on peut faire une distinction entre l'affaire du « Louisa » et la présente affaire, en ce sens que le « Louisa » avait été saisi et immobilisé à raison d'infractions supposément commises dans les eaux intérieures de l'Espagne. Les preuves documentaires montrent que dans le cas du « Norstar », les infractions alléguées se sont produites dans les eaux internationales, et les décisions rendues en Italie par le tribunal de première instance et la cour d'appel le confirment.

Epuisement des recours internes.

31. Il n'est pas contesté que le navire « Norstar » a été saisi et immobilisé en application de l'ordonnance de saisie transmise par les autorités italiennes aux autorités espagnoles. De plus, le capitaine et l'équipage du « Norstar » ont été arrêtés et accusés d'avoir commis des infractions pénales. Le tribunal de première instance a rejeté ces accusations. Le procureur a fait appel de cette décision, mais l'appel a été rejeté. Il me semble clair que les recours internes

étaient épuisés, parce que les procédures devant les tribunaux italiens avaient été clôturées. Le droit de demander des dommages et intérêts devant une juridiction italienne n'a pas été exercé et, comme je l'ai dit, le délai avait expiré. Dès lors, bien que le Panama ou le propriétaire du « Norstar » aient eu la possibilité de demander réparation devant une juridiction interne, aucun d'eux ne l'a utilisée. En conséquence, la seule voie ouverte au Panama consistait à saisir un tribunal international. La juridiction qu'il a choisie est le Tribunal international du droit de la mer.

32. Je dois signaler que le propriétaire du « Norstar » et le Panama auraient pu utiliser les possibilités prévues aux articles 283, 257 et 324 du code de procédure pénale italien. Ces articles traitent, à mon avis, de la saisie proprement dite d'un bien. Une requête visant à obtenir la mainlevée de la saisie d'un bien contre le versement d'une caution dépend du motif de la saisie et de l'immobilisation. Toutefois, les circonstances de l'espèce sont différentes de celles de la saisie d'un navire ou d'un bien comparable, et il faut faire la distinction. En l'espèce, le navire (le « Norstar ») a été saisi et immobilisé en tant que corps du délit, c'est-à-dire en tant que moyen ayant servi à commettre le délit. Le navire « Norstar » était donc à part entière, une pièce à conviction des procédures pénales et ne pouvait pas être libéré dans ces circonstances. Un tribunal doit examiner tous les éléments de l'affaire avec objectivité et discernement. En d'autres termes, la libération du navire moyennant caution n'était pas une solution acceptable et ne pouvait pas l'être, parce que si le tribunal avait reconnu les accusés coupables, le navire « Norstar » aurait constitué une pièce essentielle du procès et il aurait pu être confisqué. On peut alors se demander, pour la forme, si un propriétaire de navire raisonnable aurait rendu le navire pour le faire confisquer. Il faut aussi faire observer que tant qu'une procédure pénale est en cours, la procédure civile en dommages et intérêts est normalement reportée à une date ultérieure à la clôture de la procédure pénale. Les procédures pénale et civile ayant le même objet ne sont pas menées simultanément. Si le propriétaire avait fourni une caution et si le navire avait été libéré, il aurait sans doute été difficile de lui demander de rendre le navire pour le faire confisquer. Il s'agit d'une question qui devra être examinée au fond ; toutefois, à ce stade, je suis d'avis que les voies de recours internes avaient *de facto* été épuisées ; le fait est que ces voies de recours n'ont pas été empruntées. Compte tenu de ces circonstances, le Panama n'a pas déposé de demande en dommages et intérêts devant le tribunal civil italien, peut-être parce que la procédure devant le tribunal pénal n'avait que trop duré. La question devra être tranchée selon le critère de la prépondérance, ce qui ne pourra être pleinement déterminé qu'après une audience au fond.

### Compétence.

Il convient de noter que le Tribunal peut connaître de cette question dans le cadre de l'examen au fond (article 97 du Règlement).

33. L'Italie affirme que le Tribunal n'est pas compétent pour les raisons suivantes :

- i) Il n'existe pas de différend. Je suis en désaccord avec cette affirmation pour les raisons exposées plus haut.
- ii) L'Italie n'est pas le défendeur approprié en l'espèce. Le Panama affirme que l'immobilisation du « Norstar » était fondée sur une ordonnance prise par l'Italie, et non par l'Espagne.

34. La question est de savoir pourquoi, dans quelles circonstances et pour quelles raisons l'Espagne a pris ces mesures et eu ce comportement. La réponse est exposée plus haut, aux paragraphes 15 à 17. Il doit y avoir des éléments de preuve qui apportent des raisons convaincantes et décisives expliquant pourquoi l'Espagne a suivi les instructions du procureur italien. Dans son état actuel, le dossier ne les donne pas. Peut-être de tels éléments de preuve seront-ils produits à l'audience au fond. L'Italie avance, conformément au « principe de la "partie indispensable" », que l'Espagne était une « partie indispensable » et qu'elle aurait dû être l'un des défendeurs : voir l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique)*, question préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1954, p. 19 ; *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90 ; *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 240) Suivant le sens des décisions rendues dans ces affaires, le « principe de la partie indispensable » n'est pas applicable en l'espèce. L'Espagne était un « exécutant délégué ». Quelle est, par conséquent, la responsabilité juridique d'un exécutant délégué ? Il me semble que la réponse est que l'« exécutant » est tenu de suivre l'ordonnance prise par le mandant, c'est-à-dire l'Italie en l'espèce, conformément aux dispositions des articles 2 et 5 de la Convention européenne sur l'entraide judiciaire en matière pénale.

- iii) Le Panama n'a pas dûment cherché à régler le différend par la négociation ou d'autres moyens pacifiques, comme le prévoit l'article 283, paragraphe 1, de la Convention.

35. Je suis en désaccord avec cette dernière affirmation. Il convient d'examiner les dispositions de l'article 283 au vu des circonstances et des éléments de preuve de l'espèce. Dès lors, la jurisprudence du Tribunal est importante (voir l'affaire des *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, par. 38 à 47 ; l'*Affaire du « Juno Trader »* ; et l'opinion dissidente de M. le Juge Lucky jointe à l'arrêt rendu en l'*Affaire du navire « Louisa »*, aux par. 15 à 20). L'article 283 de la Convention prévoit un échange de vues ayant pour objet le règlement par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques. Cet article prévoit aussi l'obligation de procéder à un échange de vues (article 283, par. 1 et 2). Il est muet sur le point de savoir si le non-respect de ses dispositions entraîne le rejet de la demande.

36. Comme je l'ai dit, conformément au sens attribué au mot « différend » dans la jurisprudence en droit international et interne, et compte tenu du comportement des parties avant l'introduction de l'instance, un différend existe bel et bien.

37. Interprété comme un tout, l'article 283 prévoit et détaille une méthode de règlement des différends. Il me semble, vu les communications adressées par le Panama à l'Italie et l'absence de réponse de cette dernière, que l'Italie était en désaccord avec ce qui était dit et demandé dans ces communications. A mon avis, la teneur et l'objectif de la partie xv, section 1, de la Convention et des articles 279 à 285 qui la composent consistent à proposer des moyens de règlement. Apparemment, cette section donne aux parties une feuille de route pour régler le différend si elles le souhaitent. Cela ne saurait signifier qu'une action ou une demande en justice sera rejetée s'il n'y a pas d'échange de vues. Cet article ne prévoit pas le cas de non-respect de ses dispositions. Il a principalement trait au règlement avant procédure devant tierce partie ou avant décision d'une juridiction internationale.

38. Il existe une école de pensée selon laquelle une action ou une demande en justice ne peut aboutir s'il n'y a pas eu échange de vues concernant le règlement du différend par la négociation ou par d'autres moyens pacifiques. Je suis en désaccord avec cette analyse. Il me semble qu'elle aurait pour effet d'empêcher une personne ou une partie de demander réparation conformément au principe du droit à une procédure régulière et de la priver du droit à être entendue. Autrement dit, une partie ne devrait pas être privée du droit de faire entendre équitablement sa cause. On dit que « l'équité transcende les strictes exigences du droit » (*The Dietrich Case*, High Court of Australia) [traduction du Greffe].

39. L'article 283 traite avant tout du règlement par la négociation et ne semble pas prévoir le règlement par une tierce partie, à savoir par une cour ou un tribunal international. Pour écarter tout malentendu, il serait raisonnable, pour le mot « procèdent » qui figure dans cet article, d'entendre « peuvent procéder » : lorsqu'un différend existe, les parties ont le droit de procéder ou non à un échange de vues.

40. Depuis que la Convention est entrée en vigueur, on a assisté à une prolifération des juridictions internationales. L'article 283 devrait être interprété et appliqué d'une manière pragmatique, permettant aux parties à un différend de saisir directement une juridiction lorsque l'une d'entre elles est d'avis que la négociation ne permettra pas d'aboutir à un règlement. A ce propos, je trouve utile de mentionner ici le passage ci-après, tiré du livre de Bennion, *Statutory Interpretation, 5th edition 2008*, figurant à la p. 887 :

Quiconque interprète une loi en vigueur doit présumer que le législateur a voulu que la loi soit appliquée dans l'avenir en donnant effet à ce qui en était l'intention initiale. En conséquence, l'interprète doit prendre en considération tout changement significatif intervenu depuis l'adoption de la loi, que ce soit en droit ou sur le plan social, technologique, lexical ou autre. Une disposition du temps jadis doit donc être lue aujourd'hui à la lumière de l'évolution qu'elle a subie au fil des ans, en apportant au sens actuel de son libellé les modifications requises pour donner effet à l'intention initiale du législateur. La réalité et l'effet d'une lecture dynamique fournissent l'ajustement nécessaire. Cet ajustement progressif résulte de l'interprétation que les juges donnent de la loi année après année, ainsi que de la lecture qu'en font les responsables de son exécution [traduction du Greffe].

41. Si, comme le dit l'Italie, le Panama a annoncé « qu'il avait l'intention de porter l'affaire devant un tribunal, sans jamais véritablement proposer de règlement pacifique au prétendu différend », alors il me semble que l'Italie savait qu'un différend existait ; et pourtant, ni l'Italie, ni le Panama n'ont pris la moindre initiative en vue de résoudre le différend par la négociation, qu'elle qu'en fût la forme.

42. Il convient de noter que l'article 58 du Règlement dispose qu'en cas de contestation sur le point de savoir si le Tribunal est compétent, le Tribunal décide.

Il va de soi que la question sera tranchée suivant le droit applicable et en fonction des moyens de preuve produits.

Article 300 de la Convention.

43. Il est admis que pour que l'article 300 soit appliqué, il faut que son application soit en rapport avec un ou plusieurs autres articles de la Convention ou avec la violation d'un ou plusieurs des articles de la Convention (voir l'arrêt rendu en l'*Affaire du navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, TIDM Recueil 2013).

44. Dans sa requête, le Panama invite le Tribunal à dire et juger que l'Italie a violé les articles 33, 73, paragraphes 3 et 4, 87, 111, 226 et 300 de la Convention. Avons-nous la preuve que le navire « Norstar » se trouvait à l'intérieur de la zone contiguë de l'Italie ou de l'Espagne lorsque les délits ont été commis ? La réponse est non. En conséquence, je peux comprendre les décisions de relaxer les prévenus et de libérer le navire rendues en Italie par le tribunal de première instance et la Cour d'appel, et y souscrire. Je maintiens toutefois que les dispositions de l'article 33 ont vraisemblablement été mal appliquées et que le « Norstar » a été saisi et immobilisé à tort et que son droit de libre exercice de son activité en haute mer lui a par-là été dénié (article 87 de la Convention).

45. Apparemment, l'avitaillement des navires en gazole avait lieu dans les eaux internationales, c'est pourquoi le tribunal de Savone a conclu que la saisie était illicite (voir l'annexe 3 aux observations et conclusions du Panama).

46. La saisie du « Norstar » s'est produite dans les eaux intérieures espagnoles, dans le cadre d'une procédure pénale engagée à raison d'infractions alléguées d'association de malfaiteurs ayant pour but la contrebande d'huiles minérales et la fraude fiscale. L'ordonnance de saisie énonce que « l'avitaillement en mer de méga-yachts contrevenait à plusieurs articles du Code pénal italien, en ce qu'il s'agissait d'un moyen de faire des affaires en échappant au contrôle des douanes ». L'Italie considérait que le navire et le gazole qu'il transportait constituaient le corps du délit, ce qui justifiait la saisie.

47. L'article 33, paragraphe 1 a), de la Convention prévoit les cas d'infractions aux lois et règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration dans la zone contiguë d'un Etat. Les preuves documentaires ne montrent pas qu'il y a eu infraction aux lois et règlements dans la zone contiguë de l'Italie. De plus, le tribunal d'instance a relaxé les accusés et prononcé la mainlevée de la saisie du « Norstar », laquelle a été confirmée par la Cour d'appel.

48. A mon avis, les autorités n'ont pas correctement appliqué les dispositions de l'article 33, paragraphe 1 a), de la Convention dans les circonstances de l'espèce. En d'autres termes, lesdites dispositions, qui visent la zone contiguë, ont été appliquées à une infraction alléguée qui aurait été commise dans les eaux internationales.

On peut se demander si le fait qu'un Etat applique un article de manière incorrecte permet d'invoquer l'article 300 de la Convention. Ce dernier se lit comme suit :

Les Etats Parties doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la Convention et exercer les droits, les compétences et les libertés reconnus dans la Convention d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit.

A mon avis, l'article 300 est applicable, parce que l'Italie, en appliquant de manière incorrecte l'article 33, paragraphe 1 a), de la Convention, a violé le droit du navire « NORSTAR » prévu à l'article 87 de la Convention.

49. Il me semble que l'application incorrecte d'un article de la Convention pourrait établir un lien avec l'article 300, en particulier lorsqu'elle est constitutive d'un abus de droit.

50. Le Panama avait affirmé que l'Italie avait violé les dispositions de l'article 73, paragraphes 3 et 4, de la Convention, mais il s'est rétracté au cours de la procédure orale.

51. A mon avis, les dispositions de l'article 73 sont claires et sans ambiguïté. Cet article prévoit sur la « [m]ise en application des lois et règlements de l'Etat côtier » en ce qui concerne « ses droits souverains d'exploration, d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources biologiques de la zone économique exclusive ». Les lois et règlements en matière de pêche n'ont pas été violés par le « Norstar » et, puisqu'il faut interpréter l'article 73 dans son ensemble et non pas en partie, son paragraphe 4 n'est pas applicable (l'agent du Panama a retiré cette allégation).

52. L'article 87 of the Convention énonce la « liberté de la haute mer ». L'une des libertés qu'elle comporte et qui sont précisées dans cet article est « la liberté de navigation » (paragraphe 1 a)).

53. L'article 86 donne une définition générale de l'expression « haute mer », qui vise « toutes les parties de la mer qui ne sont comprises ni dans la zone économique exclusive, la mer territoriale ou les eaux intérieures d'un Etat, ni dans les eaux archipélagiques d'un Etat archipel ». La phrase finale de cet article est importante : elle précise que « [l]e présent article ne restreint en aucune manière les libertés dont jouissent tous les Etats dans la zone économique exclusive en vertu de l'article 58 ».

54. L'article 58 dispose notamment que :

1. [d]ans la zone économique exclusive, tous les Etats, qu'ils soient côtiers ou sans littoral, jouissent, dans les conditions prévues par les dispositions pertinentes de la Convention, des libertés de navigation et (...) d'utiliser la mer à d'autres fins internationalement licites liées à l'exercice de ces libertés et compatibles avec les autres dispositions de la Convention, notamment dans le cadre de l'exploitation des navires (...).

55. Le « Norstar » avitaillait des méga-yachts en gazole, autrement dit, il les soutait. La Convention est muette sur la question du soutage. Apparemment, cette activité ne se déroulait pas à l'intérieur de la zone contiguë. Il semble toutefois qu'elle ait pu être menée à l'intérieur de la zone économique exclusive italienne. Cela étant, en ce qui concerne les membres de l'équipage du « Norstar », d'une part ils n'ont pas été accusés de « soutage », de l'autre toutes les accusations pénales qui pesaient contre eux ont été rejetées.

56. A mon avis, les activités menées par le « Norstar » et son équipage étaient licites ; par conséquent, au regard des articles 87 et 58 de la Convention, son droit à la liberté de navigation a été violé. Le « Norstar » a été immobilisé dans le port et c'est pour cela qu'il a été affirmé, affirmation à laquelle je souscris, que le navire avait été privé de son droit d'exercer son activité commerciale en haute mer. En conséquence, le navire s'est trouvé dans l'impossibilité d'exercer son droit à la liberté de la haute mer.

57. Sous réserve de la production d'autres éléments de preuve, je ne pense pas que l'article 111 de la Convention soit pertinent.

58. L'article 226 ne me semble pas être pertinent. Aucune allégation de violation des articles 216, 218 et 220 de la Convention n'a été avancée.



59. Si l'on considère que les dispositions des articles 33 et 87 sont applicables, le lien avec les dispositions de l'article 300 est établi. A mon avis, il y a abus de droit. Il s'ensuit qu'il faut trancher les questions très importantes de l'acquiescement, de la forclusion et de l'*estoppel* au cours de l'examen au fond avant de statuer sur la demande en dommages et intérêts.

Recevabilité de la demande.

*Estoppel*, forclusion/irrecevabilité due à l'écoulement du temps pour introduire le recours/prescription libératoire

60. L'Italie soutient que la requête du Panama devrait être rejetée pour irrecevabilité au motif que : a) « la requête vise essentiellement, si ce n'est exclusivement, à exercer une protection diplomatique [alors que] les conditions pour ce faire, à savoir la nationalité des victimes présumées et l'épuisement des recours internes, n'ont pas été remplies » (voir les paragraphes 12 à 18 de la présente opinion) ; et b) « le Panama ne peut, pour cause de forclusion et d'*estoppel*, porter cette affaire devant le Tribunal puisque 18 années se sont écoulées depuis la saisie du navire et que son attitude durant tout ce temps a été contradictoire » (paragraphe 52 des observations et conclusions du Panama).

61. Je pense qu'il est nécessaire de déterminer le moment à partir duquel le temps commence à courir aux fins d'établir s'il y a forclusion ou prescription libératoire. Comme je l'ai mentionné, le 25 septembre 1998, le navire « Norstar » a été saisi alors qu'il mouillait en baie de Palma de Majorque, en Espagne. Le 13 mars 2003, les membres de l'équipage ont été relaxés de tous les chefs d'accusations qui pesaient sur eux. Le 18 mars 2003, le procureur a interjeté appel de cette décision, appel rejeté par la Cour d'appel le 25 octobre 2005. Le 15 août 2001, alors que la procédure pénale suivait son cours contre les accusés, le conseil du Panama a demandé au Gouvernement italien de faire procéder dans un délai raisonnable à la mainlevée de la saisie du navire « Norstar » et de « rembourser les dommages découlant de la procédure ». Par lettre adressée au Ministre italien des affaires étrangères, il a affirmé qu'il demanderait au Tribunal la prompte mainlevée de l'immobilisation du « Norstar », demande qu'il a renouvelée dans des communications analogues datées du 7 janvier et du 6 juin 2002. Le Tribunal n'a jamais été saisi d'une demande de prompte mainlevée, et je suis d'avis que même si cela avait été le cas, le Tribunal n'aurait pas pu en connaître tant que les procédures étaient pendantes devant les tribunaux italiens (voir ma déclaration et mon opinion jointes aux arrêts rendus en l'affaire du « *Hoshinmaru* » et du « *Tomimaru* », *TIDM Recueil 2005-2007*,

p. 18 et p. 74 ; voir également l'arrêt rendu par la Cour suprême du Ghana en l'*Affaire de l'« ARA Libertad » (Argentine c. Ghana)*. En bref, un jugement rendu par le tribunal de commerce produisait ses effets et devait être annulé avant que le navire ne puisse être libéré. Une requête en abrègement de délai a été accueillie et la Cour suprême, par ordonnance de *certiorari* fondée sur le droit applicable aux navires de guerre et sur l'ordonnance du Tribunal, a autorisé la mainlevée de l'immobilisation du navire.

62. Le Tribunal aurait outrepassé sa compétence s'il s'était immiscé dans la procédure devant la juridiction interne italienne. En vertu de l'article 2043 du Code civil italien, le propriétaire du « Norstar » ou le Panama – en qualité d'Etat du pavillon – agissant en son nom disposait de cinq ans pour soumettre une demande en réparation du préjudice supposément causé par la saisie du « Norstar » et l'arrestation de son équipage. De plus, le principe de l'indépendance de la justice est respecté dans tous les pays et un ministre ou un ministère ne peuvent et ne devraient pas non plus s'immiscer dans une procédure judiciaire.

63. Il convient également de noter qu'en ce qui concerne l'affirmation ou l'argument de l'*estoppel* et de la forclusion, les lois locales de prescription libératoire produisent leurs effets. Conformément à l'article 585 du Code de procédure pénale italien, la décision de la Cour d'appel a acquis force de chose jugée le 9 décembre 2005. En conséquence, le délai de recours devant la juridiction italienne a expiré le 9 décembre 2010. Il me semble que le délai de recours devant une juridiction internationale a commencé à courir à compter du 9 décembre 2005 (c'est-à-dire il y a 11 ans).

#### *Estoppel* et forclusion.

64. La présente requête est un recours fondé sur l'*equity* présenté en vue d'obtenir un remède d'*equity*. Il s'ensuit que les maximes d'*equity* pertinentes s'appliquent : premièrement, « he who comes into equity must come with clean hands » (« quiconque veut l'équité doit avoir les mains propres ») ; et deuxièmement, « delay defeats equity » (« le retard éteint le droit à former un recours d'*equity* ») [traductions du Greffe]. Un tribunal d'*equity* refusera de faire droit à un demandeur si ce dernier n'a pas exercé ses droits et s'il y a acquiescement de sa part depuis longtemps. A l'appui, je renvoie aux affaires suivantes : *Goldsworthy v Brickell* [1987] (1 All ER 853, à la p. 6772), Nourse L.J. The defence of Laches or unconscionable delay is allowed where there is no statutory bar, and *Re Pauling's Settlement trusts, Younghusband v. Coutts and Co.* [1963] 3 All ER I, p. 20.

65. Au vu des conclusions des parties et de l'abondance des informations fournies, je pense qu'il est nécessaire d'examiner le droit applicable, interne et international, à commencer par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (la « CIJ ») et la jurisprudence de la CIJ et de juridictions internes.

66. Contrairement à la réglementation ou à la législation en droit interne, le Règlement du Tribunal ne prévoit ni l'*estoppel*, ni de délai de prescription.

67. En conséquence, il est nécessaire d'examiner cette question compte tenu de la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer, de celle la CIJ et de celles d'autres tribunaux internationaux, ainsi que de la jurisprudence pertinente des juridictions internes et de la législation applicable. Alors qu'il existe une distinction claire entre droit international et droit interne, étant donné que chaque système ou ordre juridique est supérieur dans son propre domaine (Fitzmaurice, *The General Principles of International Law*, 92 HR 1957, p. 5 et p. 70 à 80), il existe quand même des cas, tels que la présente espèce, pour lesquels il serait utile de mentionner les décisions prises par des juridictions internes en matière d'*estoppel*, de forclusion et de prescription libératoire.

68. Un article d'Alexander Ovchar, « Estoppel in the jurisprudence of the ICJ », paru dans *Bond Law Review*, Vol. 21 Issue 1, est non seulement utile mais également intéressant. Après avoir étudié plusieurs affaires sur lesquelles la CIJ a statué, il aboutit au fait que les conclusions de la Cour ne sont pas définitives, ce à quoi je souscris. La Cour a proposé plusieurs approches doctrinales, mais elle n'a pas établi de précédent. Toutefois, les lignes directrices exposées dans ces arrêts sont très utiles. Les juges Cot et Wolfrum, dans leur opinion individuelle commune jointe à l'ordonnance précitée rendue en l'*Affaire de l'« ARA Libertad »*, mentionnent les affaires de la CIJ qui ont trait à ce sujet et je trouve leurs avis très utiles.

69. Particulièrement éclairant à ce sujet est l'extrait suivant du livre de Malcom N. Shaw *International Law*, Fourth edition, p. 77 :

Il peut très bien arriver, dans n'importe quel système juridique, que le tribunal se trouve dans une situation où il réalise qu'aucune source de droit, qu'elle provienne de la législation ou de la jurisprudence, ne s'applique à un point donné de l'affaire qu'il examine. En pareille situation, le juge déduit la règle applicable en procédant par analogie avec des règles existantes, ou directement à partir des principes d'ordre général qui régissent le système juridique, qu'il s'agisse de principes émanant de la justice, de règles d'*equity* ou de règles d'ordre public [traduction du Greffe].

La jurisprudence de la CIJ sur les questions d'*estoppel* et de prescription des actions en dommages et intérêts n'est ni très claire, ni très probante.

70. Le principe sur lequel repose l'*estoppel* est souvent rendu par l'adage latin *allegans contraria non est audiendus* – une partie ne doit pas pouvoir tirer avantage de ses propres inconséquences (voir affaire du *Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 6, 39 ; *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark ; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 4, 120 ; voir également l'opinion individuelle du juge Ammoun jointe à l'arrêt).

71. L'*estoppel* se compose de trois éléments : i) un Etat doit faire une déclaration à un autre Etat ; ii) cette déclaration doit être inconditionnelle et autorisée ; iii) l'Etat invoquant l'*estoppel* doit s'être fié de bonne foi à cette déclaration. Ma question à ce sujet est la suivante : quelle est, si tant est qu'elle existe, la déclaration de l'Italie ? Peut-elle être déduite de son comportement ? Le principe de l'acquiescement est-il pertinent ? La production d'éléments de preuve par les Parties sera cruciale. Peut-on déduire l'*estoppel* ? Y a-t-il des éléments de preuve indiquant que l'Italie a établi l'acquiescement de manière claire, concluante et convaincante ?

72. Dans des affaires comme la présente espèce, les principes de droit interne relatifs à la forclusion et à l'*estoppel* sont utiles ; par exemple la législation régissant la prescription de l'action en dommages et intérêts et la jurisprudence pertinente.

73. A ce sujet, les dispositions de l'article 38 du Statut de la CIJ sont importantes :

#### Article 38

1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :
  - a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige ;
  - b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;
  - c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

- d. sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.

74. L'article 38 du Statut de la CIJ dispose que « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » s'appliquent (il s'agit des principes généraux d'équité et de justice appliqués de manière universelle dans les systèmes juridiques du monde entier). Il s'agit notamment des principes du délai préjudiciable (*laches*), de la bonne foi, de l'autorité de la chose jugée et de l'impartialité des juges. Les tribunaux internationaux se fondent sur ces principes lorsqu'ils ne trouvent pas de règle applicable dans d'autres sources du droit international. J'inclus dans ces principes généraux le droit à une procédure régulière et l'abus de procédure.

75. Il convient d'examiner les raisons du retard dans l'introduction de l'instance et leur validité, et si le demandeur (le Panama) a signalé son intention de présenter une demande en dommages et intérêts devant la juridiction compétente. Pourquoi n'a-t-il pas saisi la justice italienne après les décisions du tribunal pénal et de la Cour d'appel italiennes ? Pourquoi le Panama a-t-il laissé s'appliquer la prescription libératoire prévue par la loi italienne ? Si les réponses à ces questions sont satisfaisantes, alors y a-t-il eu ou y a-t-il un abus de procédure par lequel le Panama et l'équipage du navire « Norstar » se voient dénier leur droit à des dommages et intérêts ? De plus, si la demande en dommages et intérêts est justifiée, est-il juste de dénier au Panama son droit à être entendu devant un tribunal ? Enfin, le fait que le Panama ait soumis sa requête tardivement justifie-t-il que l'on soulève la question de l'atténuation des dommages ? S'agissant de l'Italie, le fait que 18 ans se soient écoulés avant l'introduction de l'instance lui donne-t-il une raison justifiée d'invoquer l'*estoppel*, du fait que la situation en Italie a peut-être changé et qu'elle se serait légitimement attendue à ne pas devoir faire face à une instance judiciaire ? Autrement dit, cela serait-il juste pour chacune des Parties ?

76. Pour que naisse l'*estoppel*, il faut établir que le défendeur s'est fié, à son détriment, au demandeur. Les questions qui se posent sont les suivantes : l'Italie s'est-elle fiée au fait qu'aucune réclamation n'avait été soumise pendant 18 ans ? (10 ans après l'expiration du délai de forclusion devant la juridiction italienne). Le Panama a-t-il compté sur le fait que l'Italie avait été informée d'une réclamation pendant ce temps ? (Il faut des preuves à l'appui et celles-ci pourront être produites à l'audience au fond). A quelle date la réclamation a-t-elle

été soumise ? Il convient de noter que « la partie qui [invoque le principe de forclusion ou d'*estoppel*] doit "s'être fiée" aux déclarations ou à la conduite de l'autre partie, ceci à son propre détriment ou à l'avantage de l'autre » (Opinion individuelle du juge Gerald Fitzmaurice jointe à l'arrêt rendu au fond par la CIJ le 15 juin 1962 en l'*Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, C.I.J. Recueil 1962). Par ailleurs, « en droit international, l'*estoppel* relève de la bonne foi et de la constance dans les relations internationales ».

77. La question est de savoir si les conditions de l'*estoppel* sont remplies.

78. Le demandeur sollicite un remède d'*equity*, sous la forme de dommages et intérêts. En *equity*, d'une part, qui demande réparation doit avoir les mains propres, de l'autre tout préjudice doit donner lieu à réparation. Cependant, il faut qu'il y ait un préjudice. En l'espèce, un préjudice a-t-il été causé, et par qui ? Il convient de noter que le tribunal italien de première instance a relaxé les accusés faute de preuves et que la Cour d'appel a rejeté l'appel (voir les décisions des tribunaux italiens). En *equity*, celui qui a subi un préjudice a l'avantage, qui consiste à demander un remède juridique. En *equity*, ce remède prend habituellement la forme d'une exécution en nature donnant lieu à une injonction. Il s'agit de remèdes qui vont au-delà de ceux qui sont apportés en *common law*, tels que les dommages et intérêts. L'adage latin correspondant est *ubi jus ibi remedium*, (« là où il y a droit, il y a un remède »). L'application de cet adage est nécessairement subordonnée à des principes positifs et ne saurait servir à faire échec aux règles de droit établies ou à conférer aux tribunaux une compétence jusqu'alors inexistante. Il ne vaut que si l'on suit son sens général et non son sens littéral. La jurisprudence concernant les principes de cette maxime juridique comporte les décisions rendues dans les affaires *Ashby v. White* et *Bivens v. Six Unknown Named Agents*. L'application de ce principe de droit a joué un rôle essentiel dans la décision rendue en l'affaire *Marbury v. Madison*, dans laquelle le Président de la Cour suprême, John Marshall, a d'abord dû établir la validation de la nomination de Marbury avant de pouvoir rendre sa décision de plus large portée.

### Raison du retard dans la soumission de la requête

79. A mon avis, les facteurs suivants sont essentiels pour statuer sur la requête.

80. Premièrement, le Tribunal devrait examiner s'il existe des éléments suffisants prouvant que le retard dans la soumission de la requête est acceptable ; deuxièmement, si le demandeur est forclos dans son droit d'introduire une

instance ; troisièmement, si le Panama est empêché, en vertu du principe de l'*estoppel*, de soumettre sa requête ; et quatrièmement, dans l'hypothèse, mais sans pour autant admettre que ce soit le cas, que ce qui précède soit prouvé, la question de l'évaluation des dommages et intérêts devient pertinente.

81. Dans sa requête, le Panama indique qu'en janvier 1999, la demande en mainlevée de la saisie du navire déposée par le propriétaire a été rejetée par les autorités italiennes, qui étaient disposées à y procéder moyennant dépôt d'une garantie de deux cent cinquante (250) millions de liras, somme dont le propriétaire du « Norstar » ne pouvait à l'époque pas s'acquitter, car en raison de la durée de la saisie, le marché correspondant à cette activité avait été anéanti et il n'avait plus fait la moindre recette.

82. Il convient de noter qu'à l'époque, M. Nelson Carreyó n'était pas engagé comme conseil du Panama. La première notification à l'Italie de l'éventualité d'une action en justice a été faite par une lettre en date du 15 août 2001 adressée au Ministère italien des affaires étrangères.

83. Les audiences devant le tribunal de Savone ont commencé à la fin de 2002. Par arrêt du 13 mars 2003, la Cour pénale de Savone a prononcé la « relaxe de toutes les personnes impliquées de tous les chefs d'accusation », ainsi que la mainlevée de l'immobilisation du « Norstar » et sa restitution au propriétaire. Cela étant, cette décision n'était pas définitive et le procureur a interjeté appel devant la Cour d'appel de Gênes, qui a finalement, par sa décision d'octobre 2005, confirmé la décision rendue en première instance.

84. Comme je l'ai mentionné, à mon avis, le délai pour la soumission d'une demande devant les tribunaux italiens a commencé à courir lorsque la Cour d'appel a rejeté l'appel de la relaxe des accusés. Le délai de soumission d'une demande devant les tribunaux italiens a expiré en 2010. Ce n'est qu'en 2015 que la requête a été soumise au Tribunal. De fait, dix années s'étaient écoulées avant que la requête ne soit soumise au Tribunal.

85. L'Italie affirme que ce sont 18 années qui se sont écoulées et que le Panama est par conséquent forclos dans son droit d'introduire une instance et qu'il devrait en être empêché en vertu du principe de l'*estoppel*. Dans la double hypothèse où le Tribunal serait compétent et – mais sans admettre que ce soit le cas – où la requête serait recevable, celle-ci serait prescrite devant les juridictions internes de *common law* ainsi que devant le présent Tribunal international. Et même en *equity*, un demandeur doit « avoir les mains propres ». Rien

ne prouve que l'Italie ait commis une fraude ou qu'elle ait induit en erreur le propriétaire et le Panama en les incitant à penser qu'il serait donné suite à une demande en dommages et intérêts, ce qui aurait suscité chez le Panama l'attente légitime de voir cette demande aboutir. Alors que l'Italie a peut-être été silencieuse ou qu'elle a peut-être ignoré les sollicitations tendant à obtenir la restitution du navire « Norstar » et l'indemnisation du propriétaire, du Panama et de l'équipage, le Panama n'a pour sa part pas exercé de recours devant une juridiction internationale pendant 17 à 18 ans. De plus, il convient de noter que lorsque les droits humains d'une personne sont en cause, il est de l'intérêt de la communauté internationale que l'affaire soit promptement réglée et que le principe du droit à une procédure régulière soit reconnu.

86. C'est à la lumière des paragraphes qui précèdent qu'il convient d'examiner ce qui suit. Le 2 décembre 2000, deux ans à peine après la saisie du « Norstar », survenue le 25 septembre 1998, le ministre alors en fonctions au Ministère des affaires étrangères du Panama, a informé le « Secrétaire » [il entendait sans doute par-là le Greffier, M. Chitty] du Tribunal que M. Nelson Carreyó était autorisé à représenter le Gouvernement panaméen « sans préjudice de la procédure en cours devant le tribunal de Savone (Italie) ».

87. Le 15 août 2001, Monsieur Carreyó a écrit au Ministre des affaires étrangères à Rome pour l'informer qu'il était autorisé à engager une instance judiciaire contre l'Italie devant le Tribunal pour obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par la saisie du navire « Norstar ». Il reprenait brièvement les faits concernant la saisie et son rapport avec les chefs d'accusation pesant sur Rossi Silvio et autres pour délits qui auraient été commis à Savone et dans d'autres ports italiens dans le courant de 1997. Il affirmait notamment que la saisie était illicite, que les dommages se montaient à l'époque à 6 millions de dollars des Etats-Unis et que ce montant continuait de croître de jour en jour en raison du fait que le « Norstar » n'était pas en mesure de poursuivre ses activités de vente de gazole à des bateaux de plaisance dans les eaux internationales.

88. Le 7 janvier 2002, Monsieur Carreyó a écrit au Ministère italien des affaires étrangères. L'extrait pertinent de cette communication est reproduit ci-dessous :

Objet : République du Panama/République italienne, procédure devant le Tribunal international du droit de la mer, sis à Hambourg, en réparation des dommages causés par l'immobilisation actuelle du navire Norstar résultant de l'exécution, dans le port de Palma de Majorque, aux



îles Baléares (Espagne), d'une ordonnance de mesures conservatoires rendue par les autorités judiciaires de Savone au motif que ledit navire avait avitaillé en gazole des mégas-yachts dans les eaux internationales au large de la mer de Ligurie.

Je prends note du fait que votre Ministère n'a pas encore répondu à notre demande du 15/08/2001.

Vous êtes par conséquent informé par la présente qu'à l'expiration d'un délai de 21 jours à compter de la date de la présente, nous introduirons sans autre préavis une instance devant la juridiction compétente de Hambourg.

89. Le 3 août 2004, Monsieur Carreyó a écrit au Ministre des affaires étrangères en mentionnant sa correspondance antérieure et il a une fois de plus rappelé les faits et informé le Ministre que si l'Etat italien n'accédait pas à cette réclamation sollicitant le versement de dommages et intérêts de telle sorte que la réparation du navire puisse commencer, il n'aurait d'autre option que d'introduire une demande en dommages et intérêts contre l'Italie. Il a également proposé de régler le différend conformément à l'article 287 de la Convention.

90. L'Italie n'a répondu à aucune de ses lettres. Autrement dit, elle a ignoré sa demande et n'a pris aucune mesure, de quelque type que ce soit, pour résoudre le problème. L'Italie n'a aucunement admis sa culpabilité ; elle s'appuyait, d'après ce qu'elle prétend, sur le fait que l'affaire était devant le tribunal pénal italien en première instance puis devant la Cour d'appel durant la période comprise entre 1997 et 2005. La Cour d'appel a confirmé la décision rendue par le juge en première instance et la relaxe des accusés. La Cour a ordonné la mainlevée et/ou la démolition du « Norstar ». La correspondance montre que la communication entre la Cour et les autorités compétentes n'était ni claire, ni précise. Pendant ce temps, le Panama n'a engagé aucune procédure civile en Italie. La loi italienne susmentionnée relative à la prescription libératoire s'appliquait. Le délai de prescription étant de cinq ans, le droit d'agir en justice était éteint après 2010. Ce n'est qu'en 2015 que le Panama a soumis sa requête au Tribunal. La question qui se pose est la suivante : pourquoi le Panama n'a-t-il pas engagé cette procédure avant octobre 2015 ? Y a-t-il eu acquiescement de sa part ? Au vu des preuves documentaires, je ne le pense pas (voir les lettres précitées adressées au Ministre italien des affaires étrangères). Les raisons du retard avancées par le Panama sont-elles raisonnables et recevables ? Le fait que l'Italie n'ait pas réagi à la demande de restitution et de dommages et intérêts présentée par le demandeur a-t-il suscité chez le Panama l'attente légitime

de voir l'Italie verser l'indemnisation demandée ? L'Italie avait-elle l'impression que cette réclamation ne serait pas portée devant les tribunaux ?

91. Je ne pense pas qu'il y ait eu acquiescement du Panama, étant donné que Monsieur Carreyó a continué de réclamer une indemnisation et des dommages et intérêts (voir la lettre du 15 août 2001 et la note verbale n° 2227 du 31 août 2004, dans laquelle le Panama a expressément confirmé à l'Italie que son Ministère des affaires étrangères avait certifié que Monsieur Carreyó était investi des pouvoirs d'agir en tant que représentant de la République du Panama devant le Tribunal international du droit de la mer ; voir aussi la note verbale n° 97 du 7 janvier 2005, qui a confirmé les pouvoirs de représentation dont Monsieur Carreyó était investi).

92. Comme je l'ai indiqué plus haut, le Règlement du Tribunal et les règles du droit international ne prévoient pas de prescription libératoire (forclusion). En conséquence, pour parvenir à sa conclusion, un tribunal doit, dans ces circonstances, examiner le droit coutumier international et la jurisprudence, tant internationale que nationale. Si l'on encourage la soumission de réclamations ou si l'on accueille ces réclamations après une si longue période, les contentieux ne finiront jamais. Il est donc nécessaire de proposer une solution après avoir examiné et pris en compte le droit applicable, les preuves documentaires, les conclusions et observations et les plaidoiries des conseils.

93. Pour la commodité du lecteur, voici un récapitulatif des dates pertinentes énoncées aux paragraphes 12 à 22 de la présente opinion :

- a) 25 septembre 1998 : le navire « Norstar » est saisi en tant que corps du délit ;
- b) 15 août 1999 : Monsieur Carreyó demande par lettre au Gouvernement italien de faire procéder à la mainlevée de l'immobilisation du « Norstar » « dans un délai raisonnable » ;
- c) 6 et 7 juin 2002 : Monsieur Carreyó, par des lettres portant ces dates, sollicite de nouveau la mainlevée de l'immobilisation ;
- d) 13 mars 2003 : le juge du tribunal pénal relaxe en première instance tous les accusés de tous les chefs d'accusation invoqués contre eux et ordonne la mainlevée de la saisie du « Norstar » ;
- e) 18 mars 2003 : le procureur fait appel de la relaxe des accusés, mais pas de la libération du « Norstar » ;
- f) 25 octobre 2005 : l'appel est rejeté ;

- g) 17 avril 2010 : Monsieur Carreyó écrit au Ministre italien des affaires étrangères pour rappeler les faits et demander réparation du préjudice subi du fait de la saisie illicite du « Norstar ».

94. Il convient de noter que pendant toute la période allant de la saisie jusqu'à la relaxe des accusés et plus tard le rejet de l'appel, le « Norstar » se trouvait dans le port de Majorque (Espagne), apparemment sous le contrôle des autorités espagnoles. Pour des raisons qui seront peut-être élucidées à l'audience au fond, le « Norstar » n'a pas été libéré alors et il ne l'est apparemment toujours pas.

95. Deux questions importantes se posent : à quel moment le délai commence-t-il à courir et y a-t-il eu acquiescement du Panama ? Par ailleurs, chaque partie pouvait-elle, en raison du comportement de l'autre, légitimement s'attendre à ce qu'aucune demande en mainlevée de l'immobilisation du « Norstar » ou en dommages et intérêts ne soit soumise aux tribunaux ?

96. Le Panama avance qu'un nouveau délai doit être mesuré à partir du 17 avril 2010, date à laquelle une autre réclamation officielle a été présentée dans une lettre adressée au Ministre italien des affaires étrangères. Cette lettre est restée sans réponse. Par conséquent, l'écoulement du temps entre 2010 et la soumission de la requête en décembre 2015 est justifié. L'Italie a avancé que 18 ans s'étaient écoulés depuis la saisie et l'immobilisation du « Norstar » et que cinq ans de plus avaient passé depuis avril 2010. La question de savoir si l'affirmation de forclusion s'appuie sur une période de 18 ou de 5 ans sera très certainement abordée lors de l'audience au fond, une fois que les plaidoiries des conseils auront été entendues et que le Tribunal sera en mesure de rendre une décision finale. Toutefois, sous réserve de l'issue de l'audience au fond, je pense qu'il est possible, au vu des conclusions examinées dans le cadre de cette requête, de déterminer quel est le délai devant être respecté pour engager une action. Les conseils ont mentionné que dans les législations de plusieurs pays prévoyant la prescription libératoire, y compris celles du Panama et de l'Italie, ce délai est compris entre un et six ans. Toutefois, ces délais sont ceux du droit interne et sont fixés par la législation. En droit international, ce n'est pas le cas. Comme je l'ai dit, le Statut du Tribunal et celui de la CIJ ne prévoient pas de prescription libératoire. Une défense fondée sur l'existence d'un retard déraisonnable, distincte de la législation de prescription tout en étant analogue à elle, peut fonctionner. Toutefois, une défense ainsi fondée rend nécessaire l'examen de l'équilibre entre la justice ou l'injustice qu'il y aurait à octroyer ou refuser le remède. Par conséquent, le besoin de preuves s'accroît en l'espèce ; une décision finale devra être rendue à l'issue de l'examen au fond.

97. J'ai fait allusion plus haut au droit applicable. En résumé, le Règlement du Tribunal ne fixe pas de délai pour la soumission d'une demande en dommages et intérêts. La jurisprudence de la CIJ et des autres juridictions internationales n'est pas non plus précise, bien que la CIJ ait énoncé des lignes directrices applicables en fonction des circonstances de l'affaire considérée. La législation de la plupart des pays prévoit la prescription libératoire. Le délai de prescription varie d'un pays à l'autre ; ainsi, il est de cinq ans en Italie, de trois ans au Panama, et dans la plupart des autres pays il est compris entre un et six ans. La forclusion n'existe pas en droit international. La Convention ne prévoit pas de délai. Par conséquent, compte tenu du fait qu'en *common law* la législation est stricte, en *equity* « fairness in certain instances and circumstances transcends the strict nature of the law » (« la justice transcende dans certains cas et certaines circonstances la stricte nature du droit » [traduction du Greffe]). En l'espèce, il est admis que le Panama est en droit d'engager une action à raison de la saisie illicite du navire « Norstar » et des dommages qu'elle a causés au navire. A ce stade de la procédure, je conclus que cette action ne saurait être rejetée au motif du temps écoulé ou pour cause d'acquiescement. En conséquence, sous réserve des arguments qui seront présentés à l'audience à ce sujet, la doctrine de l'*estoppel* n'est pas applicable.

98. Pour les raisons susmentionnées, je suis d'avis que le Tribunal est compétent pour connaître de la requête et que la requête est recevable.

99. Pour les raisons énoncées plus haut, les exceptions soulevées par l'Italie sont rejetées.

100. Il se peut qu'il faille poursuivre l'examen d'autres questions à l'audience au fond. Ces questions portent sur la compétence, la recevabilité, l'épuisement des recours internes et la prescription extinctive (principe du délai préjudiciable, forclusion).

(signé) A.A. Lucky