

Opinion individuelle de M. le juge Ndiaye

J'ai voté en faveur de l'arrêt, parce que je partage les motifs exposés par le Tribunal sur la principale question suivant laquelle l'ordonnance de saisie, la demande de sa mise à exécution et la saisie ainsi que l'immobilisation du « Norstar » constituent une violation de l'article 87, paragraphe 1, de la Convention, mais pour un certain nombre de motifs qui vont au-delà de ceux énoncés dans l'arrêt du Tribunal. Je pense en effet que l'arrêt aurait pu traiter de manière précise la pertinence de l'article en question et le régime de son applicabilité en l'espèce pour trancher le litige pendant devant le Tribunal. Ainsi, après avoir examiné la question de la compétence matérielle (I), on examinera brièvement le critère de la preuve applicable (II) en l'affaire qui nous occupe, avant d'en arriver à la réparation (III).

I. LA COMPÉTENCE

Pour une juridiction internationale, la compétence désigne la qualification, [le titre] ou la capacité juridique d'examiner une requête et de statuer sur ses mérites au fond.

[Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'Unesco, C.I.J. Recueil 1956, p. 87].

Il s'agit donc d'un pouvoir de connaître, d'examiner et de trancher un différend sur la base du droit international lequel exige des parties au différend qu'elles acceptent cette compétence.

La compétence matérielle en l'espèce divise singulièrement les parties en ce qui concerne l'objet de l'ordonnance de saisie et les autres instruments juridiques y relatifs.

Ainsi, l'Italie a fait valoir que l'ordonnance visait non pas les activités menées en haute mer telles que l'avitaillement, mais les infractions présumées de fraude fiscales et de contrebande commises sur le territoire italien.

Pour le Panama

– « Le Tribunal a fait remarquer que puisque l'article 87 dispose que la haute mer est ouverte à tous les Etats et que la liberté de la haute mer comprend la liberté de navigation, il est possible de considérer que l'ordonnance de saisie prise à l'encontre du « Norstar » à raison d'activités qu'il menait en haute mer constitue une violation des droits du Panama en tant qu'Etat du pavillon au regard dudit article. » (Réplique, par. 61 (se référant à l'arrêt sur les objections préliminaires, par. 122), voir par. 82 ; voir TIDM/PV.18/A25/9, p. 6, l. 1–8)

« L'Italie n'a pas modifié son raisonnement voulant que l'article 87 n'est pas applicable depuis que le Tribunal a rendu son arrêt confirmant la pertinence de cet article en l'espèce. » (Réplique, par. 63, voir aussi par. 184)

Italie

– « Le Panama a mal saisi le sens du paragraphe 122 de la décision du Tribunal du 4 novembre 2016, dans laquelle le TIDM avait déclaré que l'article 87 et l'article 300 de la Convention étaient *pertinents* en la présente affaire. De toute évidence, le fait qu'une disposition soit pertinente aux fins d'établir la compétence du Tribunal ne signifie pas qu'une telle disposition ait été enfreinte. Cette question devra être tranchée au fond, c'est-à-dire lors la phase actuelle de la procédure. » (Duplique, par. 3 ; TIDM/PV.18/A25/5, p. 7, l. 17–p. 8, l. 2 et p. 29, l. 26–p. 30, l. 8).

« Il n'y aurait rien pour empêcher le Tribunal de céans de dire et juger, même maintenant lorsqu'il examine l'affaire au fond, que l'article 87 est tout simplement non pertinent en l'espèce. » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 7, l. 42–p. 8, l. 2)

L'ordonnance de saisie et son exécution visent-elles des activités menées par le « Norstar » en haute mer ou des infractions commises sur le territoire italien et, dans ce dernier cas, l'article 87 de la Convention est-il applicable ?

Panama

– « L'ordonnance de saisie indique en effet clairement que le « Norstar » se livrait à des activités de soutage en dehors du territoire italien, très précisément en haute mer. » (Réplique, par. 15, voir par. 132 ; *concernant des documents relatifs au système judiciaire italien* : voir Réplique, par. 133–183 ; TIDM/PV.18/

A25/9, p. 19, l. 47-p. 20, l. 10, p. 28, l. 9-40) « Les activités pour lesquelles le Norstar a été saisi ont été menées en haute mer. » (Mémoire, par. 85, voir aussi Réplique, par. 5, 37 et 51)

« Les opérations de soutage avaient été considérées comme faisant partie des actes incriminés qui ont abouti à la saisie. » (TIDM/PV.18/A25/9, p. 4, l. 33-34)

« Le soutage de navires, y compris ceux d'autres Etats, par le Norstar relève de la liberté de navigation et des autres utilisations de la mer à des fins internationalement licites liées à cette liberté » (Mémoire, par. 76, voir aussi par. 72 et Réplique, par. 40)

« L'Italie a maintenant choisi de redéfinir les activités de soutage du « Norstar » pour les qualifier de « contrebande » et de « fraude fiscale », alors même que ce navire n'a pas franchi sa ligne territoriale. » (Réplique, par. 54, voir par. 36)

« L'ordonnance de saisie se réfère explicitement à la doctrine de la présence fictive comme base de sa juridiction. » (TIDM/PV.18/A25/9, p. 29, l. 1-2)

« L'utilisation de cette doctrine dans l'ordonnance de saisie, en soi, prouve que le « Norstar » n'a pas été saisi en raison d'activités menées dans les eaux territoriales italiennes ; il n'aurait alors pas eu lieu de faire explicitement référence à la doctrine de la présence fictive si le navire avait été saisi pour des activités menées dans les eaux territoriales, puisqu'il n'y aurait pas d'élément de transbordement ou, comme cela est qualifié, de navire gigogne et de navire de contact. » (TIDM/PV.18/A25/9, p. 29, l. 35-40)

Sur la doctrine de la présence fictive, voir TIDM/PV.18/A25/9, p. 29, l. 1-45.

– « Le fait que l'Italie règlemente la conduite d'autres Etats en haute mer, hors de sa juridiction, est contraire à la Convention [...] ». (Mémoire, par. 67)

« L'ordonnance de saisie se fondait sur les lois et règlements internes de l'Italie. » (Réplique, par. 99, voir aussi par. 98)

« Même si l'Italie considérait que la réintroduction sur son territoire de carburant acheté dans les eaux internationales constituait une infraction pénale, elle n'aurait pas compétence pour saisir le « Norstar » à raison de ces activités. » (Réplique, par. 120, voir aussi par. 191)

– « Aucun des faits attribués au « Norstar » par l'Italie dans son contre-mémoire ou décrits dans l'enquête du procureur de Savone n'a constitué une infraction. » (Réplique, par. 105)

« Les autorités judiciaires italiennes, que ce soit à Savone ou à Gênes, ont conclu que ce n'était pas un délit et relaxé tous les défendeurs impliqués dans les opérations du « Norstar » et prononcé la mainlevée de la saisie du navire. » (Réplique, par. 118, voir aussi par. 42, 43, 45, 182, 183, TIDM/PV.18/A25/2, p. 25, l. 21-34)

Concernant l'article 3 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite : voir Réplique, par. 97, se référant aussi à l'affaire *Vapeur Wimbledon* de la CPIJ

Italie

– « L'ordonnance de saisie n'a pas été prononcée dans le contexte d'une procédure pénale concernant des activités de soutage menées par le « Norstar » en haute mer. Elle est intervenue dans le contexte d'une procédure concernant des infractions présumées qui ont été commises dans le territoire italien. » (Contre-Mémoire, par. 44, voir aussi par. 8, voir aussi par. 15, 44, 103, 117, 133, 137)

« [L]'ordonnance de saisie visait des infractions fiscales et douanières qui auraient été commises dans des zones qui relevaient de la pleine juridiction italienne. » (Contre-Mémoire, par. 126)

« Ni l'enquête préliminaire de la police financière italienne, ni l'ordonnance de saisie du procureur ne visaient les activités de soutage du « Norstar ». Celui-ci a été saisi et immobilisé non en raison de ses activités de soutage, mais parce qu'il constituait le corps du délit dans une série d'infractions consistant essentiellement en des activités de contrebande et de fraude fiscale. » (Contre-Mémoire, par. 117, voir par. 3)

Concernant la question de la présence constructive : voir TIDM/PV.18/A25/10, p. 14, l. 28-31

– « L'Italie n'a pas appliqué ses lois en dehors de son territoire de juridiction concernant le navire M/V Norstar et n'a pas sanctionné des activités exercées en haute mer. » (Contre Mémoire, l'introduction du chapitre 3, Section 11-C, voir par. 120-137)

« Le champ d'application de la législation italienne sur laquelle l'ordonnance de saisie se fonde est strictement territorial » (Contre-Mémoire, par. 105 ; *concernant « le principe de territorialité » dans le code pénal italien*, voir Contre-Mémoire, par. 106–110)

« Les infractions visées par le procureur étaient des infractions commises sur le territoire italien. » (Contre-Mémoire, par. 128, voir aussi par. 127 et par. 37 et 47 ; *concernant des documents relatifs au système judiciaire italien*, voir Contre-Mémoire, par. 129–131)

« Les tribunaux italiens ont relaxé les personnes impliquées au motif qu'aucun délit n'avait été avéré. Il s'agit donc d'une relaxe sur les fonds. » (Contre-Mémoire, par. 58 et 132 et Duplique, par. 21 et 29)

« Si les tribunaux italiens avaient conclu que la juridiction italienne s'était exercée de manière extraterritoriale, ils se seraient ensuite déclarés incompetents, parce que le délit serait sorti de la compétence de la justice italienne. » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 20, l. 19–21)

– « Ce n'est pas parce que les infractions susvisées n'ont pas été commises sur le territoire italien que les prévenus ont été relaxés, mais parce que les autorités judiciaires ont considéré que l'élément matériel des infractions en question n'était pas manifeste dans la conduite des prévenus » (Contre-Mémoire, par. 132, voir aussi, par. 58 et Duplique, par. 21–29)

§ L'article 87, paragraphe 1, de la Convention

Panama

– « La liberté de navigation régie par l'article 87 s'applique bien en l'espèce parce que les activités à raison desquelles le « Norstar » a été saisi ont été menées dans les eaux internationales et non espagnoles. Les parties se démarquent donc clairement l'une de l'autre ici : l'Italie fonde l'applicabilité de l'article 87 sur le lieu où la saisie a été opérée, alors que le Panama insiste sur le fait que sa pertinence doit être fondée sur le lieu de l'infraction présumée. » (Réplique, par. 83, voir par. 103)

« Cette rédaction [de l'article 87] vise les entraves non seulement directes, mais aussi indirectes à la liberté de la haute mer. On a donc de fortes raisons de penser que, même si ces entraves n'avaient pas lieu directement en haute mer

mais prenaient effet depuis un endroit différent, elles retentiraient néanmoins sur la liberté de navigation. » (TIDM/PV.18/A25/9, p. 3, l. 1-4 ; voir aussi TIDM/PV.18/A25/9, p. 3, l. 6-10, voir aussi p. 2, l. 43-45).

« Le fait qu'un navire se trouve dans un port n'affecte pas sa liberté de navigation, y compris celle d'appareiller vers la haute mer. » (Réplique, par. 72, voir aussi Mémoire, par. 74 ; TIDM/PV.18/A25/2, p. 35, l. 39-p. 36, l. 9 ; TIDM/PV.18/A25/9, p. 20, l. 25-27 et p. 24, l. 27-31 et, *au sujet de l'Affaire du navire « Louisa »* : TIDM/PV.18/A25/9, p. 31, l. 6-15)

« La liberté de navigation s'entend du droit de traverser la haute mer tout autant que de celui d'y accéder. Cette liberté ne représenterait pas grand-chose pour la communauté internationale si les navires se trouvant dans un port ne jouissaient pas des mêmes protections que ceux naviguant déjà en haute mer. Pareillement, cette liberté n'aurait aucun sens si les Etats pouvaient arbitrairement saisir les navires se trouvant dans un port sans la moindre justification. » (Réplique, par. 74)

« L'exact opposé serait qu'un Etat côtier ordonne la saisie d'un navire dans un port à raison d'activités menées, en toute licéité dans ce cas, en haute mer, et que cela n'entraîne pas de violation de l'article 87, puisqu'une telle violation ne viserait que les saisies en haute mer. Cela signifierait en fait qu'un Etat côtier pourrait contourner l'article 87 sur la liberté de navigation et être parfaitement libre d'abuser de son droit de saisir des navires en attendant pour ce faire qu'ils se trouvent dans le port. L'Etat côtier pourrait se fonder sur le principe selon lequel l'article 87 ne peut être violé que si l'interférence a lieu en haute mer. C'est l'autre extrême. » (TIDM/PV.18/A25/9, p. 31, l. 35-44)

« Dans le même ordre d'idées, Rayfuse rappelle que « au cours de l'histoire, l'Etat du port a disposé de pouvoirs de police pour faire face aux violations survenues dans ses eaux, mais *aucun droit de répression n'a été appliqué s'agissant d'activités ayant eu lieu en haute mer* ou à l'intérieur des zones maritimes d'autres Etats avant que le navire ne soit entré dans les eaux de l'Etat du port. » » (Réplique, par. 71)

– « Le « Norstar » menait des activités de soutage de méga-yachts en haute mer, hors de la juridiction de tout Etat côtier. Comme il s'agissait d'activités licites et d'une utilisation légitime de la haute mer, le seul Etat pouvant exercer sa juridiction sur ces activités était l'Etat du pavillon du navire, le Panama. » (Mémoire, par. 16)

Concernant la localisation habituelle du navire « Norstar » durant les opérations de sauvetage : voir le témoignage de M. Rossi, TIDM/PV.18/A25/1, p. 15, l. 14–15 et p. 27, l. 8–15 ; Voir aussi le témoignage de M. Morch, TIDM/PV.18/A25/1, p. 30, l. 38–41

Concernant la localisation du navire « Norstar » quand l'ordonnance de saisie a été adoptée, voir TIDM/PV.18/A25/9, p. 24, l. 37–p. 25, l. 10 ; voir aussi le témoignage de M. Morch, TIDM/PV.18/A25/2, p. 58, l. 17–p. 7, l. 47 ; *concernant l'article du journal « diario de Palma » d'août 2015* : voir le témoignage de M. Morch, TIDM/PV.18/A25/2, p. 7, l. 14–p. 12, l. 39)

Concernant la question de la saisie du navire « Norstar » et le lieu de celle-ci : « si l'Italie a violé l'article 87 parce qu'elle a opéré la saisie du « Norstar » à raison d'activités licites conduites en haute mer. » (Réplique, par. 89, voir aussi par. 78, 84, 85, TIDM/PV.18/A25/1, p. 9, l. 11–32, TIDM/PV.18/A25/2, p. 29, l. 48–p. 31, l. 36)

« La saisie du Norstar et l'arrestation de ses membres d'équipage était illégale parce que le navire n'avait violé aucune des lois italiennes qui lui étaient applicables ». (Mémoire, par. 63)

« Le Panama admet que le « Norstar » se trouvait en Espagne lorsqu'il a été saisi. Toutefois, il soutient que la saisie du « Norstar » se fondait de manière illégitime sur sa conduite en haute mer de telle sorte que le lieu où la saisie a été effectuée n'importe pas en fin de compte. Ce qui compte, ce sont les motifs qui ont conduit l'Italie à prendre une mesure aussi coercitive. » (Réplique, par. 57, voir aussi Réplique, par. 75, 104)

– « L'application par l'Italie de ses lois internes aux activités et faits du « Norstar » et de toutes les personnes impliquées dans ses opérations constitue une violation manifeste de l'article 87 de la Convention. » (Réplique, par. 106, voir aussi par. 12, 13, voir aussi Mémoire, par. 20)

« L'Italie a entravé le droit du Panama de naviguer sur les océans en assujettissant le Norstar aux lois qu'elle applique à ses propres navires dans ses eaux territoriales. » (Mémoire, par. 75)

« L'Italie a complètement confisqué le « Norstar », le privant ainsi totalement de sa liberté de naviguer et de mener des activités commerciales légitimes en

haute mer. » (TIDM/PV.18/A25/1, p. 6, l. 9–11 ; *concernant la « confiscation »*, voir aussi TIDM/PV.18/A25/2, p. 23, l. 25–l. 48)

« Pourtant, alors qu'elle savait que le défaut de zone contiguë lui interdisait d'exercer son pouvoir de contrainte pour réprimer un manquement éventuel à ses réglementations douanière ou fiscale en dehors de sa mer territoriale, l'Italie a quand même décidé d'appliquer sa législation interne au « Norstar » et à toutes les personnes impliquées dans ses opérations. » (Réplique, par. 11, voir par. 129, voir Mémoire, par. 79, 83, 87, voir aussi TIDM/PV.18/A25/2, p. 26, l. 44–47)

Concernant la question de l'extraterritorialité : « Le fait que le navire ait été saisi alors qu'il se trouvait dans un port espagnol n'exonère pas l'Italie d'avoir illégalement étendu l'application de sa législation pénale et douanière de sorte à interdire des actes qui se sont produits à l'extérieur de sa juridiction » (Mémoire, par. 66)

« En saisissant le « Norstar », l'Italie a fait une application extraterritoriale de ses lois et contrevenu ainsi aux principes du droit international en matière de compétence. » (Mémoire, par. 65 ; voir aussi TIDM/PV.18/A25/1, p. 7, l. 7–13 ; voir aussi TIDM/PV.18/A25/9, p. 3, l. 35–39 ; TIDM/PV.18/A25/2, p. 37, l. 17–21)

– « Bien que ses propres autorités aient conclu que la saisie du « Norstar » était illicite, l'Italie ne l'accepte toujours pas. » (Réplique, par. 63, voir par. 103)

« Le caractère illicite de cette saisie est la conséquence naturelle de l'annulation de l'ordonnance de saisie par les autorités judiciaires italiennes elles-mêmes. » (TIDM/PV.18/A25/1, p. 8, l. 17–19)

« Le tribunal de Savone a jugé que la saisie du « Norstar » était illicite, précisément en raison du lieu où se trouvait le navire lors du soudage. Pour ces motifs, l'ordonnance de saisie du procureur a été révoquée et il a été ordonné que le navire soit restitué à son propriétaire. » (TIDM/PV.18/A25/9, p. 17, l. 5–8)

« Un Etat côtier peut décider de saisir un navire étranger, mais si cette saisie se révèle être illicite, la partie saisissante doit assumer les conséquences de sa décision. Les procédures légales utilisées par l'Italie pour saisir le « Norstar » avaient beau trouver leur origine dans les lois et la pratique des tribunaux italiens, elles n'en devaient pas moins se conformer au droit international. » (Réplique, par. 101)

– « La position du Panama est que, avant de saisir un navire, l'Etat saisissant doit établir l'existence d'un motif raisonnable et suffisant d'estimer qu'une infraction a véritablement été commise et qu'il est probable que le défendeur l'a commis » (TIDM/PV.18/A25/3, p. 9, l. 38–40 ; voir aussi p. 8, l. 36–50, p. 9 ; l. 29–36, p. 9, l. 42–p. 10, l. 21 et TIDM/PV.18/A25/2, p. 33, l. 45–51)

« L'Italie a peut-être soupçonné qu'une infraction avait été commise. [...] Après l'enquête, il aurait dû être évident qu'il n'y avait aucune raison de procéder à la saisie, et encore moins de maintenir l'ordonnance de saisie en vigueur. Combien de temps le « Norstar » devait-il être immobilisé en tant que *corpus delicti* ? » (TIDM/PV.18/A25/2, p. 36, l. 21–26 ; *concernant la présence de preuves à bord du navire « Norstar »* : voir le témoignage de M. Rossi, TIDM/PV.18/A25/1, p. 20, l. 7–8 et p. 20, l. 23–24)

« [E]n droit international, le principe du caractère raisonnable englobe les principes de nécessité et de proportionnalité » (TIDM/PV.18/A25/9, p. 32, l. 48–49), *sur le caractère raisonnable du décret de saisie* : TIDM/PV.18/A25/9, p. 33, l. 11–16, TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1 p. 23, l. 14–33)

Italie

– « L'ordonnance de saisie et la demande d'exequatur ne constituent pas une violation de l'article 87, étant donné que la conduite généralement de nature à violer l'article 87 est celle qui entraîne une interférence physique et matérielle avec la navigation d'un navire (c'est-à-dire, en l'occurrence, l'exécution de l'ordonnance). » (Duplique, par. 44)

Concernant la liberté de navigation : « La liberté de navigation doit avant tout être interprétée comme la garantie de ne pas subir de mesures de coercition. » (Contre-Mémoire, par. 87, voir Duplique, par. 53, voir aussi TIDM/PV.18/A25/5, p. 33, l. 3–4)

« Le contenu essentiel de la liberté de navigation consiste en l'interdiction pour les Etats autres que l'Etat du pavillon d'interférer avec la navigation d'un navire en haute mer » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 32, l. 1–3, voire aussi Contre-Mémoire, par. 78) « même si le degré d'interférence peut varier, à tout le moins une certaine forme d'entrave à la liberté de navigation doit se produire afin qu'on puisse envisager une violation de l'article 87 » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 32, l. 19–21 ; voir aussi p. 32, l. 24–p. 33, l. 42)

« L'Italie ne nie pas que, dans des circonstances exceptionnelles, un acte qui ne constitue pas une mesure coercitive puisse quand même être pris en compte du point de vue de l'article 87, par exemple lorsqu'il produit un « effet paralysant » » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 34, l. 15-18). « L'ordonnance de saisie et la demande d'exequatur en tant que telles ont-elles eu un effet paralysant en ce qui concerne la capacité du navire à naviguer ? Là encore, non, pas du tout, car elles n'étaient pas connues. » (TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 10, l. 25-28)

« Jusqu'à ce qu'elle soit exécutée contre le « Norstar » dans les eaux espagnoles, l'ordonnance n'était qu'un acte interne des autorités pénales et judiciaires italiennes, qui ne produisait aucun effet sur la liberté de navigation du « Norstar ». ». (Duplique, par. 50 € ; voir aussi, TIDM/PV.18/A25/5, p. 34, l. 2-5, *concernant la question de l'« effet paralysant »* : voir TIDM/PV.18/A25/5, p. 34, l. 15-p. 35, l. 12 ; TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 9, l. 22-p. 10, l. 30)

– « Ce passage [*Navire « Louisa » (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Royaume d'Espagne)*, arrêt, *TIDM Recueil 2013*, p. 4, par. 109] révèle deux choses : a) contrairement à ce que soutient le Panama, l'article 87 ne s'applique pas partout, mais s'applique uniquement à la haute mer et, en vertu de l'article 58 de la Convention, à la zone économique exclusive ; b) contrairement également à ce que soutient le Panama, l'article 87 ne peut s'interpréter d'une manière qui accorderait à un navire le droit d'appareiller et de gagner la haute mer alors qu'il a été immobilisé dans le cadre de poursuites judiciaires. Cette déclaration s'applique très exactement à l'affaire du navire « Norstar ». » (Duplique, par. 55, voir aussi TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 1, l. 17-p. 2, l. 4)

« Le navire « Norstar » n'a pas été empêché de gagner la haute mer de manière arbitraire, mais dans le cadre d'une procédure judiciaire requérant sa saisie et son immobilisation. En conséquence, aucune violation de l'article 87 n'a été commise du fait de l'incapacité du « Norstar » à gagner la haute mer. » (Duplique, par. 63)

– *Concernant la question de la saisie du navire « Norstar » et de son lieu d'exécution* : « la question est donc de savoir si, lorsque les autorités espagnoles ont mis à exécution l'ordonnance de saisie, le « Norstar » se trouvait dans une zone où il jouissait de la liberté de navigation au sens de l'article 87, paragraphe 1, lu en conjonction avec l'article 58, paragraphe 1. » (Contre-Mémoire, par. 88)

« La liberté de navigation n'est pas un droit dont les Etats jouissent dans toutes les zones maritimes, mais uniquement en haute mer » (Contre-Mémoire, par. 89, se référant à l'article 86 de la Convention). « [...] Comme le confirme l'article 8, paragraphe 1, de la Convention, le régime des eaux intérieures est caractérisé par la souveraineté illimitée de l'Etat côtier, ce qui exclut tout droit de navigation pour les navires étrangers, à l'exception des cas de détresse ou d'accord particulier. » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 37, l. 11-15)

« Lorsque l'ordonnance de saisie a été [...] mise à exécution, le navire se trouvait dans les eaux intérieures espagnoles et ne jouissait donc pas de la liberté de navigation prévue à l'article 87, paragraphe 1. En conséquence, aucune violation de l'article 87, paragraphe 1, ne peut s'être produite à l'égard du Panama. » (Contre-Mémoire, par. 75, voir par. 91, voir aussi par. 102, Duplique, par. 44, voir aussi TIDM/PV.18/A25/9, p. 30, l. 7-12)

Sur l'interprétation de l'article 87 proposée par le Panama : « [C]'est une tentative flagrante de récrire l'article 87 de la Convention, comme s'il était applicable n'importe où et partout où un navire peut se trouver – même dans les eaux intérieures – à la seule condition que le navire traverse parfois la haute mer. L'idée est manifestement fausse, et le Panama n'a pas réussi à préciser de quelque manière comment cet élargissement extraordinaire de l'article 87 pourrait être raisonnablement limité. Il n'a pas non plus prêté attention aux conséquences dramatiques que sa nouvelle interprétation de la loi aurait pour la souveraineté d'un Etat, y compris ses pouvoirs de police pour enquêter sur des délits dans ses eaux intérieures ou territoriales et les faire juger. » (TIDM/PV.18/A25/10, p. 4, l. 21-29)

– « L'exercice extraterritorial de la juridiction qui ne cause pas d'interférence matérielle avec la circulation d'un navire en haute mer ne constitue pas d'ordinaire un comportement susceptible de violer l'article 87. Etant donné que le « Norstar » se trouvait dans les eaux intérieures espagnoles lorsque l'ordonnance de saisie a été prise et exécutée, l'article 87 de la Convention ne saurait s'appliquer au comportement de l'Italie et n'aurait certainement pas été violé par celui-ci. » (Contre-Mémoire, par. 7, voir aussi par. 75, 92 et 93 ; Duplique, par. 29 ; TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 3, l. 13-16, voir aussi PV10, p. 5, l. 24-29)

« L'article 87 ne traite pas de la territorialité ou de l'extraterritorialité, et il ne s'agit pas d'éléments à prendre en compte pour établir l'existence ou non d'une

violation. Cet article traite tout simplement des obstacles à la navigation » (TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 3, l. 41-45)

« il existe des dispositions de la Convention qui protègent les navires et leurs activités en haute mer des intrusions extraterritoriales de la juridiction de l'État côtier, même lorsque ces intrusions ne conduisent pas à une entrave à la liberté de navigation. » (TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 10, l. 47 à p. 11, l. 2)

« Quels sont les actes qu'interdirait l'article 87, par exemple, et qui ne seraient pas déjà interdits par les articles 92 et 89, si l'article 87 était une disposition ne protégeant que de l'exercice extraterritorial de la juridiction ? » (TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 11, l. 17-19)

– « Cette ordonnance n'a jamais été jugée illicite par la justice italienne. » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 19, l. 41-42, voir aussi Duplique par 8)

« La décision du tribunal de Savone [...] était complètement distincte d'une évaluation de la licéité de l'ordonnance de saisie. En effet, le tribunal de Savone n'a rien dit du caractère licite ou non de l'ordonnance de saisie. [...] Le fait qu'un accusé soit en définitive acquitté ne signifie pas qu'était illicite l'enquête lancée sur cette personne et ayant abouti à la relaxe. » (TIDM/PV.18/A25/10, p. 6, l. 17-24)

« La licéité de la saisie d'un navire au regard de l'article 87 doit être appréciée à l'aune des exigences de cet article, c'est-à-dire qu'il convient de vérifier si la saisie a entravé la liberté de navigation du navire. Pour apprécier cette licéité, il ne faut pas se demander s'il a été conclu ultérieurement que les délits présumés ont bien été commis ou non » (Duplique, par. 29 ; voir aussi TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 6, l. 30-p. 7, l. 10)

« Si les tribunaux italiens avaient déclaré l'ordonnance illégitime au regard du droit italien, ce qu'ils n'ont pas fait, cela n'aurait pas signifié qu'il y ait eu violation du droit international. » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 8, l. 44-p. 9, l. 2, avec référence à l'affaire *ELSI* et à l'affaire *des intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*)

« Un Etat ne peut être tenu internationalement responsable lorsqu'il mène des investigations qui en définitive aboutissent à la relaxe des accusés. Cela représenterait une ingérence intolérable dans le droit souverain qu'à chaque Etat de mener des investigations et de poursuivre les délits. » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 9,

l. 6-10). « [L]a responsabilité internationale d'un Etat ne saurait être engagée chaque fois que cet Etat n'accorde pas d'indemnisation à une personne qui a été relaxée d'un délit, surtout si une telle indemnisation n'a pas été demandée. » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 9, l. 14-17)

– « L'ordonnance de saisie ... a été adoptée à l'issue d'investigations tout à fait régulières et sur le fondement d'un *fumus* suffisant pour justifier une enquête plus approfondie sur l'activité délictueuse qui aurait été menée principalement par un ressortissant italien et concernait des délits 25 qui auraient été commis exclusivement sur le territoire italien. » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 15, l. 22-26 ; TIDM/PV.18/A25/5, p. 14, l. 44-p. 15, l. 26 et p. 27, l. 25-27 ; *concernant la nature et l'objectif du décret en droit italien* : voir le témoignage de M. Esposito, TIDM/PV.18/A25/7, p. 25, l. 6-14 ; *concernant la question du « fumus »*, voir le témoignage de M. Esposito, TIDM/PV.18/A25/7, p. 28, l. 30-48 ; TIDM/PV.18/A25/10, p. 15, l. 38-p. 16, l. 13)

« Le fait que cette enquête n'ait pas abouti à des poursuites pénales à l'encontre des personnes concernées, ni à leur condamnation, ne saurait bien sûr signifier que la saisie du *corpus delicti* devait pour autant devenir illicite. » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 19, l. 1-3 ; *concernant la question du « corpus delicti » sur la base de l'article 253, paragraphe 1, du code de procédure pénale, voir TIDM/PV.18/A25/5, p. 18, l. 36-43*)

« Je voudrais souligner, à ce stade, que les affirmations de Monsieur Carreyó, lundi, selon lesquelles la saisie était une confiscation *sine die* sont tout à fait erronées. Cette saisie, du fait de sa nature en tant que moyen d'enquête, comme nous venons de l'indiquer, au regard de l'article 253 du Code de procédure pénale italien, n'était qu'une mesure temporaire. C'est également la raison pour laquelle, bien entendu, la saisie a fait l'objet d'une mainlevée conditionnelle en février 1999, puis d'une mainlevée inconditionnelle en mars 2003. Clairement, cela n'a rien à voir avec une saisie confiscatoire, et n'a rien de *sine die*, et c'est uniquement parce que le propriétaire n'a pas récupéré le navire que la durée de l'immobilisation s'est prolongée. » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 19, l. 7-16).

Concernant la question de la proportionnalité du décret : TIDM/PV.18/A25/7, p. 4, l. 43-p. 5, l. 4

Concernant la question du caractère non arbitraire du décret : TIDM/PV.18/A25/7, p. 5, l. 6-14

§ L'article 87, paragraphe 2, de la Convention

Panama

– « A l'article 87, paragraphe 2, les droits des Etats dans l'exercice de la liberté de la haute mer sont atténués par l'exigence de tenir « dûment compte » de l'intérêt que présente l'exercice de la liberté de la haute mer pour les autres Etats et de s'abstenir de toute activité qui entraverait l'exercice par d'autres Etats de leur liberté de faire de même. » (Mémoire, par. 96 ; voir aussi TIDM/PV.18/A25/2, p. 41, l. 22–p. 42, l. 11 ; TIDM/PV.18/A25/9, p. 9, l. 28–33).

« Cette disposition n'opère pas de distinction entre les Etats du pavillon et les Etats côtiers ; les libertés doivent être exercées et respectées par tous les Etats eu égard aux intérêts des autres Etats. » (Réplique, par. 336, voir aussi Réplique, par. 110)

– « Par son comportement illicite, l'Italie a interféré de façon abusive avec les intérêts du Panama en tant qu'Etat du pavillon ayant compétence exclusive sur le Norstar en haute mer. » (Mémoire, par. 98)

Italie

– « L'obligation de tenir dûment compte des droits des autres Etats inscrite à l'article 87, paragraphe 2, lie les Etats qui exercent leur liberté de navigation sur le fondement de l'article 87, paragraphe 1. C'est [...] le Panama qui invoque l'article 87, paragraphe 1, en la présente espèce et c'est donc uniquement à lui, et non à l'Italie, que s'impose l'obligation prévue au paragraphe 2 de l'article 87. » (Contre-Mémoire, par. 202, voir aussi TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 7, l. 19–p. 8, l. 3)

« Dans le cadre du présent différend, c'est le Panama qui, en sa qualité de requérant, invoque l'article 87 et la liberté de navigation qu'il protège ; en conséquence, c'est au Panama que s'adresse l'obligation énoncée à l'article 87, paragraphe 2, et non à l'Italie. » (Contre-Mémoire, par. 140)

– « En conséquence, l'Italie n'a pas non plus violé le paragraphe 2 de l'article 87 de la Convention. » (Contre-Mémoire, par. 141)

L'Italie a-t-elle enfreint l'article 300 de la Convention en prolongeant l'immobilisation du « Norstar » et en exerçant sa compétence à l'égard des activités menées par le navire ?¹

§ Les rapports entre l'article 300 et l'article 87 de la Convention

Panama

– « Tous les arguments faits valoir par le Panama concernant la mauvaise foi de l'Italie et l'abus de droit qu'elle a commis trouvent leur source dans les obstacles mis à la libre navigation protégée par l'article 87. » (Réplique, par. 203, voir par. 239 et 240)

« Le Panama est parfaitement avisé du rapport entre ces deux dispositions et rappelle que le Tribunal a cité l'*Affaire du navire « Louisa »* dans son arrêt du 4 novembre 2016. » (Réplique, par. 202, voir aussi TIDM/PV.18/A25/3, p. 2, l. 48–p. 3, l. 3 et p. 3, l. 48–p. 4, l. 20)

– « La liberté de navigation établie en vertu de l'article 87 garantit un droit à la liberté de navigation en haute mer à tous les Etats tout en leur faisant obligation de respecter la liberté d'autrui de naviguer sans ingérence indue. C'est dans ce contexte que l'article 300 trouve à s'appliquer en la présente instance. » (Mémoire, par. 102 ; voir aussi TIDM/PV.18/A25/3, p. 3, l. 8–15)

Concernant la bonne foi : « Que l'ensemble de la conduite de l'Italie, que ce soit avant ou durant le temps de la saisie, était contraire à l'article 87, et que la conduite depuis la saisie, y compris les exemples cités par l'Italie dans son contre-mémoire, était caractérisée par une absence de bonne foi, partant contraire à l'article 300 de la Convention. » (Réplique, par. 217)

Concernant la définition de la bonne foi : « Un Etat n'agit pas de bonne foi lorsqu'il est considéré avoir violé une disposition de la Convention ou qu'il agit en contradiction avec celle-ci. » (Mémoire, par. 108) « Dans les négociations et échanges internationaux, la bonne foi se présume. Cela étant, le Panama

1 *Panama* : « En prolongeant sciemment et délibérément l'immobilisation du « Norstar » et en imposant indéfiniment sa juridiction pénale et sa législation douanière aux activités de soutage que celui-ci menait en haute mer, l'Italie a agi en contravention avec le droit international et manqué à son obligation d'agir de bonne foi et d'une manière qui ne constitue pas un abus de droit énoncée à l'article 300 de la Convention » (Conclusions finales du Panama ; voir aussi Réplique, Conclusions, par. 593, voir Mémoire, Conclusions, par. 260).

soutient que cette présomption a été dénaturée par la conduite illicite que l'Italie a adoptée dans plusieurs circonstances » (Réplique, par. 220)

Concernant l'abus de droit : « L'article 300 de la Convention protège expressément les Etats de tout abus de droit et le Panama l'invoque en ce qui concerne la manière d'exercer la compétence reconnue par la Convention. Cette disposition autorise également le Tribunal à rendre la justice et à octroyer des réparations en cas d'abus de droit, y compris la saisie de biens comme procédure incidente aux poursuites pénales engagées à l'encontre de personnes possédant un intérêt dans les activités du Norstar ». (Mémoire, par. 125)

Concernant l'interprétation de l'article 87 et "l'effet utile" : voir Réplique, par. 213–215 : « [I] est crucial d'employer le concept de bonne foi pour interpréter l'article 87 et de le lier à l'article 300 de la Convention » (Réplique, par. 215 ; voir aussi TIDM/PV.18/A25/3, p. 1, l. 28–p. 3, l. 3)

Italie

– « Le Panama invoque l'article 300 comme disposition autonome, ce qui est contraire à la jurisprudence constante du Tribunal sur l'interprétation de l'article 300 » (Contre-Mémoire, par. 168, voir aussi par. 165, se référant à la décision sur les objections préliminaires, par. 131)

« Le Panama n'a identifié aucune disposition de la Convention au titre de laquelle l'article 300 aurait été violé ». (Duplique, par. 65(c), voir aussi Contre-Mémoire, par. 168)

– « L'argument du Panama est que l'Italie a violé l'article 300 au regard de l'article 87 précisément parce qu'elle a enfreint l'article 87. [...] S'il est vrai, comme le soutient le Panama, que la violation d'une disposition de la Convention équivaut à ne pas remplir de bonne foi les obligations énoncées dans cette disposition, il en résulterait logiquement que l'article 300 serait enfreint à chaque fois qu'un Etat contrevient à la Convention. Cette conclusion n'est pas tenable [...] » (Contre-Mémoire, par. 146, voir aussi Duplique, par. 69–70)

« Une violation de l'article 300 ne saurait être invoquée de façon autonome [...] Établir un lien entre l'article 87 et l'article 300 exige de prouver d'abord que l'article 87 a été violé puis que cette violation est elle-même intervenue en violation de l'article 300. » (Duplique, par. 75)

Concernant la bonne foi : « Tous les comportements dont le Panama prétend qu'ils sont révélateurs d'une absence de bonne foi de la part de l'Italie ne sont pas, en toute objectivité, contraires à la bonne foi » (Duplique, par. 65(d), voir aussi Contre-Mémoire, par. 169 ; voir aussi TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 21, l. 35–p. 22, l. 10)

Concernant la définition de la « bonne foi » : « Les allégations du Panama d'après lesquelles l'Italie n'aurait pas agi de bonne foi sont infondées et apodictiques, et reposent uniquement sur des présomptions. » (Contre-Mémoire, par. 153). « La facilité avec laquelle il présume la mauvaise foi de l'Italie viole les principes fondamentaux du droit international. » (Duplique, par. 103, voir aussi Contre-Mémoire, par. 154). « Non seulement on ne saurait présumer la mauvaise foi, ..., mais lorsqu'on porte une accusation aussi grave contre l'Italie, contre un Etat, on doit la prouver par des moyens répondant à des critères très rigoureux. Or, les moyens du Panama sont bien loin de satisfaire à de tels critères. » (Mémoire, par. 108 ; Réplique, par. 220)

Concernant l'abus de droit : « Toujours en ce qui concerne la partie de l'article 300 relative à l'abus de droit, il est en principe nécessaire d'établir un lien avec des dispositions spécifiques de la Convention » (Contre-Mémoire, par. 197, se référant à *l'Arbitrage relatif à l'aire marine protégée de Chagos*, par. 303). « Panama n'a [...] pas démontré l'existence d'un lien avec l'une quelconque des dispositions de la Convention qu'il soupçonne l'Italie d'avoir violée en exerçant ses droits ou sa juridiction en vertu de la Convention. » (Contre-Mémoire, par. 196)

Concernant la question de l'effet utile, voir Duplique, par. 73 à 80. TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 20, l. 28–p. 21, l. 33 et p. 22, l. 12–27.

L'Italie a-t-elle contrevenu à son obligation de bonne foi au regard de l'article 300 de la Convention au vu des circonstances de la saisie du « Norstar » et de sa conduite subséquente ?

Les circonstances de la saisie du « Norstar »

Panama²

– « L'Italie n'a pas agi de bonne foi. Elle a tout d'abord manqué à cette obligation en violant son obligation de respecter la liberté de navigation prévue à

2 Pour l'énumération des actes de l'Italie qui, selon le Panama, « ont enfreint le principe de bonne foi », voir TIDM/PB.18/A25/3, p. 3, l. 21–46.

l'article 87 en saisissant et immobilisant le Norstar et en arrêtant son équipage alors qu'elle n'avait pas compétence pour ce faire. » (Mémoire, par. 114, voir aussi Réplique, par. 216)

« Plus important encore, comme l'a déclaré le capitaine Husefest du « Norstar », il y avait des actions qui témoignaient clairement d'un manque de bonne foi, comme le fait que des avions de combat italiens menaçaient le « Norstar » dans les eaux internationales. » (TIDM/PV.18/A25/3, p. 7, l. 3-7)

« Etant donné que l'Italie a admis que la saisie du « Norstar » en haute mer aurait constitué une violation de sa liberté de navigation, le Panama voudrait poser la question suivante : est-ce faire preuve de bonne foi de la part d'un Etat côtier que d'éviter de saisir un navire qui se trouve dans ses eaux territoriales ou dans les eaux internationales pour des actes commis dans ces eaux, plutôt que d'attendre qu'il soit entré dans le port d'un autre Etat pour ce faire ? A l'évidence, la réponse est non, car ce comportement est de nature fallacieuse. » (TIDM/PV.18/A25/3, p. 7, l. 8-14, voir aussi Réplique, par. 225)

– « L'Italie savait que le Norstar procédait à de telles opérations de soutage « de 1994 à 1998 » et n'a rien fait durant ces quatre années pour réprimer pénalement cette activité. Par conséquent, on peut difficilement considérer qu'elle a agi de bonne foi lorsqu'elle a décidé de soudainement traiter les actions de Norstar comme une infraction. » (Mémoire, par. 118, voir aussi Réplique, par. 250 à 253, et 354, TIDM/PV.18/A25/3, p. 5, l. 31-p. 6, l. 29)

« L'Italie a indiqué que la raison pour laquelle elle avait ordonné et demandé la saisie du Norstar était qu'il « se livrait à des activités de soutage au large des côtes françaises, italiennes et espagnoles ». Cette attitude de l'Italie n'est pas un signe de bonne foi, mais constitue plutôt une tentative délibérée d'éluder la réalité des faits pertinents de la présente affaire [...] » (Mémoire, par. 117, voir aussi par. 120 ; voir Réplique, par. 224, 293-300)

– « Lorsque l'Italie a décidé de saisir le « Norstar » sans avoir mené à bien une enquête approfondie pour savoir si cette saisie était justifiée, la réponse prématurée de sa part dénotait une absence de la bonne foi nécessitée pour protéger les droits des navires d'autres Etats du pavillon de naviguer librement dans les eaux internationales. » (Réplique, par. 247)

« La saisie du « Norstar » a de toute évidence été décidée dans la précipitation et mise à exécution sans l'approbation finale et définitive des autorités judiciaires italiennes. » (Réplique, par. 255, voir aussi par. 226, 254, 260–273, 362, voir Mémoire, par. 120)

Italie

– « Les circonstances alléguées par le Panama sont loin de prouver que l'Italie a agi de mauvaise foi. Au contraire, elles corroborent l'argument de l'Italie selon lequel son comportement était conforme à la Convention » (Contre-Mémoire, par. 150)

« Pour compenser son incapacité à démontrer quelque entrave que ce soit, le Panama est allé jusqu'à modifier son récit, disant, pour la première fois dans cette ..., que le « Norstar » avait été harcelé. Sur ce point, la déposition de Monsieur Husefest est vague et peu fiable quant à l'heure et aux circonstances. Je me permets de rappeler que la question n'est pas de savoir si le « Norstar » a connu des entraves en haute mer à quelque moment de son existence, mais si l'ordonnance de saisie et la demande d'exécution ont déterminé une entrave quelconque. » (TIDM/PV.18/A25/10, p. 5, l. 31–38)

– « Le « Norstar » [...] a été saisi et immobilisé parce qu'il était soupçonné de faire partie d'un plan criminel global visant à la commission des infractions de fraude fiscale et de contrebande sur le territoire italien. Le fait que le « Norstar » n'ait été saisi qu'en 1998 s'explique donc tout simplement par le fait que ce n'est qu'à ce moment-là que l'enquête de la police fiscale italienne a mis au jour que le navire aurait participé aux infractions indiquées » (Contre-Mémoire, par. 151, voir aussi Réplique, par. 82, TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 24, l. 4–p. 25, l. 12)

– « La deuxième assertion du Panama ne prouve pas non plus la mauvaise foi[...] Si le « Norstar » a été saisi dans les eaux intérieures de l'Espagne, c'est précisément pour éviter d'enfreindre la disposition de la Convention sur la liberté de navigation en haute mer. » (Contre-Mémoire, par. 152, voir Réplique, par. 83 à 85, voir aussi TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 25, l. 39–p. 26, l. 28)

– « L'adoption de l'ordonnance n'était ni prématurée ni injustifiée » (Duplique, par. 88) « [L]'ordonnance avait pour but de s'assurer de la preuve nécessaire afin de déterminer si certains individus avaient commis un délit, y compris en se servant du navire « Norstar ». » (Duplique, par. 89, voir aussi TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 24, l. 23–p. 25, l. 12).

« Il est exact que l'ordonnance a été adoptée sans l'approbation des autorités judiciaires, mais uniquement parce que cette approbation n'est ni même envisagée ni encore moins exigée par le Code de procédure pénale ». (Duplique, par. 95, voir par. 92 et 96)

La conduite de l'Italie subséquente à la saisie du « Norstar »

(i) *La conduite face aux communications envoyées par le Panama*

Panama

– « L'une des manifestations les plus caractéristiques de l'absence de bonne foi de la part de l'Italie est qu'elle n'a pas répondu aux communications du Panama destinées à engager un échange de vues. » (Réplique, par. 276, voir par. 277 à 292, voir aussi Mémoire, par. 114, voir aussi TIDM/PV.18/A25/3, p. 10, l. 31–p. 11, l. 22 ; TIDM/PV.18/A25/9, p. 13, l. 40–p. 14, l. 32)

« L'absence de réponse à une demande de négociation constitue en soi la violation d'une obligation internationale et reflète un manque de bonne foi. » (Mémoire, par. 121, voir par. 123).

Italie

– « L'Italie a dit qu'elle n'avait pas répondu aux communications de l'Italie car elle *croyait* – et l'Italie admet que cette croyance était légalement erronée depuis le 31 août 2004 – que les demandes du Panama provenaient de personnes non autorisées à représenter le Panama. » (Duplique, par. 99, voir par. 100, 101, 105, 108, voir aussi Contre-Mémoire, par. 177 ; TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 16, l. 37–p. 19, l. 35)

« Le Panama présume, sans apporter d'élément propre à étayer sa position, que c'est par mauvaise foi que l'Italie a gardé le silence. En substance, le Panama présume la mauvaise foi de l'Italie. Non seulement l'explication fournie par l'Italie pour expliquer son silence prouve que cela est faux, mais l'assertion du Panama est également contraire au principe qui veut que la bonne foi se présume. » (Contre-Mémoire, par. 181).

(ii) *La conduite relative aux procédures devant les juridictions italiennes***Panama**

– « L'Italie n'a pas agi de bonne foi [...] car [...] elle] s'est abstenue de lever l'immobilisation du navire alors même que ses propres tribunaux avaient déclaré qu'aucune infraction n'avait été commise. » (Mémoire, par. 114, voir aussi par. 119 et la Réplique, par. 302 et 311)

– « Le « Norstar » a été immobilisé pendant une durée excessivement longue. La position du Panama est que l'immobilisation était longue et que le navire était dans les faits gardé au secret sous le contrôle et l'autorité de l'Italie pendant toutes ces années. Tout cela est manifestement contraire à la bonne foi. » (Réplique, par. 228, voir aussi par. 229)

« L'Italie a complètement négligé son obligation d'assurer l'entretien du navire afin qu'il ne se détériore pas, [...]. Le Panama s'estime donc dans son bon droit lorsqu'il dit que les actions de l'Italie, [...], ont été accomplies de mauvaise foi. » (Réplique, par. 331, voir par. 303 à 312, voir aussi TIDM/PV.18/A25/3, p. 13, l. 34-p. 14, l. 14)

– « L'Italie a agi de mauvaise foi non seulement en attrayant en justice les personnes impliquées dans les opérations du Norstar, mais aussi en laissant la procédure pénale durer 5 ans, de 1998 à 2003. Bien que les juridictions italiennes aient rejeté les réquisitions du Procureur, aucun accusé n'a reçu d'offre d'indemnisation. » (Mémoire, par. 115)

Italie

– « La restitution du navire a rapidement été proposée contre le versement d'une caution ; à la fin de l'instance, l'immobilisation a été levée de façon inconditionnelle, mais le propriétaire n'a jamais repris possession du navire. Même si les allégations du Panama étaient correctes en fait, le Panama n'explique pas, et prouve encore moins, en quoi elles indiquent un manque de bonne foi. » (Contre-Mémoire, par. 183, voir aussi par. 182)

– « L'Italie n'a [...] pas immobilisé le « Norstar » pendant une durée déraisonnable ; [...] le « Norstar » a été libéré et [...] son propriétaire aurait pu en reprendre possession, ce qu'il n'a pas fait, au plus tard le 11 mars 1999, soit moins

de 6 mois après l'exécution de l'ordonnance de saisie du 25 septembre 1998. » (Duplique, par. 115, voir par. 13-40, 116, voir aussi Contre-Mémoire, par. 53-55 ; TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 25, l. 39-p. 27, l. 36)

– « Le système judiciaire italien prévoit des mécanismes d'indemnisation pour ceux qui estiment avoir subi un préjudice du fait d'une procédure judiciaire ; cela étant, aucun des prévenus n'en a tiré parti. Par ailleurs, le Panama n'explique pas en quoi engager des poursuites contre des personnes accusées d'une infraction, ou la durée d'une instance pénale, est le signe d'un manque de bonne foi. » (Contre-Mémoire, par. 184 ; voir aussi le témoignage de M. Esposito, TIDM/PV.18/A25/7, p. 28, l. 1-25).

(iii) *La conduite relative à la procédure devant le Tribunal*

Panama

– « L'Italie n'a pas agi de bonne foi car elle a retardé ces procédures [...] » (Mémoire, par. 114)

« Le Panama a tenté à sept reprises de communiquer avec l'Italie à propos de cette affaire, mais aucune d'elles n'a été couronnée de succès. » (Réplique, par. 282)

« En refusant d'admettre qu'elle entravait les échanges au sujet du « Norstar », l'Italie a placé le Panama dans une position très défavorable. Si le Panama l'avait su, il aurait pu prendre d'autres mesures pour éviter de gaspiller son temps et son argent dans l'espoir que des négociations puissent encore se tenir. » (Réplique, par. 284)

– « Le contre-mémoire ajoute une ... dimension à la mauvaise foi de l'Italie. Celle-ci tente désormais de dénaturer les faits de l'affaire en prétendant qu'elle enquêtait sur des agissements du « Norstar » en territoire italien, » (Réplique, par. 230, voir par. 231-233 et par. 338-348).

Italie

– « Dire de l'Italie qu'elle a retardé ces instances est parfaitement faux. [...] Il est regrettable que le Panama lance de telles accusations gratuites sans même citer un seul cas à l'appui de son argument. » (Contre-Mémoire, par. 170)

« Tout retard dans l'*introduction* des instances est imputable au Panama et à lui seul. Il convient de rappeler que le Panama a évoqué l'introduction d'une instance internationale pour la première fois en 2001 ; il a réitéré sa position en 2002, puis a sombré dans le silence le plus complet pendant 5 ans et 7 mois avant d'engager une action. » (Contre-Mémoire, par. 171)

« L'Italie a expliqué durant la procédure incidente devant le Tribunal qu'elle ne considérait pas M. Carreyó comme étant le représentant légitime du Panama » (Contre-Mémoire, par. 177)

« On ne saurait invoquer l'absence partielle de réponse de l'Italie aux communications du Panama pour mettre sur le compte de l'Italie le retard pris dans l'introduction de la présente affaire. Un requérant est libre d'engager à tout moment une action contre un défendeur lorsque les négociations ont peu de chance d'aboutir » (Contre-Mémoire, par. 172)

– « L'Italie ne comprend absolument pas comment le Panama peut considérer que les déclarations qu'elle a faites dans son contre-mémoire contreviendraient à son obligation de bonne foi et, partant, violeraient l'article 300, alors que ces déclarations ne constituent que la simple narration de faits et le rappel de principes de droit dans le contexte d'une pièce de procédure. L'Italie espère pouvoir aborder cette question au cours de la procédure orale, si le Panama veut bien clarifier sa position. » (Duplique, par. 111)

L'Italie a-t-elle exercé sa compétence d'une manière qui constitue un abus de droit contraire à l'article 300 de la Convention ?

Panama

– « Le Panama soutient que l'Italie a violé cette disposition parce qu'elle n'a pas respecté son obligation internationale de tenir dûment compte des intérêts des autres Etats dans leur jouissance de la liberté de la haute mer, tel que le Panama, en ordonnant et demandant de manière illicite la saisie du Norstar et en lui appliquant abusivement sa législation douanière. » (Mémoire, par. 126)

« L'Italie a violé l'article 300 de la Convention en exerçant son autorité et sa juridiction en contravention avec la Convention et d'une manière qui a porté préjudice au Panama et aux personnes impliquées dans les activités du

Norstar, constituant ainsi un abus de son autorité et de ses droits juridictionnels. » (Mémoire, par. 128)

« L'Italie a violé le principe de la légalité parce qu'elle savait qu'il n'existait pas en droit international de la mer de règle en vigueur permettant l'application de sa législation douanière pour saisir un navire à raison d'actes commis en haute mer. » (Mémoire, par. 125)

– « [L]'Italie, en tant qu'Etat côtier, a abusé de son droit inscrit à l'article 21 de la Convention de légalement prévenir la violation de ses réglementations douanière et fiscale par des navires étrangers entrant dans sa mer territoriale. » (Réplique, par. 356, voir aussi par. 358 et 359, 362 et 363)

Italie

– « Même si, contrairement aux arguments de l'Italie, le Tribunal devait décider que la composante de l'article 300 relative à l'abus de droit est applicable en la présente affaire, cette composante n'aurait malgré tout pas été violée au regard de l'article 87. » (Contre-Mémoire, par. 199, voir aussi TIDM/PV.18/A25/6/Corr.1, p. 13, l. 28–p. 14, l. 38)

« La condition nécessaire pour déterminer si un Etat a commis un abus de droit au regard du droit international est d'établir que cet Etat avait bien un droit à exercer » (Contre-Mémoire, par. 200)

« L'article 87, [...] ne confère pas un tel droit ou une telle juridiction à l'Italie en la présente affaire, et impose uniquement des obligations à l'Italie à l'égard du Panama. » (Contre-Mémoire, par. 201)

« L'article 300 pourrait être lié à la liberté de navigation consacrée par l'article 87 dans le seul cas où un Etat, dans l'exercice de sa liberté de navigation en vertu de l'article 87, abuserait des droits d'autres Etats. » (Duplique, par. 124, voir par. 125)

– « Le Panama tente d'élargir l'étendue du différend [...] L'Italie n'entend pas débattre du fond de cet argument mais souhaite faire observer que l'article 21 de la Convention ne fait pas l'objet du présent différend, tel qu'il a été défini par le Tribunal, et, partant, ne relève pas de la compétence du Tribunal en la présente affaire » (Duplique, par. 121).

Si le Tribunal est compétent pour connaître de ces dispositions, l'ordonnance de saisie du « Norstar » contrevient-elle aux articles 92 et 97, paragraphes 1 et 3, de la Convention ?

Panama

– « En ordonnant la saisie du Norstar dans l'exercice de sa compétence pénale et fiscale pour des activités de soutage menées par le Panama en haute mer, l'Italie a aussi enfreint les articles 92 et 97, paragraphes 1 et 3, de la Convention. » (Mémoire, par. 92 ; voir aussi TIDM/PV.18/A25/2, p. 40, l. 19–23)

« L'exercice par l'Italie de sa compétence pénale et fiscale à l'égard du Norstar [...] contrevient directement à la juridiction exclusive du Panama, en tant qu'Etat du pavillon, sur ce navire dans des eaux extraterritoriales. » (Mémoire, par. 90, voir aussi par. 93).

« En intentant des poursuites contre le capitaine et les autres personnes au service du « Norstar », l'Italie a également contrevenu à l'article 97, paragraphe 1. » (Réplique, par. 373)

« Le Panama estime que la nature du différend n'est en rien altérée par l'examen de ces dispositions et ne demande pas que l'Italie soit jugée sur la base de ces dispositions supplémentaires, mais entend que celles-ci complèteront l'application et l'interprétation des articles 87 et 300 de la Convention, contribuant ainsi à une bonne administration de la justice. » (TIDM/PV.18/A25/2, p. 41, l. 16–20)

Italie

– « Le Panama invoque certes les articles 92 et 97, paragraphes 1 et 3, de la Convention, mais il ressort clairement des conclusions figurant au chapitre 5 de son mémoire qu'il ne cherche pas à obtenir du Tribunal que celui-ci déclare que l'Italie aurait enfreint ces dispositions. » (Contre-Mémoire, par. 207)

« Considérant que les articles 92, paragraphe 1, 97, paragraphe 1 ou 97, paragraphe 3, et leur contenu n'ont pas même été mentionnés dans la requête du Panama et ne découlent donc pas directement de celle-ci, l'Italie souhaiterait aborder la question de savoir si ces demandes peuvent être implicitement contenues dans la requête du Panama. La réponse est incontestablement négative. » (Duplique, par. 139)

§ Les règles de preuve

Quel est le critère de la preuve applicable à cette affaire ?

Panama

– « Panama a déjà avancé, ..., que certes la charge de la preuve lui incombe, mais que l'Italie a omis de fournir, malgré de nombreuses requêtes du Panama, des documents très importants et des informations qui sont sous la maîtrise de l'Italie et auxquelles seule l'Italie peut avoir accès. » (TIDM/PV.18/A25/9, p. 26, l. 20–25)

« La règle *probatio diabolica* indique que ce qui est inhérent dans les règles de charge de la preuve pour des faits négatifs s'applique aussi dans des cas où une des parties rencontre des difficultés pour établir ses éléments de preuve, à condition évidemment que ces difficultés soient en dehors de son contrôle et qu'aucune faute ne lui soit imputable. C'est un principe qui s'applique au Panama en l'espèce, car il a en vain demandé tant à l'Italie qu'à l'Espagne de lui fournir des éléments de preuve. » (TIDM/PV.18/A25/3, p. 31, l. 37–42, voir aussi TIDM/PV.18/A25/3, p. 31, l. 15–23 avec référence à *l'affaire du détroit de Corfou* ; TIDM/PV.18/A25/9, p. 14, l. 34–p. 15, l. 1 ; *sur les preuves concernant la procédure pénale en Italie* : voir aussi TIDM/PV.18/A25/9, p. 26, l. 36–46 ; *concernant le journal de bord et les autres documents relatifs au navire* ; voir TIDM/PV.18/A25/9, p. 14, l. 36–46 ; *concernant la question du témoignage de M. Esposito*, voir TIDM/PV.18/A25/9, p. 14, l. 46–48 ; *concernant les lettres envoyées par le Service du contentieux diplomatique et des traités du ministère italien des affaires étrangères* (Réplique, Annexe 12, et Mémoire Annexe 7), voir TIDM/PV.18/A25/9, p. 15, l. 4–19 et l. 26–35)

– « Il est possible de prouver des faits par d'autres moyens que des documents écrits. Le Règlement du Tribunal prévoit expressément, notamment aux articles 44 et 72 et suivants, que les parties peuvent également produire des éléments de preuve par la voie de dépositions de témoins ou d'experts. Ces éléments de preuve sont de même valeur. » (TIDM/PV.18/A25/9, p. 9, l. 22–25)

– « Les dépositions des témoins cités par le Panama en l'espèce, à savoir Monsieur Morch, Monsieur Rossi et Monsieur Husefest, constituent des éléments de preuve solides, car ces témoins ont participé directement aux événements concernant le « Norstar » et parce qu'ils avaient une connaissance approfondie des faits concernant le navire et ses activités. » (TIDM/PV.18/A25/9, p. 33, l. 48–p. 34, l. 2)

Italie

– « Il y a le principe généralement admis selon lequel « les moyens produits par les Parties doivent être suffisants pour satisfaire à la charge de la preuve » » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 10, l. 13–14)

« [L]e Panama fait toute une série d'affirmations factuelles et juridiques qui ne sont pas étayées par des moyens suffisants. » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 10, l. 13–14 et voir aussi TIDM/PV.18/A25/7, p. 8, l. 44–p. 9, l. 2) « Très souvent, lorsque le Panama ne peut pas prouver ses affirmations, il cherche à inverser la charge de la preuve et à la faire porter par l'Italie » (TIDM/PV.18/A25/5, p. 11, l. 12–14). *Sur l'usage de la maxime 'res ipsa loquitur' par le Panama* : TIDM/PV.18/A25/7, p. 9, l. 44–p. 10, l. 9)

– « Ce n'est pas à l'Italie qu'il appartient de fournir au Panama tous les éléments de preuve dont il a besoin pour bâtir son dossier. » (TIDM/PV.18/A25/10, p. 9, l. 9–11)

« Le Panama doit maintenant supporter les conséquences de ce refus et ce n'est pas à l'Italie qu'il appartient de fournir au Panama tous les éléments de preuve dont il a besoin pour bâtir son dossier » (TIDM/PV.18/A25/10, p. 9, l. 9–11)

– « Le Panama ne peut pas non plus compenser l'absence d'éléments ayant force probante par les dépositions orales de témoins intéressés. » (TIDM/PV.18/A25/10, p. 9, l. 38–40)

« [L]'Italie tient également à contester la solidité de ces éléments de preuve oraux dans leur ensemble, en se fondant sur les principes bien établis du règlement des différends internationaux selon lesquels les éléments de preuve fournis par des personnes qui ont un intérêt dans une affaire – et particulièrement un intérêt financier – ont moins de poids que les éléments de preuve fournies par des personnes n'ayant pas un tel intérêt. » (TIDM/PV.18/A25/10, p. 10, l. 8–13, avec référence à *l'affaire Nicaragua*, voir l. 13–21 ; voir aussi, TIDM/PV.18/A25/10, p. 10, l. 23–31)

§ Compétence et applicabilité de l'article 87

Le Panama et l'Italie sont tous les deux Etats-Parties à la Convention. Les Parties sont en désaccord sur le point de savoir si le Tribunal est compétent pour connaître de l'affaire du « Norstar ».

Les dispositions pertinentes relatives à la compétence sont formulées aux articles 286, 287 paragraphe 4, 288 paragraphe 1 de la Convention et à l'article 21 du Statut. L'article 286 de la Convention dispose :

Sous réserve de la section 3, tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la convention qui n'a pas été réglé par l'application de la section 1 est soumis, à la demande d'une partie au différend, à la cour ou au tribunal ayant compétence en vertu de la présente section.

L'article 287 paragraphe 4, de la Convention dispose :

Si les parties en litige ont accepté la même procédure pour le règlement du différend, celui-ci ne peut être soumis qu'à cette procédure, à moins que les parties n'en conviennent autrement.

L'article 288, paragraphe 1, de la Convention dispose :

Une Cour ou un tribunal visé à l'article 287 à compétence pour connaître de tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention qui lui est soumis conformément à la présente partie.

L'article 21 du Statut dispose :

Le Tribunal est compétent pour tous les différends et toutes les demandes qui lui sont soumis conformément à la Convention et toutes les fois que cela est expressément prévu dans tout autre accord conférant compétence au Tribunal.

Dans ce contexte, il convient de se référer à l'article 288 paragraphe 4 de la Convention qui prévoit, je cite : « En cas de contestation sur le point de savoir si une cour ou un tribunal est compétent, la cour ou le tribunal décide ».

La juridiction au sens matériel du Tribunal, c'est à dire le pouvoir d'exercer les attributions inhérentes à la fonction de juger, résulte à la fois de son statut, tel que le définit la CNUDM qui l'institue et des actes du Panama et de l'Italie qui le lui reconnaissent en l'espèce.

Dans le règlement judiciaire, les deux bases légales sont distinctes. La compétence résulte du concours du statut et de l'accord de chaque Partie. C'est l'accord de chaque Partie qui permet au Tribunal de connaître du litige qui les oppose en particulier. En revanche, c'est du statut que résultent les attributions qui constituent la « Juridiction » en général.

Le Tribunal ne peut connaître du fond l'affaire que si les conditions posées par les parties et par son statut sont satisfaites en l'espèce. Les conditions posées par les parties se rapportent à la compétence du tribunal tandis que celles posées par son statut se rapportent, elles, à la recevabilité de l'action. Il appartient donc aux parties et au Tribunal d'opposer des objections à l'exercice du pouvoir juridictionnel si l'une de ces conditions n'est pas satisfaite.

En l'espèce, le Tribunal est saisi unilatéralement par le Panama, le demandeur, qui fait valoir un mécanisme de juridiction obligatoire. L'Italie, le défendeur, cherche à s'y soustraire, en contestant la compétence du Tribunal et la recevabilité de la requête.

Le Tribunal doit examiner avec un soin tout particulier la question de sa compétence, laquelle est fondamentale en la présente affaire en raison du fait que les parties sont en total désaccord à ce propos.

Le Tribunal a pris des précautions dans sa jurisprudence quant à l'examen de sa compétence suivant la nature des procédures introduites devant lui. Précautions à nuancer à cause des différences entre mesures conservatoires et exceptions préliminaires.

La distinction entre la compétence et la recevabilité est d'une importance concrète particulière. Les décisions judiciaires qui n'observent pas un respect scrupuleux des limites assignées à la compétence peuvent affecter singulièrement les attentes des parties ; d'autant plus que les juridictions internationales jugent en premier et dernier ressort. De même, la méprise dans la qualification d'une question de recevabilité comme celle de compétence peut élargir de manière injustifiée le champ d'appréciation des demandes en justice des parties en fait et en droit. Le juge doit donc toujours éviter de trancher une question de recevabilité lorsqu'il examine sa compétence, c'est à dire *le pouvoir d'exercer les attributions inhérentes à la fonction de juger*, lequel résulte à la fois de son statut, et des actes des parties qui le lui reconnaissent en l'espèce. Il faut rappeler que, dans le règlement judiciaire, les deux bases légales sont distinctes.

L'exercice par le Tribunal du pouvoir juridictionnel est assujéti à satisfaction de ces deux types de conditions.

Il arrive que le Tribunal ait recours à des arguments relatifs à la recevabilité de l'action contentieuse pour se déclarer incompétent. Cela a été le cas dans l'affaire « *Louisa* » comme je l'avais signalé (au paragraphe 38 de mon Opinion individuelle). Le Tribunal indique, en effet que, pour qu'il puisse déterminer s'il a compétence, il faut que Saint Vincent et les Grenadines établisse un lien entre les faits allégués et les dispositions de la Convention qu'il invoque, et qu'il prouve que la ou les demandes qu'il présente peuvent se fonder sur ces dispositions (par. 99 de l'arrêt qui reprend le raisonnement de la CIJ dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)).

Il aurait fallu ajouter que le différend doit être de ceux dont le Tribunal est compétent pour connaître *rationae materiae* en application de la Convention. Autrement dit, le différend doit exister et être justiciable.

Comme le dit la CIJ dans l'affaire de Lockerbie : « En principe, le différend doit exister au moment où la requête est soumise à la Cour » (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni) exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 25–26, par. 42–44).

Qui plus est, dit encore la Cour : « En ce qui concerne son objet, le différend doit, toucher l'interprétation ou l'application de la Convention ». (*Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011, par. 30).

Dans l'affaire « *Norstar* », le Tribunal s'est livré à un examen de l'applicabilité de l'article 87 invoquée par le Panama pour parvenir la conclusion qu' : « en conséquence, le Tribunal en conclut que ledit article est pertinent en l'espèce » et le dispositif de l'arrêt « Rejette les exceptions soulevées par l'Italie à la compétence du Tribunal et dit qu'il a la compétence pour connaître du différend ».

Rappelons qu'en droit de la preuve, la pertinence (« *relevancy* ») traduit la preuve de faits qui recèlent un intérêt juridique au litige, des faits qui sont de nature à exercer une influence sur la solution du litige.

Enfin le rendu du Tribunal est opposable, au Tribunal lui-même ainsi qu'aux deux Parties puisqu'il s'agit de *res judicata*, c'est-à-dire revêtu de l'autorité de la chose jugée.

Autrement dit, la pertinence de l'article et son applicabilité sont des éléments constitutifs du régime applicable dans l'ordre juridique qui fournit une base de règlement du différend dans ledit ordre. De la sorte, le Tribunal n'a pas à se préoccuper de considérations d'ordre interne – de purs faits dans l'ordre international – pour remplir sa mission.

Comme l'indique la CIJ « s'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral parce que l'Etat riverain a seul qualité pour y procéder, en revanche la validité de la délimitation des Etats-tiers relève du droit international », [*Pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 132]. Ceci rappelle le système applicable à la nationalité. En effet, « il ne dépend ni de la loi, ni des décisions [d'un Etat] de déterminer si cet Etat, a le droit d'exercer sa protection dans le cas considéré », [ibid. p. 23]. En revanche, la validité interne de la nationalité est la première condition de sa validité internationale. En effet, pour autant que le droit international reconnaît aux Etats la compétence exclusive dans la détermination de la nationalité, il subordonne à ses propres exigences son efficacité dans l'ordre international. C'est pourquoi la contestation par un Etat d'un acte de nationalité ne l'invalide pas mais le rend inopposable.

Comme le remarque Brownlie,

Nationality is a problem, inter alia, of attribution and regarded in this way resembles the law relating to territorial sovereignty. National law prescribes the extent of the territory of a State, but this prescription doesn't preclude a forum which is applying international law from deciding questions of title in its own way, using criteria of international law. (I. Brownlie, "The Relations of Nationality in Public International Law", *BYBIL*, 1963, p. 290–291)

Rappelons que la haute mer est l'espace maritime où la liberté de navigation de tout navire est totale. De cette liberté – la première des six libertés prévues au paragraphe premier de l'article 87 – résulte le principe d'exclusivité de juridiction de l'Etat du pavillon sur ses propres navires de façon à faire respecter les règles internationales – article 92 paragraphe 1. Il s'agit là d'une garantie de l'effectivité de la liberté en haute mer, de sorte qu'aucun Etat ne soit tenté de s'ériger en gendarme des mers.

Le principe fondamental dans cet espace maritime est la liberté de navigation. Dans un monde caractérisé par une libre communication et surtout à une phase de mondialisation des échanges, le principe exerce une influence sur l'ensemble des régimes juridiques qui s'appliquent aux différentes zones maritimes. Ce principe déterminant du droit de la mer apparaît comme une conquête sur les prétentions à l'appropriation par les puissances maritimes.

Il convient de souligner que l'Etat du pavillon jouit généralement d'une compétence exclusive sur les navires battant son pavillon, en haute mer. Les exceptions qui s'y rattachent relèvent de traités internationaux, de la Convention [article 92, paragraphe 1] ou peuvent se fonder sur la coutume internationale comme le droit de légitime défense. En effet, étant donné que la haute mer est régie par le droit international, certaines limitations reconnues dans cet ordre juridique s'imposent à la liberté de navigation. Ainsi, les navires navigant dans cet espace peuvent être contrôlés par les navires de guerre étrangers s'ils sont impliqués dans des activités qui font l'objet du droit de visite des Etats autres que l'Etat du pavillon [article 101 de la Convention]. C'est que la liberté de navigation peut conduire à des comportements ou à des activités que les Etats dans leur ensemble réprouvent ; d'où les aménagements relatifs à la liberté de navigation.

Il faut espérer que ces aménagements incluent dans un avenir prévisible les cas de trafic de migrants, de stupéfiants, de trafic d'armes de destruction massive, ou encore de la pêche INN, préjudiciables à la paix sur les mers et les océans. Par la voie de traités, les Etats pourront appréhender de manière efficace les pouvoirs de police de l'Etat côtier, de l'Etat du pavillon et des autres Etats dans lesdites activités à côté de la piraterie, des navires sans nationalité, des émissions non autorisées diffusées depuis la haute mer, du droit de visite et de la coopération contre les infractions en haute mer en général.

Aux termes de l'article 87 de la Convention, la haute mer est ouverte à tous les Etats. De la sorte, aucune partie de cette zone ne saurait relever de la

souveraineté d'un quelconque Etat. Ainsi, en résumé, le principe de la liberté de la haute mer constitue le régime juridique de cet espace et la liberté de navigation est la première des six libertés reconnues par le paragraphe 1 de l'article 87 de la Convention. C'est dire que tout navire peut naviguer en haute mer sans aucune intervention des Etats autres que l'Etat du pavillon. En effet, la liberté de navigation repose sur la compétence individuelle de l'Etat à l'égard des navires battant son pavillon dans cette zone. Les exceptions à la compétence exclusive de l'Etat du pavillon sont relatives au droit de poursuite, au droit de visite, à la piraterie ou à tout incident de navigation maritime.

En l'espèce, la question principale à trancher est celle de savoir si l'avitaillement exercé en haute mer relève ou non de la liberté de navigation. L'on sait que cette activité en haute mer est soustraite à la réglementation ou au contrôle de tout Etat excepté celui du pavillon du navire. En cela, l'avitaillement mené dans cet espace relève de la liberté de navigation. En conséquence, le contrôle ou l'exercice de la juridiction sur le navire en haute mer par quel qu'Etat, excepté l'Etat du pavillon, constitue une violation flagrante de la liberté de navigation consacrée à l'article 87 de la Convention ; ce contrôle ou cet exercice pouvant prendre les formes les plus diverses et les plus dissemblables.

Le Tribunal a raison lorsqu'il estime que l'Italie, en étendant l'application de sa législation pénale à la haute mer, en délivrant l'ordonnance de saisie et en demandant aux Autorités espagnoles de l'exécuter, ce qu'elles ont fait, a violé la liberté de navigation dont jouit la Panama en qualité d'Etat du pavillon du « Norstar » en vertu de l'article 87, paragraphe 1, de la Convention.

En revanche, l'interprétation du régime juridique des eaux intérieures doit être plus prudente. Certes, l'Etat exerce sa pleine souveraineté dans ses eaux maritimes avec les conséquences qui s'y attachent pour les navires étrangers.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue les droits inaliénables inhérents à la qualité d'un navire menant exclusivement des activités d'avitaillement en haute mer. Certes, l'accès à un port d'un Etat est assujéti à l'autorisation préalable des autorités portuaires dudit Etat mais la qualité rappelée du navire lui confère le droit d'accès à la haute mer.

Autrement, il serait condamné à errer au large, en ne jouissant pas pleinement de la liberté de navigation laquelle doit donner un droit d'accès à la mer et depuis la mer ainsi que la liberté d'accéder à un port ou d'y transiter. Les

conditions et modalités de l'exercice de cette liberté doivent se conformer aux mesures du ressort de l'Etat du port, en ne portant en aucune façon atteinte à ses intérêts légitimes.

Il faut rappeler que les navires naviguent sous le pavillon d'un seul Etat et sont soumis, sauf dans des cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la Convention, à sa juridiction exclusive en haute mer. Si ces navires ne bénéficiaient guère de la liberté de navigation, et des droits qui s'y attachent, ils devraient se résoudre à rentrer dans les ports de l'Etat du pavillon même si ceux-ci étaient à des milliers de milles marins.

En revanche, en l'espèce, ce qui est en cause n'est pas « d'analyser la liberté de navigation comme comprenant le droit de quitter un port et d'avoir accès à la haute mer ». Il s'agit plutôt de la saisie et l'immobilisation du « Norstar », des actes illicites dont les conséquences sont :

- Empêcher le « Norstar » d'avoir accès à la haute mer et donc de
- Jouir de la liberté de navigation, ainsi que de
- Développer les activités d'avitaillement auxquelles de « Norstar » se livrait en haute mer.

En effet, les actes soumettant les activités du « Norstar » en haute mer à la juridiction de l'Italie enfreignent la liberté de navigation parce que le principe de la juridiction exclusive de l'Etat du pavillon est un élément fondamental de la liberté de navigation consacrée par l'article 87 de la Convention.

La saisie et l'immobilisation du « Norstar » sont illégales parce que le navire n'a violé aucune loi italienne. L'application par l'Italie de ses lois aboutissant à la confiscation du navire viole l'article 87 par la privation de la liberté de navigation. C'est que le défaut de zone contigüe engendre une interdiction d'exercer son pouvoir de contrainte pour manquement éventuel à sa réglementation douanière ou fiscale. Et l'application extraterritoriale de ses lois par l'Italie – en saisissant le « Norstar » – a fait l'objet de la confirmation, par les autorités judiciaires italiennes, du caractère illicite de la saisie. C'est que l'ordonnance de saisie et son exécution visaient des activités menées en haute mer par le « Norstar ». Ce sont des obstacles à la navigation et seules les autorités de l'Etat du pavillon peuvent ordonner la saisie ou l'immobilisation du navire. Autrement dit, c'est à ces autorités de prévenir les obstacles à la navigation : liberté de mouvement, d'appareiller, les interférences physiques en haute mer

avec les mesures indirectes etc.... C'est dire que le régime juridique de la liberté de navigation a été singulièrement affecté à la lumière des faits de la cause.

En ce qui concerne l'article 300 de la Convention, le Tribunal lui a reconnu la pertinence en l'espèce. Il faudra déterminer son applicabilité ou non à l'aune des moyens soulevés par le Panama.

L'article 300 se lit :

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.

L'article 300 recèle deux aspects que charrient les concepts de bonne foi et d'abus de droit. La bonne foi est toujours présumée et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. La bonne foi apparaît comme un standard juridique qui permet au juge d'apprécier le comportement des Parties. Elle peut s'analyser en un « comportement que les parties sont juridiquement tenues d'observer, dans l'exécution et l'interprétation de leurs droits et obligations, quelle qu'en soit la source, en vertu d'un principal général de droit dont la force obligatoire est rappelée par une pratique et une jurisprudence constantes » (*Dictionnaire de Droit international public*, sous la direction de Jean Salmon, p. 134).

L'un des principes de bases qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 268, par. 46).

Le principe est rappelé par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités tant en ce qui concerne l'exécution que l'interprétation des traités (article 31, paragraphe 1, de la CVDT). Dans le cadre de l'exercice d'une compétence, la bonne foi suppose la possibilité de justifier son acte par référence à la poursuite d'un but légitime. « Le pouvoir d'évaluer appartient aux autorités douanières, mais elles doivent en user raisonnablement et de bonne foi » (*Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 212). En tout état de cause, la bonne foi est toujours liée à une règle existante. « Le principe de la bonne

foi est l'un des principes qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques. Il n'est pas en soi une source d'obligations quand il n'existerait pas autrement » (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 105, par. 94*).

En ce qui concerne l'abus de droit, il permet de sanctionner tout usage d'un droit qui dépasse les bornes de l'usage raisonnable de ce droit. L'existence du droit n'est guère contestée mais ce sont les modalités de son exercice lorsqu'elles portent préjudice à autrui qui infèrent l'abus de droit. L'abus de droit peut aussi résulter de l'application d'un acte illégal, incompatible avec la règle primaire contenant le droit en cause. Il y a également abus de droit lorsque l'Etat agit dans le seul but de nuire à autrui même s'il respecte ses obligations internationales. En définitive, l'abus de droit s'analyse en un « exercice par un Etat de droit, d'un pouvoir ou d'une compétence d'une manière ou dans un but qui ne correspondent pas aux finalités de ce droit, de ce pouvoir ou de cette compétence par exemple dans le but d'échapper à une obligation internationale ou d'obtenir un avantage indu ». [*Dictionnaire de Droit international public, op. cit.*, p. 364].

En l'espèce, il apparaît que c'est ce second élément de l'article 300, l'abus de droit, qui permet au Tribunal de remplir sa mission. L'on peut s'étonner de l'approche pour le moins elliptique retenue par la juridiction et en particulier l'accent mis sur le premier élément qu'est la bonne foi.

La question qui se pose ici est celle de savoir si l'exercice par le défendeur des droits, compétences et libertés à lui reconnus par la Convention s'est fait d'une manière qui ne constitue guère un abus de droit.

- a) La *ratio legis* des motifs ayant guidé à l'ordonnance de saisie et à sa mise en œuvre montrent qu'il s'agissait de l'avitaillement en haute mer, perçu comme *corpus delicti*. Ces actes ont été des obstacles à la libre navigation doublée par la perdurance de l'immobilisation du « Norstar ». En effet, en appliquant de manière illégale sa législation interne en dehors de son territoire à des activités licites d'avitaillement en haute mer, et en doublant ces actes par la prolongation de l'immobilisation du « Norstar » sur une très longue période et ce, malgré les décisions rendues par les tribunaux italiens eux-mêmes indiquant l'illégalité de la poursuite au plan pénal.

- b) En effet, le « Norstar » a été immobilisé pendant une très longue période sous le contrôle et l'autorité de l'Italie, laquelle n'a pas eu à prendre de mesures destinées à restituer le navire à son propriétaire ou à l'Etat du pavillon. Bien au contraire, le « Norstar » s'est tellement délabré qu'il a dû être vendu aux enchères publiques pour finir en ferraille. Pourtant, le Tribunal de Savone, en tant que juridiction compétente, aurait dû prendre les mesures nécessaires à la maintenance et donc à la préservation du navire et des autres biens à bord durant la période de l'immobilisation.
- c) L'autre élément important tient au fait que l'Italie a attendu que le « Norstar » se trouve dans le port de Palma pour saisir le navire. La décision de saisir le navire dans les eaux intérieures d'un Etat tiers, alors que l'on savait que cette saisie en haute mer constituerait une violation de la liberté de navigation, est révélatrice. Qui plus est, l'ordonnance de saisie elle-même prévoit la possibilité de procéder à la saisie du navire en haute mer. Pour une affaire aussi lointaine dans le temps engendrant du droit intertemporel, le Tribunal aurait dû être plus attentif aux documents de preuve et procéder à une évaluation plus minutieuse de la procédure orale, pour arriver à une qualification plus précise des faits de la cause.
- Il faut en outre relever d'autres points qui corroborent l'idée d'abus de droit.
- d) L'exécution prématurée de l'ordonnance de saisie. La saisie du « Norstar » était prématurée et qu'elle a été exécutée sans approbation finale et définitive des autorités judiciaires italiennes. L'on note que l'ordonnance de saisie et la demande de sa mise en exécution ont été adoptées le 11 août 1998 alors que ce n'est que le 24 septembre 1998 que la police fiscale italienne a transmis les conclusions de son enquête sur le « Norstar » au procureur de la République. L'on sait que des mesures conservatoires ne sont susceptibles d'être ordonnées que s'il est établi qu'elles sont justifiées *prima facie* en fait et en droit, et qu'elles sont urgentes; toutes choses qui n'ont guère été prouvées par le défendeur. Qui plus est, les décisions rendues par les tribunaux italiens ont indiqué l'illégalité de la poursuite au plan pénal.
- e) L'autre point important est la rétention d'information. Depuis la phase incidente, le requérant a indiqué que l'Italie s'est toujours opposée à communiquer l'intégralité des documents relatifs à la procédure pénale visant le « Norstar ». Il lui fait grief d'avoir retenu

des informations essentielles en l'espèce. Le Panama s'est référé à ce propos aux différentes lettres émanant du service de contentieux diplomatique datées du 4 septembre 1998 et du 18 février 2002 signalant, d'une part, au procureur italien l'absence de zone contigüe et faisant explicitement référence aux demandes de réparation formulées par l'agent du Panama, de l'autre. Et, ce n'est qu'en 2016 que l'Italie a révélé l'existence de ces documents. De la sorte, l'obligation de coopérer au règlement des différends est singulièrement affectée.

- f) L'on peut également relever le fait d'avoir gardé le silence face aux allégations persistantes du Panama sans parler de l'obligation internationale de tenir dûment compte des intérêts des autres Etats. Le Panama affirme avoir fait sept tentatives pour communiquer avec l'Italie à propos du « Norstar » sans qu'aucune d'elles n'ait abouti. Il soutient qu'en gardant intentionnellement le silence face aux allégations de violation de l'article 87, l'Italie a agi d'une manière contraire à son obligation de bonne foi.
- g) Le Panama fait valoir en outre des motifs contradictoires sur lesquels l'Italie a fondé l'ordonnance de saisie. Pour lui, alors même qu'elle affirme que la saisie du « Norstar » a été réalisée dans les eaux intérieures espagnoles au motif qu'une saisie en haute mer aurait constitué une violation de l'article 87 de la Convention, l'Italie fonde son ordonnance de saisie sur la doctrine de la présence fictive, qui ne s'applique qu'aux saisies en haute mer. Qui plus est à partir du moment où le tribunal de Savone a considéré que le « Norstar » menait ses activités en dehors des eaux territoriales, il est contradictoire d'affirmer que le navire aurait été saisi pour une infraction qu'il était soupçonné d'avoir commise en Italie. En conséquence, le requérant demande que le principe *non concedit venire contra factum proprium* soit appliqué, car si l'Italie avait dit, au départ, que les activités du « Norstar » avaient eu lieu en dehors de ses eaux territoriales, aucun délit n'aurait en fait été commis. Le droit interdit à l'Italie de plaider maintenant exactement le contraire du comportement qui, selon ses propres déclarations, était à l'origine de l'introduction de la présente instance devant le Tribunal.

Tous ces éléments soulignés relèvent pour le moins de l'abus de droit de la part de l'Italie à défaut des éléments de preuve qui permettraient de les qualifier de mauvaise foi.

II. LE CRITERE DE LA PREUVE

Quel est le critère de la preuve applicable en cette affaire ?

En qualifiant la preuve de démonstration de l'existence d'un fait [dans son *Dictionnaire de Droit international*, p. 471], Basdevant rappelle l'affaire du Queen du 26 mars 1872 :

« On doit suivre, comme règle générale de solution, le principe de jurisprudence consacré par la législation de tous les pays, qu'il appartient au réclamant de faire la preuve de sa prétention ».

De nos jours, on dit que le « Requéran a la charge de la preuve ». Et « la preuve écrite est celle qui résulte des pièces ou documents de nature à établir le fait allégué » nous dit J.C. Wittenberg, « La théorie des preuves », *RCADI* 1936, p. 59.

Nous allons passer en revue la méthodologie de la preuve avant d'en arriver à la question à nous posée. La preuve écrite résulte des pièces ou documents de nature à établir le fait allégué : Il s'agit de : Traités, correspondances, lois, règlements, ordonnances, décrets, actes judiciaires, actes administratifs, etc....

La CIJ indique que :

Conformément à sa pratique, la Cour se prononcera dans un premier temps sur les faits, puis appliquera les règles pertinentes du droit international à ceux qu'elle aura jugés avérés ...

[*Affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (République Démocratique du Congo c. Ouganda, Arrêt du 19 décembre 2005)*, p. 34, par. 57].

La Cour poursuit :

Ce prononcé sur les faits implique nécessairement une évaluation des preuves. Les Parties ont en l'espèce produit à l'appui de leurs versions respectives des faits une quantité considérable de matériaux. [par. 58].

La tâche de la Cour n'est pas seulement de trancher la question de savoir lesquels d'entre eux doivent être considéré comme pertinents ; [ibid.]

Elle est aussi de déterminer celles qui revêtent une valeur probante à l'égard des faits allégués. [Ibid.]

Ces divers éléments de preuve figurent, pour l'essentiel, dans les documents annexés par les Parties à leurs pièces de procédure. [Ibid.]

Les Parties ont également été autorisées à produire des documents nouveaux à un stade ultérieur de la procédure. [Ibid.]

Or, ceux-ci contiennent de précieux renseignements. [Ibid.]

Les Parties ont aussi fait référence, tant dans leur écriture qu'à l'audience à des documents non annexés à leurs pièces de procédure, mais considérés par la Cour comme faisant partie d'une publication facilement accessible » aux termes du paragraphe 4 de l'article 56 de son règlement. [Ibid.]

La Cour a également examiné ces documents aux fins de se prononcer sur les faits pertinents. [Ibid.]

Et la Cour termine ses considérations méthodologiques par le paragraphe 59 :

- a) Comme elle l'a fait par le passé, la Cour examinera les faits qui se rapportent aux divers éléments constitutifs des demandes formulées par les Parties.
- b) Dans cette optique, elle répertoriera les documents invoqués et se prononcera clairement sur le poids, la fiabilité et la valeur qu'elle juge devoir leur être reconnus.

Conformément à sa pratique antérieure, la Cour indiquera quels sont les éléments qu'elle estime ne pas devoir examiner plus avant.

[V. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 50, par. 85 ; voir également la pratique suivie dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 3.]

Les caractères particuliers de la juridiction en droit international expliquent la relative discrétion de l'organe qui l'exerce et le rôle de premier plan joué par des parties qu'unit un lien juridictionnel purement volontaire. Ils apparaissent notamment dans les règles relatives à la preuve.

Les mécanismes de la preuve montrent une association des parties et de l'organe juridictionnel dans l'établissement de la vérité légale.

D'un côté, c'est à chaque partie qu'il revient de prouver ses allégations : quant aux faits qu'elle invoque [y compris le droit interne, qui a le statut de simple fait au regard du Tribunal international], mais aussi quant au droit, quoi qu'on en dise souvent et notamment lorsque les règles applicables sont coutumières et que l'Etat qui les invoque doit à la fois établir leur consistance et leur opposabilité dans ses relations avec son adversaire. Mais de l'autre côté, le Tribunal dispose le plus souvent d'une grande liberté dans l'appréciation de la valeur probante des éléments qui lui sont présentés et intervient largement dans l'établissement de la vérité ; des éléments de preuve écrite ou testimoniale lui sont soumis, mais devant lesquels il ne reste pas passif, ayant le pouvoir d'interroger les témoins, de solliciter des Parties des éléments complémentaires, de recourir à de nouveaux moyens d'instruction (expertise, enquêtes) etc. ; il peut attacher une présomption défavorable à la non-production par une partie d'éléments de preuve dont elle a la maîtrise ; enfin, dans la grande liberté que lui laissent des règles d'administration des preuves qui n'obéissent à aucun système national particulier mais plutôt au fonds commun de leurs « principes généraux » il dispose d'une grande marge d'autonomie quant à la recevabilité et à l'appréciation de la valeur probante des éléments qui lui sont ainsi fournis.

Les faits de l'espèce envisagés à la lumière des règles de droit applicables, font ressortir de la façon la plus nette les manquements successifs de l'Italie aux obligations dont elle est tenue envers le Panama en vertu de la Convention.

L'Italie a cherché à se soustraire à sa responsabilité fondamentale en l'imputant à l'Espagne qui a procédé à la saisie du « Norstar ». Cependant, les clauses attributives de prérogatives de la Convention de Strasbourg du 20 avril 1959 sont claires. Elles mettent en scène un Etat requérant et un Etat requis, lequel agit au nom et pour le compte du premier en conformité avec la Convention. L'article premier de celle-ci dispose :

Paragraphe 1 : Les Parties contractantes s'engagent à accorder mutuellement, selon les dispositions de la présente Convention, l'aide judiciaire la plus large possible dans toute procédure visant des infractions dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, de la compétence des autorités judiciaires de la Partie requérante.

A dire vrai, l'Espagne n'avait elle-même aucun intérêt à la saisie du « Norstar ». Son action est simplement consécutive à la « Commission rogatoire internationale adressée par le Tribunal de Savone aux autorités espagnoles le 11 août 1998 », et l'ordonnance de l'Italie constituant une demande d'entraide judiciaire internationale adressée à l'Espagne.

C'est donc l'Italie qui est à l'initiative de la commission rogatoire et c'est par conséquent elle qui est responsable des actes des autorités espagnoles commis en son nom puisque celles-ci n'étaient guère tenues, en tant qu'Etat requis, de mener une enquête sur le bien-fondé ou non de la saisie du navire dans le cadre de la demande d'entraide.

L'Espagne n'était comptable que des modalités de la saisie, c'est-à-dire de la protection de l'intégrité du navire et de l'équipage lors de la saisie. Cette définition de la responsabilité mutuelle est inhérente au système de l'entraide judiciaire. Cette distinction entre la responsabilité de l'Etat requérant et celle de l'Etat requis dans le domaine de l'entraide judiciaire a également pour effet que si une accusation pénale n'est pas fondée, c'est l'Etat requérant qui est redevable d'une indemnisation et non l'Etat requis ; toute autre conclusion aurait pour conséquence que les Etats refuseraient de donner suite à une demande d'entraide judiciaire.

Qui plus est, en annexe à sa lettre du 18 Mars 2003, l'Italie a communiqué à l'Espagne le jugement du Tribunal de Savone en lui demandant de mettre à exécution l'ordonnance de mainlevée. C'est dire que l'Italie a donc estimé que sa demande était nécessaire pour lever l'immobilisation du navire. De même, l'Espagne estimait que le navire relevait toujours de la responsabilité de l'Italie lorsqu'elle lui a demandé l'autorisation de démolir le navire dans sa lettre du 6 septembre 2006.

Il faut tirer de ces constats les conclusions qui en découlent sur le plan de la responsabilité internationale de l'Italie, et en particulier, la question de la production des documents qui est au centre de la présente affaire et qui a fait l'objet de refus d'accès systématique opposé par l'Italie au Panama.

L'on sait, suite aux déclarations de l'expert italien M. Esposito, que le Panama avait un titre juridique au regard de la loi italienne à demander l'intégralité des dossiers des instances administratives et pénales pour les besoins de l'instance qui nous occupe.

Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 10, par. 11, la CIJ dit :

En l'espèce les Etats-Unis ont fait valoir que, par suite des événements survenus en Iran qui sont à l'origine de leurs demandes, ils n'ont pu prendre contact avec leurs représentants diplomatiques et consulaires dans ce pays. Il ne leur a donc pas été possible d'apporter des preuves détaillées de certains faits survenus à partir du 4 Novembre 1979. L'absence de données de faits sur le traitement et la condition des personnes détenues en otage à Téhéran a été mentionnée comme exemple.

Autrement dit, à l'impossible nul n'est tenu. Dans ces circonstances, comme dans celles du « *Norstar* », la charge de la preuve devient volatile parce que ce qui doit être prouvé est singulièrement limité par ce qui peut être prouvé.

Le juge international doit connaître les faits litigieux et il ne le peut que si les Parties ont non seulement le droit mais en outre la possibilité de lui en administrer la preuve pour la solution du litige.

Le critère de la pertinence qui procède de la nécessité logique de disposer des pièces et documents de nature à établir les faits allégués par le requérant apparaît comme applicable :

Le concept de *probatio diabolica* apparaît comme un prérequis juridique destiné à obtenir une preuve impossible. Cela peut s'analyser en remède dont l'objet est d'inverser la charge de la preuve ou alors donner, ou consentir des droits additionnels au Requérant.

Les règles d'administration de la preuve ne font guère l'unanimité entre les Parties en l'espèce tant en ce qui concerne la charge de la preuve que le critère de preuve applicables ainsi que la valeur probante des témoins.

A la demande de complément d'information du Tribunal relative à la cargaison qui se trouvait à bord du « *Norstar* » au moment de la saisie des opérations de surveillance et de conservation effectuée après la saisie, l'Italie a décliné ses responsabilités alors que le navire immobilisé relevait de sa compétence absolue. Elle fait valoir que le propriétaire du navire et le Panama étaient en possession de la documentation lesquels ont indiqué qu'ils n'ont pas eu accès à ces documents qui sont restés à bord du bâtiment après la saisie. Ceci veut

dire que les documents étaient donc placés sous l'autorité et le contrôle des autorités italiennes, par l'intermédiaire des autorités espagnoles depuis la saisie jusqu'à la destruction du « Norstar » en 2015.

L'Italie était donc en mesure de fournir les pièces au Tribunal d'autant que l'expert italien, M. Esposito a éclairé la lanterne du Tribunal. A la question de savoir si la loi italienne autorisait la production comme preuve de dossiers pénaux, « oui, c'est la loi qui a prévu cela ... il faut reconnaître que la loi donne la possibilité de transférer les dossiers d'une procédure à une autre dans les respects des règles ».

C'est dire donc que le Panama avait un titre juridique à demander l'intégralité des dossiers. Par conséquent, le refus d'accès à ces dossiers opposé par l'Italie était contraire à la loi italienne.

L'Italie indique dans sa lettre au Tribunal du 27 Septembre 2018 qu'elle ne possède aucun document pertinent. Selon elle, les justifications avancées par le Panama pour ne pas fournir les informations demandées sont frivoles. Elle fait observer que la réponse du Panama a non seulement un caractère spéculatif, mais qu'elle pousse même la spéculation particulièrement loin et qu'elle est bourrelée de contradictions.

La question de la production des documents apparait au centre de la présente affaire.

C'est que la pertinence des faits engendre celles des normes devant les régir. Cette adéquation traduit l'application du droit. En effet, les faits juridiques permettent une qualification et la détermination du droit applicable ; ce qui permet au juge de dire le droit pour la solution du litige. Il faut d'emblée relever la remarque de l'Italie qui semble se référer à la prescription extinctive ou libératoire.

Selon l'Italie, le Panama ne peut lui faire porter le chapeau pour sa propre incapacité à fournir des éléments de preuve suffisants en l'espèce. A ce propos, elle soutient que c'est au Panama qu'il appartient de supporter les conséquences, sur le plan de la preuve, de l'introduction particulièrement tardive de la présente instance.

Cette introduction tardive est plutôt imputable à l'Italie. En effet dans la phase des exceptions préliminaires, cette question a été examinée. Le paragraphe 214 de l'arrêt du 4 novembre 2016 se lit :

Le Tribunal constate qu'en dépit de plusieurs tentatives du Panama pour engager une discussion sur l'immobilisation du navire « Norstar » et chercher à obtenir la réparation des dommages qui en ont résulté, l'Italie a gardé le silence en ne répondant pas aux communications du Panama.

Et le Tribunal considère qu'en ne tenant aucun compte de la correspondance du Panama concernant l'immobilisation du navire « Norstar », l'Italie a, de fait, exclu la possibilité qu'il soit procédé à un échange de vue entre les Parties (par. 217).

Le Tribunal se doit d'être prudent sur cette question. C'est une conception qui consiste à déduire la prescription acquisitive de la prescription extinctive ou libératoire. Il s'agit là d'une simple transposition de concept de l'ordre interne à l'ordre international. L'élément « temps » et la nécessité de mettre fin à la réclamation étant alors mis en exergue. Les matières auxquelles s'appliquent le concept étant totalement différentes dans les deux ordres, on ne peut qu'être circonspect dans son usage. De plus, l'élément centralisateur (l'Etat dans l'ordre interne) fait cruellement défaut dans l'ordre international.

Comme l'indique le Juge Anzilotti,

Le droit international ne connaît pas l'institution de la prescription tant acquisitive qu'extinctive, même sous la forme de ce qu'on appelle la prescription « immémoriale » ; en règle générale, l'écoulement du temps ne suffit pas pour déterminer l'acquisition ou la perte de droit.

(cours de droit international, p. 336–337, cité par Krystina Marek, *Identity and Continuity of States in International Law*, Genève, 1954, p. 576 ; V. aussi T.M. Ndoaye, « Les Falklouines et le droit international », *Annales Africaines, Revue de droit de Dakar* ; 1983, p. 25–59, in e-book, T.M. Ndiaye ; *Ecrits de Droit* 2019, p. 44, note n° 49)

Il est impossible au juge d'enquêter lui-même pour établir tous les faits d'une cause. A cette fin, il doit bénéficier de l'appui des parties à l'instance conformément à la règle pertinente en la matière. C'est à elles qu'il incombe de fournir les données factuelles à la juridiction. Le fardeau de la preuve c'est-à-dire

« [l'obligation] pour le plaideur qui invoque un fait d'en démontrer l'existence, sous peine de voir celui-ci écarté de la solution du litige » (J. Salmon, *Dictionnaire, op. cit.*, p. 168), peut prendre du temps.

La charge de la preuve requiert que les parties portent à la connaissance de la juridiction, dans les formes prescrites par le statut et le règlement, tous les faits juridiques dont la qualification permet de trouver la solution du litige. La règle signifie que le requérant doit prouver les faits qui justifient son action et le défendeur ceux justifiant son exception. La preuve incombe à celui qui allègue un fait plutôt qu'à celui qui le nie. Le domaine de la preuve est le fait des Parties, non du juge.

Celui-ci jouit de la faculté d'une libre appréciation des preuves à lui soumises. S'il n'existe pas de règles générales et préétablies sur la force probante de telle ou telle catégorie de preuves, les circonstances de leur détermination doivent être prises en compte. En l'espèce, ce qui doit être prouvé a été limité par ce qui pouvait l'être, de sorte que l'ajustement du critère de preuve applicable se justifie. Le Tribunal aurait dû ajuster le critère de la preuve auquel le requérant doit satisfaire au motif que le défendeur a rejeté la demande de pièces à lui présentée.

III. LA REPARATION

En ce qui concerne la réparation, il faut rappeler que le droit de la responsabilité est aujourd'hui régi par le projet d'articles sur la responsabilité de la Commission du Droit International dont l'article premier dispose que « tout fait internationalement illicite de l'Etat engage sa responsabilité internationale ».

Ainsi, il faut un fait internationalement illicite, c'est-à-dire une violation d'une norme internationale et le fait illicite en question doit être le fait d'un Etat, qui engage sa responsabilité.

La violation de l'obligation internationale s'analyse en la non-conformité de la conduite d'un Etat à celle requise par une norme internationale laquelle prescrit, prohibe ou permet une attitude déterminée. De la sorte, le fait illicite se manifeste dans la discordance entre ce qui est du et ce qui est fait, soit en dépassant ce qui est permis par la norme, soit en faisant moins que ce qu'il aurait dû en engendrant une non-conformité. Qui plus est, la norme prévoyant l'obligation doit être en vigueur, au moment du fait dont il s'agit de considérer

le caractère illicite, pour l'Etat en cause, conformément à l'article 13 du projet CDI. En l'espèce, le Panama et l'Italie sont tous les deux Etats-Parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

En droit international, les règles de la réparation sont bien établies. Comme l'indiquent le Tribunal et la CPJI

Selon une règle bien établie du droit international, un Etat qui a subi un préjudice à la suite d'un acte illicite d'un autre Etat est en droit d'obtenir réparation du préjudice qu'il a subi du fait de l'Etat qui a commis l'acte illicite », et « la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis ».

[*Navire « SAIGA » (No. 2)*, *TIDM Recueil 1999*, p. 65, para. 170 ; *Navire « Virginia G »*, *TIDM Recueil 2014*, p. 116, para. 428 ; *Usine de Chorzów, fond, arrêt n°13, 1928, C.P.J.I. série A n°17*, p. 47].

Aux termes de l'article 31, paragraphe 1, du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat « l'Etat responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite ».

La réparation peut prendre diverses formes. En effet, elle peut se présenter soit sous la forme de restitution en nature, d'indemnisation, de satisfaction, assurances et garanties de non-répétition. Elle peut également prendre la forme d'une réparation pécuniaire pour les dommages économiquement quantifiables, tout comme pour les dommages non matériels, selon les circonstances de l'espèce lesquelles incluent des éléments tels que le comportement de l'Etat qui a commis l'acte illicite et la manière dont les violations ont été commises. [*Navire « SAIGA » op. cit.*, par. 171].

En l'espèce, l'Italie, par l'ordonnance de saisie du « Norstar » prise par le procureur de la République près le Tribunal de Savone, par la demande d'exequatur et par la saisie et l'immobilisation dudit navire, a violé l'article 87, paragraphe 1, de la Convention et compte tenu des règles de la réparation ci-dessus rappelées, l'Italie est tenue de réparer le dommage causé qui le rend responsable.

Il n'est pas aisé de traiter de la responsabilité sans les données factuelles essentielles avec le risque de spéculation qui s'y attache. A défaut des éléments de preuve les plus pertinents, il est bon d'examiner les circonstances de l'espèce.

Nous disposons de trois éléments importants : l'extension de l'application de la législation pénale de l'Italie à la haute mer ; l'ordonnance de saisie ; la saisie et l'immobilisation du « Norstar ». La saisie probatoire doit déclencher l'inspection dont le rapport détermine : l'état du navire, le système du gardiennage, la maintenance et les frais y relatifs suivant la durée de l'immobilisation. Avec le rapport d'inspection et le journal de bord, on peut déterminer le préjudice et par conséquent la réparation. Que celle-ci prenne la forme d'une *restitutio in integrum* ; *lucrum cessans* ou *damnum emergens*, suivant le cas.

En ordonnant la saisie du « Norstar » et en demandant la mise en exécution, dans le cadre de sa juridiction pénale, sur des activités d'avitaillement en haute mer et en appliquant sa législation douanière aux dites activités, l'Italie a enfreint l'article 87, paragraphe 1 de la Convention en empêchant le navire de naviguer dans cet espace et d'y mener des activités licites. Ainsi, le droit du Panama et des navires battant son pavillon de jouir de la liberté de navigation a été violé. En conséquence, en tant qu'Etat responsable d'un fait internationalement illicite, l'Italie est tenue de réparer le dommage causé par sa violation de l'article 87, paragraphe 1, de la Convention. La réparation couvre en particulier le préjudice causé par la saisie et l'immobilisation du « Norstar ». L'Italie a fait valoir la rupture du lien de causalité parce que le Panama aurait manqué de récupérer le « Norstar » en 1999 et de nouveau en 2003, suite au rendu des juridictions italiennes ordonnant la mainlevée de la saisie du navire moyennant le paiement d'une caution.

Cependant, étant donné que la saisie du « Norstar » était illicite, le répondeur avait l'obligation d'ordonner la mainlevée de l'immobilisation du navire sans contrepartie ni caution. Il était en effet illégal d'exiger une caution pour libérer un navire qui n'aurait pas dû être saisi. Qui plus est, comme l'indique le requérant – l'on ne pouvait attendre du propriétaire qu'il reprenne possession du « Norstar » en 2003, soit cinq ans après la saisie, car le navire n'avait pas fait l'objet des travaux de maintenance nécessaires ni subi les inspections obligatoires correspondantes. En outre, il ressort du dossier (Réplique, par. 30) que bien que les Tribunaux italiens aient ordonné la mainlevée de la saisie, cette

décision n'a jamais été mise à exécution et l'Italie n'a jamais pris de mesures pour s'y conformer.

Il faut rappeler que du fait de la commission rogatoire, c'est l'Italie, et non le propriétaire du navire ou l'Etat du pavillon, qui avait la responsabilité d'entretenir le navire après sa saisie. C'était donc à elle de produire les attestations d'inspections requises pour que le « Norstar » conserve sa classification, parce que c'est au responsable de la saisie d'assurer l'entretien du navire. C'est à lui de mettre à jour les certificats de navigabilité et de renouveler la classification du « Norstar ».

Notons enfin que l'accès au navire était refusé au Panama. C'est-à-dire que le fait internationalement illicite a continué et que le lien de causalité n'a jamais été rompu. Cette conclusion aurait dû alimenter l'obligation d'atténuation et l'indemnisation. Il s'agit de l'opération consistant au versement d'une somme d'argent destinée à réparer le dommage subi par la victime d'un fait illicite. Comme l'indique la Commission du Droit International

1. L'Etat responsable d'un fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.
2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi.
[CDI, Projet d'articles sur la responsabilité des Etats (version 2001), art. 37].

En l'espèce, le dommage n'a pas été réparé par la restitution. En effet, le « Norstar » a été immobilisé pendant une très longue période sous le contrôle et l'autorité de l'Italie. Il s'est tellement délabré qu'il a dû être vendu aux enchères publiques pour finir en ferraille.

Dans quel état le « Norstar » se trouvait-il au moment de sa saisie ? Les parties ont présenté des positions antagonistes à propos de l'état de navigabilité du navire. Elles s'appuient sur des preuves documentaires et testimoniales dont la valeur probatoire est douteuse. L'on peut relever que le « Procès-verbal de saisie » établi par les autorités espagnoles en date du 25 septembre 1998 n'indique guère que le « Norstar » était en mauvais état physique au moment de sa

saisie. Il y est indiqué que le capitaine « réside à bord du navire “Norstar” » et que l'on peut « trouver le capitaine dans le navire ». Ceci traduit le fait que l'on ne peut accueillir l'opinion du défendeur considérant que le « Norstar » était à l'abandon au moment de sa saisie. Et il n'existe pas de preuves suffisantes produites devant le Tribunal pouvant permettre de conclure que le navire n'était pas en état de naviguer au moment de sa saisie.

En ce qui concerne la valeur du « Norstar » au moment de saisie, il faut relever que « l'Attestation aux fins d'estimation de la valeur » produite par le requérant procède d'une estimation réalisée sans aucune inspection physique du navire et de ses certificats de classification. Le requérant reconnaît que l'estimation a été faite en prenant pour hypothèses que le matériel du « Norstar » avait été décrit comme étant en bon état de marche, que le navire avait été décrit comme ayant été maintenu dans des conditions normales pour son âge et sa classe, et que la classe avait été maintenue sans recommandation. Il se trouve que ces hypothèses n'ont guère été corroborées par les pièces produites devant le Tribunal.

En conséquence, le Tribunal devra faire jouer son pouvoir discrétionnaire pour établir le montant de l'indemnité à verser au Panama au titre de la perte du navire « Norstar ».

En définitive, le lien de causalité est déterminé *ab initio* une fois pour toutes. En l'occurrence, la réparation couvre le préjudice directement causé par la saisie et l'immobilisation du « Norstar » qui n'avait pas fait l'objet des travaux de maintenance nécessaires ni subi les inspections obligatoires correspondantes. Qui plus est, l'Italie avait l'obligation de prendre les mesures nécessaires, destinées à exécuter cette ordonnance et mettre le navire à la disposition de son propriétaire pour que celui-ci puisse en évaluer l'état par le biais d'une des autorités compétentes.

En ce qui concerne la question de la valeur du « Norstar » au moment de la saisie, il faut relever que le Tribunal est dans l'impossibilité de statuer faute d'informations, de preuves documentaires et testimoniales produites par les Parties sur les faits de la cause en l'espèce. Il a dû se résoudre à accepter l'estimation de la valeur du « Norstar » présentée par l'expert cité par l'Italie laquelle n'a pas été contestée par le Panama.

Rappelons que le Panama soutient que le montant des dommages et intérêts devrait inclure la valeur marchande du navire, le manque à gagner, le préjudice financier subi par le propriétaire et l'affréteur entre autres chefs de préjudice découlant de la saisie et de l'immobilisation du « Norstar ».

(*signé*) Tafsir Malick Ndiaye