

OPINION INDIVIDUELLE DE M. WOLFRUM

[Traduction]

1. J'ai voté en faveur des points 3 et 5 du dispositif de l'arrêt pour des raisons qui, à certains endroits, diffèrent de celles sur lesquelles l'arrêt se trouve principalement fondé. Cette opinion individuelle expose les motifs de mon désaccord et énonce d'autres raisons qui permettent de motiver de manière satisfaisante l'arrêt; elle mettra l'accent en particulier sur les questions suivantes : le mode d'évaluation des moyens de preuve tel que défini et appliqué dans l'arrêt; le raisonnement relatif à l'immatriculation et à la nationalité du navire *Saiga*; l'interprétation et l'application du principe de l'épuisement des recours internes; la relation entre la Convention sur le droit de la mer et le droit interne, ainsi que la compétence du Tribunal pour connaître des violations du droit interne.

Évaluation des moyens de preuve

2. L'arrêt mentionne les principes relatifs à l'évaluation des moyens de preuve en l'espèce à plusieurs endroits (paragraphe 66 à 70, 72 à 74, 122, 135, 148 et 175). Ces paragraphes ne laissent réellement pas apparaître le mode d'évaluation des moyens de preuve que le Tribunal juge approprié, bien qu'il soit évident que l'évaluation des moyens de preuve joue un rôle déterminant dans le raisonnement du Tribunal. Pour la transparence de l'arrêt, le système retenu pour l'évaluation des moyens de preuve devrait être clairement identifié et pleinement explicité. On peut même juger qu'il s'agit là d'une conclusion obligatoire qui découle du principe d'un jugement équitable, un principe de droit international bien établi.

3. Avant de traiter de manière spécifique du mode d'évaluation des moyens de preuve auquel il a été fait recours dans l'arrêt, il convient de faire quelques brèves observations d'ordre général.

4. La jurisprudence internationale n'offre pas beaucoup d'indications au sujet de l'évaluation des moyens de preuve. À l'inverse du droit interne, le droit international, en général, et les règles de procédure des cours internationales et des tribunaux internationaux, en particulier, ont uniquement développé des règles concernant les aspects de la procédure qui se rapportent à la présentation des moyens de preuve par les parties, mais pas à l'évaluation des moyens de preuve en général. Ceci est également vrai pour ce qui est du Règlement du Tribunal qui, dans plusieurs de ses dispositions, traite de la présentation des moyens de preuve par les parties et du pouvoir que détient le Tribunal de demander aux parties de produire tous les moyens de preuve qu'il juge nécessaires.

5. Néanmoins, le Tribunal n'est pas totalement libre de décider du mode d'évaluation des moyens de preuve. Il est régi à cet égard par les principes de l'impartialité et d'un jugement équitable et par le devoir qui lui incombe de rendre une décision.

6. Dans tous les systèmes juridiques, les règles relatives à l'évaluation des moyens de preuve identifient généralement deux questions qui doivent être prises en compte, à savoir à quelle partie incombe la charge de la preuve et quel est le critère d'évaluation qui doit être appliqué pour évaluer les moyens de preuve produits. Les deux questions sont liées l'une à l'autre. La notion de charge de la preuve comprend deux aspects : un aspect d'ordre procédural, à savoir à qui incombe le devoir de présenter des pièces de procédure et des moyens de preuve, et un aspect lié au fond, à savoir quelle partie supportera les conséquences négatives de ce que les faits allégués ne sont pas établis de manière probante. C'est lorsqu'il s'agit de savoir si un fait a été établi de manière probante que le critère de la preuve devient pertinent.

7. Le principe qui prévaut dans tous les systèmes juridiques majeurs en matière d'évaluation des moyens de preuve par une juridiction est que la charge consistant à établir les faits incombe à la partie qui les avance (*actori incumbit probatio*). Il est arrivé que soit soutenu l'argument selon lequel les tribunaux internationaux ne sont pas liés par des règles aussi strictes que celles développées dans tous les systèmes juridiques internes, étant donné que ces règles ne sont pas appropriées lorsqu'il s'agit de litiges entre gouvernements. Je ne suis pas sûr que cette manière de voir soit encore tout à fait adéquate. Le principe *actori incumbit probatio* est reconnu dans tous les systèmes juridiques. Si les caractéristiques propres à chaque système juridique peuvent entraîner des modifications dans la manière dont ce principe est appliqué, il n'en reste pas moins vrai que, dans son essence, il est incontesté : à savoir que la partie qui avance un fait, que ce soit le requérant ou le défendeur, supporte les conséquences négatives, si les faits concernés ne sont pas établis de manière satisfaisante. La règle a été réaffirmée par la Cour internationale de Justice dans de nombreuses affaires (affaire du *Nicaragua*, C.I.J. Recueil 1984, p. 437, paragraphe 101; affaire *Différent frontalier*, C.I.J. Recueil 1986, pp. 587 et 588; affaire *Temple de Préah Vihear*, C.I.J. Recueil 1962, pp. 15 et 16); elle a également été confirmée par la Cour permanente de Justice internationale, par des commissions d'arbitrage, par les commissions chargées d'examiner des requêtes mixtes et, en particulier, le tribunal irano-américain des réclamations.

8. L'arrêt ne mentionne pas de manière explicite la charge de la preuve qui incomberait à l'une ou l'autre partie, bien que le principe en ait été invoqué à plusieurs endroits. Il procède implicitement de la prémisse suivant laquelle il revient à Saint-Vincent-et-les-Grenadines d'établir que le

Saiga avait, au moment de son arraisonnement, la nationalité de Saint-Vincent-et-les-Grenadines (paragraphe 72). Je souscris à ce point de vue, puisque c'est Saint-Vincent-et-les-Grenadines le requérant et que la nationalité du *Saiga* est un élément constitutif de la demande présentée par Saint-Vincent-et-les-Grenadines. Toutefois, l'arrêt n'applique pas toujours cette méthode. Le paragraphe 72, en mentionnant une « charge initiale » de la preuve, tente de façon injustifiée et injustifiable d'atténuer pour Saint-Vincent-et-les-Grenadines les conséquences d'une application stricte du principe de la charge de la preuve. Pour des motifs similaires, je désapprouve la manière de raisonner figurant au paragraphe 148 de l'arrêt. L'arrêt aurait dû élucider la raison pour laquelle c'est à la Guinée qu'incombait la charge de la preuve que les signaux visuels et sonores ordonnant de stopper avaient bien été émis.

9. Je voudrais maintenant traiter du deuxième élément de l'évaluation des moyens de preuve, à savoir le critère de la preuve.

10. Les tribunaux internationaux jouissent d'un certain pouvoir d'appréciation pour ce qui est du critère de la preuve qu'ils appliquent, à savoir pour trancher le point de savoir si un fait a été établi de manière satisfaisante ou non. Néanmoins, en dépit de ce pouvoir d'appréciation, il doit y avoir un critère au regard duquel la valeur d'un élément de preuve tout comme la valeur globale des moyens de preuve produits dans une affaire donnée peut être mesurée et déterminée. C'est une question de justice que ce critère ou cette norme soit énoncé clairement, appliqué équitablement et que tout écart par rapport à ce critère ou cette norme ait une justification.

11. L'arrêt ne définit toutefois pas les critères généraux qu'il applique en matière de preuve. A cet égard, il aurait fallu mentionner l'article 28 du Statut du Tribunal qui dispose notamment que, dans les cas où une des parties ne se présente pas devant le Tribunal, le Tribunal « doit s'assurer non seulement qu'il a compétence pour connaître du différend, mais que la demande est fondée en fait et en droit ». Cette disposition du Statut, bien qu'applicable aux cas où une des parties est absente, implique qu'il s'agit là du critère de la preuve devant être appliqué par le Tribunal de manière générale.

12. Traditionnellement, dans une affaire contentieuse internationale, en dehors des moyens de preuve *prima facie* qui sont réservés aux procédures préliminaires, deux critères d'évaluation des moyens de la preuve sont appliqués : la preuve au-delà de tout doute raisonnable, qui requiert une connaissance tout à fait claire, et la preuve prépondérante. Ce dernier critère signifie que l'évaluation de la preuve s'oriente dans une direction particulière, bien que subsiste un doute raisonnable ou même plus qu'un doute raisonnable. Les cours internationales ou les tribunaux internationaux ne se sont pas strictement limités à ces critères, mais les ont combinés ou les

ont modifiés chaque fois que les circonstances d'une affaire déterminée le justifient. Etre « fondée en fait et en droit » tel qu'indiqué à l'article 28 du Statut ne constitue pas un critère de la preuve dans le sens de la « preuve prépondérante », mais constitue plutôt un critère comparable au critère de la preuve dans le sens de la « la preuve au delà de tout doute raisonnable » tel que cela a été appliqué dans de nombreux systèmes juridiques (voir Mojtaba Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues : A Study on Evidence Before International Tribunals*, 1996, p. 324).

13. L'arrêt utilise différentes formules pour décrire le critère de la preuve qu'il applique. Par exemple, aux paragraphes 72 et 73, lettre a), il est dit qu'« ... il n'a pas été établi que l'immatriculation du *Saiga* à Saint-Vincent-et-les-Grenadines [et la nationalité vincentaise du navire] était éteinte ... ». Au paragraphe 148, il est dit que « les moyens de preuve produits par la Guinée n'étaient pas son affirmation selon laquelle des signaux visuels et sonores pour ordonner de stopper avaient été émis ... ». Les deux critères de la preuve qui ont été appliqués semblent différer.

14. Ce qui est plus important toutefois, c'est que l'arrêt ne donne aucune indication quant au degré de connaissance qu'il juge nécessaire pour pouvoir accepter que le *Saiga* était un navire ayant la nationalité vincentaise; de toute évidence, il s'agissait d'un critère faible. L'arrêt ne juge pas qu'il y ait lieu de s'assurer de la nationalité vincentaise du *Saiga*, mais accepte plutôt que l'absence de preuve contraire suffit. Ceci n'est pas compatible avec le critère de la preuve qui doit être appliqué selon le Statut. Il n'existe pas de justification convaincante au fait de s'écarter du critère de la preuve au sujet de l'immatriculation du *Saiga*; en d'autres termes, il s'agit pour le Tribunal de s'assurer que l'affirmation de la réalité de cette immatriculation est fondée en fait et en droit. Etant donné que la nationalité du *Saiga* est un élément constitutif des demandes de Saint-Vincent-et-les-Grenadines telles que qualifiées dans l'arrêt, ce critère de la preuve n'est pas satisfait par la déclaration suivant laquelle la Guinée n'a pas été en mesure de prouver le contraire, ce qui en réalité a été fait par elle. En traitant de la nationalité du *Saiga*, je vais établir que, sur la base des moyens de preuve soumis au Tribunal, l'on ne saurait qu'arriver à la conclusion que le *Saiga* n'était pas inscrit au registre maritime de Saint-Vincent-et-les-Grenadines au moment de son arraisonnement et que, dès lors, il n'avait pas la nationalité de Saint-Vincent-et-les-Grenadines.

Immatriculation

15. Je ne souscris pas à ce qui est dit dans les paragraphes 72 et 73, lettres a) et b), à savoir qu'« il n'a pas été établi que l'immatriculation du *Saiga* à Saint-Vincent-et-les-Grenadines était éteinte ou que le *Saiga* avait perdu sa nationalité vincentaise ... » et que « le comportement constant de Saint-Vincent-et-les-Grenadines étaye de manière suffisante la conclusion que le *Saiga* avait conservé la nationalité de Saint-Vincent-et-les-Grenadines à tous moments du présent différend ». Par contre, je souscris à ce qui est dit au paragraphe 73, lettres c) et d), et ce n'est que pour cette raison que j'ai pu voter en faveur du point 3 du dispositif.

16. Mon désaccord avec ce qui est dit dans les paragraphes 72 et 73, lettres a) et b), est fondé sur deux motifs. Les déclarations et le raisonnement qui les sous-tendent ne reflètent pas de manière adéquate le rôle des Etats du pavillon concernant l'immatriculation des navires et l'importance que la Convention sur le droit de la mer attache à l'existence de documents appropriés d'immatriculation. En outre, ces paragraphes reposent sur une évaluation des faits à laquelle je ne souscris pas. Les moyens de preuve produits devant le Tribunal conduisent clairement à la conclusion que le *Saiga* n'était pas immatriculé à Saint-Vincent-et-les-Grenadines au moment de son arraisonnement.

17. L'immatriculation des navires a été examinée en relation étroite avec les pouvoirs juridictionnels que les Etats du pavillon ont à l'égard des navires qui battent leur pavillon et avec l'obligation qui leur incombe au sujet de l'observation des règles du droit international par ces navires. Un principe bien établi du droit international de la mer est que, sauf circonstances particulières, en haute mer, les navires relèvent de la juridiction et du contrôle de leurs seuls Etats du pavillon, à savoir les Etats dont ils sont en droit de battre le pavillon. Cependant, la haute mer est soumise au droit international qui en régit l'utilisation. La soumission de la haute mer au droit international est réglementée et matérialisée par le moyen d'un lien juridique permanent établi entre les navires battant un pavillon particulier et l'Etat dont ils battent le pavillon. Ce lien permet aux Etats de mettre en œuvre et d'appliquer le droit international et le droit interne qui régissent l'utilisation de la haute mer, et ce lien fait obligation, de fait, à ces Etats d'agir de la sorte. La Convention confirme ce principe. Elle établit en outre un régime juridique qui ménage un équilibre entre les pouvoirs juridictionnels de l'Etat du pavillon et les pouvoirs et compétences des Etats côtiers et des Etats du port concernant les navires étrangers, chaque fois que ces derniers entrent dans des zones maritimes qui relèvent de la juridiction desdits Etats ou qu'ils entrent dans leurs ports respectifs.

Etant donné que l'ordre juridique des espaces maritimes est fondé sur l'institution de la nationalité des navires, il y a lieu que cette nationalité soit aisément décelable, de sorte que, dans le cas de revendications contradictoires ou de situations qui exigent l'identification du navire, sa nationalité puisse être établie sur la base de données objectives vérifiables. Ces principes fondamentaux ne se trouvent pas traduits de manière adéquate dans l'arrêt, lorsque celui-ci estime que les signes de la nationalité vincentaise, à savoir certains documents, notamment le sceau du navire (voir paragraphe 67), produits par l'affréteur ou le propriétaire et qui se trouvaient à bord du navire et, en particulier, le comportement ultérieur de Saint-Vincent-et-les-Grenadines sont suffisants pour attester que le navire avait la nationalité de Saint-Vincent-et-les-Grenadines au moment de son arraisonnement.

18. Traditionnellement, la nationalité des navires est établie et mise en œuvre en liant entre elles les règles nationales relatives à la nationalité des navires et les règles internationales, en particulier celles qui font obligation aux Etats de respecter dans leurs relations mutuelles les règles nationales relatives à la nationalité des navires. Une règle traditionnelle du droit international, fréquemment confirmée par la pratique judiciaire internationale et nationale, est que c'est le droit interne de chaque pays qui détermine quels navires sont en droit de se voir conférer la nationalité de l'Etat concerné. Il a également été reconnu que chaque Etat peut décider des critères à satisfaire, critères qui doivent être reconnus par les autres Etats. La première phrase de l'article 91, paragraphe 1, de la Convention a codifié cette règle du droit international coutumier.

19. Cette règle constitue aussi bien un droit qu'une obligation pour les Etats. La disposition porte sur la compétence de prescription qu'a chaque Etat d'établir les conditions respectives que les navires doivent remplir pour obtenir le droit de battre le pavillon de cet Etat en particulier. Le libellé de la disposition indique en outre clairement que les Etats sont tenus d'adopter des règlements nationaux à cet effet.

20. L'article 91, paragraphe 1, de la Convention traite de la nationalité tout comme de l'immatriculation sans donner de précisions sur la relation entre les deux concepts. Il s'agit là de nouveau d'un domaine où les Etats disposent d'un pouvoir discrétionnaire considérable. Différents systèmes sont appliqués dans le droit interne; ils se caractérisent tous cependant par le fait que l'attribution de la nationalité à des navires marchands nécessite de la part des autorités compétentes de l'Etat concerné l'adoption d'une loi organique. La pratique qui prévaut est que – à l'exception des navires de guerre et quelquefois de petits navires – cette loi s'applique à l'immatriculation, par exemple pour indiquer que la nationalité est conférée par voie d'immatriculation.

21. L'obligation d'inscrire les navires dans un registre maritime s'est développée dans le droit interne; la plupart des Etats se sont inspirés à cet égard de la *Navigation Act* [loi sur la navigation maritime] du Royaume Uni de 1651 telle qu'amendée en 1660. Ceci est également vrai pour Saint-Vincent-et-les-Grenadines. D'après la section 2, lettre c), de la loi sur la marine marchande de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, « un navire de Saint-Vincent-et-les-Grenadines s'entend d'un navire immatriculé en vertu de la présente loi ou d'un navire qui est réputé avoir été immatriculé en vertu de la présente loi », cette dernière partie de la disposition faisant référence aux navires immatriculés juste avant le 22 octobre 1985 en vertu de la loi sur la marine marchande du Royaume Uni de 1984. Bien que l'arrêt reconnaisse qu'aux termes de la législation de Saint-Vincent-et-les-Grenadines un navire acquiert la nationalité par voie d'immatriculation, il n'établit pas de distinction claire entre les deux; il fait référence sans distinction à l'une ou à l'autre ou aux deux cas (voir paragraphes 67 et 68, paragraphe 69 et point 3 du dispositif qui ne mentionne que l'immatriculation).

22. Pour attribuer effectivement le droit de battre son pavillon à un navire et afin d'avoir la certitude que cela sera respecté, un Etat doit prendre d'autres mesures visant à faire connaître ce fait aux autres Etats. Le plus souvent, le mode auquel il est fait appel traditionnellement pour donner la preuve de l'immatriculation et /ou de la nationalité d'un navire déterminé est de procéder à cette attribution formelle par le biais de documents appropriés. Ceci a été confirmé dans des centaines de traités d'amitié, de commerce, et de navigation. Bien que différentes clauses soient utilisées, elles confirment toutes que la nationalité des navires est reconnue de manière réciproque sur la base des documents et certificats se trouvant à bord du navire et qui ont été établis par les autorités compétentes de chacune des parties contractantes.

23. La Convention adopte cette approche dans son article 91, paragraphe 2. Le libellé de cette disposition indique que les certificats d'immatriculation ou les documents équivalents établis par les autorités nationales respectives constituent la preuve qu'un navire déterminé a le droit de battre le pavillon de tel Etat. Les autorités des autres Etats ou les autorités internationales, selon le cas, sont tenues de respecter ces documents comme étant des documents authentiques et valides; elles ne doivent pas, en particulier, sauf dans des circonstances particulières, contester la validité ou l'authenticité de tels documents au motif qu'ils ne correspondent pas au droit interne de l'Etat qui a établi ces documents. Seule une telle compréhension de l'objet des documents visés à l'article 91, paragraphe 2, de la Convention correspond au contenu de la règle générale énoncée dans la première phrase de l'article 91, paragraphe 1, de la Convention. Considérer les documents visés à l'article 91, paragraphe 2, de la Convention comme

constituant la déclaration faisant autorité de l'Etat responsable quant à la condition juridique d'un navire constitue ainsi le mécanisme nécessaire qui permet de protéger le droit qu'à chaque Etat d'établir son propre régime en matière d'immatriculation et de nationalité des navires et de l'appliquer conformément à son droit interne.

24. Le Tribunal a reçu en tant que preuve par document relative à la nationalité du *Saiga* le certificat de son immatriculation provisoire établi le 14 avril 1997, la mention au registre maritime (p.7306/1G, imprimé le 15 avril 1997), le certificat définitif de l'immatriculation du *Saiga* daté du 28 novembre 1997, et la mention s'y rapportant au registre maritime et les déclarations du commissaire comme du commissaire adjoint aux affaires maritimes au sujet de l'immatriculation en général et de celle du *Saiga* en particulier. En outre, l'immatriculation du *Saiga* au moment de son arraisonnement a été longuement traitée par l'une et l'autre parties au cours de leurs plaidoiries.

25. En déterminant si le *Saiga* était immatriculé sous le pavillon de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, le Tribunal n'utilise pas ces documents; il ignore en particulier le contenu du certificat provisoire d'immatriculation et celui du registre maritime. Au contraire, comme déjà indiqué, l'arrêt s'appuie, en ce qui concerne les éléments de preuve, sur « plusieurs indications de la nationalité vincentaise que portait le navire ou qui existaient à son bord » (paragraphe 67), sur le comportement de Saint-Vincent-et-les-Grenadines après l'arraisonnement du *Saiga* (paragraphe 68) et sur l'incapacité dans laquelle s'est trouvée la Guinée de contester l'immatriculation ou la nationalité du *Saiga* (paragraphe 69 et 72 a)). La méconnaissance du libellé du certificat provisoire du *Saiga* et de l'inscription figurant au registre maritime, telle qu'elle ressort de l'extrait du 15 avril 1997, constitue le fondement de mon désaccord avec le raisonnement développé dans l'arrêt sur la question de l'immatriculation/nationalité du *Saiga*.

26. L'arrêt aurait dû se fonder sur les documents que Saint-Vincent-et-les-Grenadines avait à délivrer, en application de l'article 91, paragraphe 2, de la Convention, au *Saiga*, à savoir le certificat provisoire d'immatriculation pertinent au moment de l'arraisonnement du navire. Ce certificat d'immatriculation comportait l'indication qu'il s'agissait d'un certificat provisoire et il y était clairement dit qu'il était arrivé à expiration le 12 septembre 1997. Une consultation du registre maritime (p. 7306/1G, imprimé le 15 avril 1997, produit par Saint-Vincent-et-les-Grenadines) confirme que l'immatriculation du *Saiga* (l'ancien *Sunflower*) a été portée au registre le 12 mars 1997 et était valide jusqu'à la date du 12 septembre 1997. En dehors de la confirmation du fait que l'immatriculation du *Saiga* a cessé d'être valide à la date du 12 septembre 1997, le libellé du registre n'établit pas que le certificat était provisoire, mais bien qu'il s'agissait d'une immatriculation provisoire et que, de ce fait, celle-ci n'était valide que pour

une période de six mois, c'est-à-dire du 12 mars au 12 septembre 1997. Etant donné que l'immatriculation définitive du *Saiga* a été portée au registre maritime de Saint-Vincent-et-les-Grenadines seulement le 28 novembre 1997, l'arrêt aurait dû en tirer la conclusion que le *Saiga*, au regard des documents visés à l'article 91, paragraphe 1, de la Convention, n'était pas immatriculé au moment de son arraisonnement. L'autre unique conclusion possible est que, d'après la loi sur la marine marchande de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, le *Saiga* n'avait pas, au moment de son arraisonnement, la nationalité de Saint-Vincent-et-les-Grenadines.

27. L'arrêt n'évoque aucun motif pour lequel ces documents ne priment pas les moyens de preuve qui sont mentionnés au paragraphe 67. Il aurait fallu tenir compte dans ce contexte du fait que c'était Saint-Vincent-et-les-Grenadines qui avait établi ces documents suivant lesquels le *Saiga* n'était pas immatriculé au moment de son arraisonnement et que les documents sur lesquels l'arrêt semble s'appuyer ne revêtent pas tous le même statut. L'arrêt n'explique pas, par ailleurs, la raison pour laquelle il juge acceptables les arguments avancés par Saint-Vincent-et-les-Grenadines et qui sont fondés sur une interprétation de sa loi sur la marine marchande et de sa pratique administrative (paragraphe 67). Ces arguments ne sont pas tenables et le Tribunal aurait dû les rejeter. Le Tribunal a le pouvoir de procéder ainsi. Comme cela est dit à juste titre au paragraphe 66 de l'arrêt, la nationalité d'un navire est un fait qui doit être déterminé, comme les autres faits contestés de l'espèce dont le Tribunal est saisi, sur la base des moyens de preuve produits par les parties. Pour agir ainsi, le Tribunal peut interpréter le droit interne invoqué, comme cela est dit à propos du droit interne de la Guinée (voir paragraphes 120 et 121). Dans un différend soumis à une juridiction internationale, un Etat ne dispose pas du pouvoir exclusif d'interpréter son droit interne au détriment de la partie adverse.

28. L'affirmation de Saint-Vincent-et-les-Grenadines selon laquelle le *Saiga* était resté immatriculé en dépit de ce qui est dit dans le libellé du certificat provisoire et dans l'inscription au registre maritime ne peut pas être fondée sur la section 36, paragraphe 2, de la loi sur la marine marchande. D'après cette disposition, un certificat provisoire a le même effet qu'un certificat ordinaire d'immatriculation pendant une période d'une année à compter de sa date d'établissement. Cette disposition stipule qu'un certificat provisoire d'immatriculation a le même effet qu'un certificat définitif. Elle ne dit pas, cependant, qu'un certificat provisoire d'immatriculation dont la validité est arrivée à terme a le même effet qu'un certificat définitif. Rien dans la loi sur la marine marchande de Saint-Vincent-et-les-Grenadines n'interdit aux autorités d'établir un certificat provisoire ayant une durée de validité plus courte, à savoir six mois. Ceci est confirmé par la brochure qui traite de l'administration maritime de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, tout comme par une lettre du commissaire

adjoint aux affaires maritimes en date du 1^{er} mars 1999 qui contient l'explication selon laquelle la pratique était d'établir un certificat provisoire d'immatriculation pour une durée de six mois uniquement. Je souscris à l'analyse de la loi sur la marine marchande de Saint-Vincent-et-les-Grenadines à laquelle a procédé M. Mensah, Président, et M. Rao, juge, dans leurs opinions individuelles, comme je souscris à l'analyse faite à ce sujet par M. Warrioba, juge, dans son opinion dissidente.

29. La section 37 de la loi sur la marine marchande ne peut pas être non plus invoquée à l'appui de l'affirmation selon laquelle le *Saiga* était demeuré valablement immatriculé, même après la date de l'arrivée à expiration de l'immatriculation provisoire. Il a été allégué qu'un navire ne peut être radié du registre maritime qu'en vertu de cette disposition, et que, dans la mesure où aucune suggestion n'avait été avancée dans ce sens, le *Saiga* était demeuré inscrit audit registre. La section 37 va à l'encontre de ce que Saint-Vincent-et-les-Grenadines veut prouver en l'invoquant. Ladite section ne dispose pas qu'un navire doit être radié du registre maritime si la validité de son immatriculation est périmée. Par conséquent, il est impossible de soutenir qu'un navire qui n'est pas radié du registre demeure immatriculé jusqu'à sa radiation. Accepter cet argument signifierait que même les navires dont l'immatriculation provisoire est venue à expiration après douze mois demeureraient immatriculés. En vérité, la loi sur la marine marchande ne prévoit aucunement la radiation de navires du registre maritime, bien qu'elle envisage plusieurs raisons pour lesquels un certificat pourrait devenir non valide.

30. Les autres documents soumis par Saint-Vincent-et-les-Grenadines, grâce auxquels elle entendait établir que le *Saiga* était immatriculé au moment de son arraisonnement, confirment que l'immatriculation provisoire de ce navire était valide pour une période de six mois uniquement et n'avait pas été renouvelée. Ceci est particulièrement vrai, en ce qui concerne la lettre du commissaire adjoint aux affaires maritimes en date du 1^{er} mars 1999 dans laquelle il est expliqué, entre autres, que « c'est une pratique du registre maritime que des certificats provisoires d'immatriculation soient établis pour des périodes de six mois, comme cela a été fait dans le cas du *Saiga*. Une des raisons pour lesquelles cela est fait consiste à encourager les propriétaires à se conformer aux formalités de l'immatriculation définitive suffisamment à temps avant l'expiration de la période de validité d'une année de l'immatriculation provisoire, tel que cela est prévu à la section 36, paragraphe 2, de la loi sur la marine marchande. En outre, d'après mon expérience, il est fréquent que les propriétaires permettent que la période de validité du certificat provisoire initial arrive à expiration et qu'ils laissent passer une courte période avant l'obtention soit d'un nouveau certificat provisoire, soit d'un certificat définitif (comme ce fut le cas ici) ... ». Néanmoins, le commissaire adjoint a considéré que le *Saiga* était demeuré valablement immatriculé.

31. L'arrêt rappelle que le comportement constant de Saint-Vincent-et-les-Grenadines après l'arraisonnement du *Saiga* étaye la thèse selon laquelle le *Saiga* a continué d'avoir la nationalité de Saint-Vincent-et-les-Grenadines (paragraphe 68). Je ne peux approuver la logique sur laquelle repose ce raisonnement.

32. Il est incontestable que Saint-Vincent-et-les-Grenadines a agi en tant qu'Etat du pavillon du navire après l'arraisonnement de celui-ci et, en particulier, pendant la procédure devant le Tribunal. La question est de savoir si cela est pertinent, autrement dit si un Etat peut établir la nationalité de sa demande en introduisant des instances au niveau international et en y participant, ou s'il peut acquérir le droit d'ester en justice en présentant les plaintes de personnes physiques ou morales bien qu'elles n'aient pas sa nationalité. Une telle approche ne semble pas bénéficier d'un grand soutien. Je n'ai pas l'intention, toutefois, de traiter de manière approfondie de cette importante question, dans la mesure où, dans la présente affaire, deux raisons expliquent pourquoi la nationalité du *Saiga* ne peut être établie rétroactivement et certainement pas du fait du comportement de Saint-Vincent-et-les-Grenadines.

33. C'est un principe bien établi du droit international que la condition essentielle pour la présentation d'une demande internationale est l'existence d'un intérêt reconnu en droit au moment où la violation alléguée de cet intérêt s'est produite. Cette condition n'est pas remplie, car le *Saiga* n'avait pas de nationalité au moment de l'arraisonnement et le comportement de Saint-Vincent-et-les-Grenadines par la suite ne peut pas remédier à cette irrégularité. En outre, la Convention sur le droit de la mer exclut la possibilité pour un Etat de devenir l'Etat du pavillon d'un navire rétroactivement ou grâce à son simple comportement. En effet, la Convention dispose que tout Etat « exerce effectivement » sa juridiction et son contrôle dans plusieurs domaines sur les navires battant son pavillon (article 94 de la Convention); les Etats du pavillon ont également d'autres obligations, notamment en ce qui concerne la composition des équipages, la navigabilité des navires, la prévention des abordages, la construction des navires, les qualifications des membres d'équipage, selon ce que requièrent les règles, procédures et pratiques internationales généralement acceptées. L'article 94, paragraphe 4, de la Convention énumère certaines des mesures que l'Etat du pavillon doit prendre pour assurer des inspections régulières, l'installation du matériel et des instruments que requière la sécurité de la navigation et les qualifications voulues que doivent avoir les capitaines, les officiers et les membres d'équipage. D'autres obligations que doivent assumer les Etats du pavillon en matière de lutte contre la pollution par les navires figurent à l'article 211, paragraphe 2, de la Convention. De surcroît, l'Etat du pavillon doit se conformer aux règles et normes internationales applicables en matière de lutte contre la pollution. Le lien entre l'Etat du

pavillon et les navires concernés qui est une condition préalable et nécessaire pour appliquer et faire respecter ces règles internationales est établi grâce à l'immatriculation des navires et à l'octroi à ces derniers de la nationalité du pays concerné. Comme il a déjà été indiqué, l'article 91, paragraphe 1, de la Convention laisse à chaque Etat le soin de fixer les règles internes qui déterminent les conditions requises en matière d'immatriculation. Cela dit, la disposition susmentionnée n'autorise pas un Etat à revendiquer la qualité d'Etat du pavillon dans des litiges internationaux même en l'absence d'une immatriculation valide, quand ledit Etat considère que cela sert ses intérêts, et ne pas se prévaloir de cette qualité, quand cela ne sert pas ses intérêts.

34. Enfin, je ne souscris pas à la référence faite à l'arrêt rendu par le Tribunal le 4 décembre 1997 et au fait que le *Saiga y* est décrit comme « un pétrolier battant pavillon de Saint-Vincent-et-les-Grenadines ». Si cette référence a été jugée nécessaire pour établir l'exactitude des faits, il aurait fallu préciser dans l'arrêt qu'il s'agissait d'une référence au paragraphe 26 de l'arrêt du 4 décembre 1997 et que ledit arrêt a également fait observer que : « concernant la propriété du navire, le Tribunal relève qu'il s'agit là d'un point dont il n'a pas à débattre dans le cadre de l'article 292 de la Convention, et que la Guinée ne conteste pas que Saint-Vincent-et-les-Grenadines est l'Etat du pavillon du navire ». Rien, et c'est là mon second argument contre l'inclusion du paragraphe 71 dans l'arrêt, ne pourrait laisser entendre qu'une conclusion avait déjà été tirée par le Tribunal à ce sujet. Une telle affirmation ne refléterait pas fidèlement le contenu dudit arrêt tel que cela ressort déjà de son paragraphe 44. La déclaration figurant au paragraphe 44 de l'arrêt du 4 décembre 1997 devrait être également interprétée à la lumière des conclusions respectives des parties. Le conseil de Saint-Vincent-et-les-Grenadines a déclaré au cours de la procédure orale, le 28 novembre 1997, en réponse à une question posée par l'agent de la Guinée sur la propriété du navire : « Nous avons le certificat d'immatriculation de Saint-Vincent-et-les-Grenadines qui, malheureusement, bien que daté du 14 novembre 1997, a pour date d'expiration le 12 septembre 1997. Des efforts sont en cours pour l'obtention au nom des propriétaires du certificat qui ne sera plus provisoire mais définitif. C'est un document que nous espérons pouvoir soumettre au Tribunal au plus tard lors de l'interruption de l'audience » (ITLOS/PV.97/2, p. 2). Avec le recul du temps, l'on se rend compte que la déclaration du conseil de Saint-Vincent-et-les-Grenadines à laquelle ont également fait référence l'opinion individuelle de M. Mensah, Président, et l'opinion dissidente de M. Warioba, juge, a passé sous silence non seulement qu'il y avait une interruption de l'immatriculation mais aussi le fait que le certificat définitif d'immatriculation dont la communication avait été promise a été établi le jour même de ladite déclaration.

35. J'approuve les déclarations faites au paragraphe 73, lettre c), de l'arrêt, à savoir que le fait que la Guinée n'a pas mis en question l'affirmation de Saint-Vincent-et-les-Grenadines selon laquelle elle est l'Etat du pavillon du *Saiga*, lorsqu'elle avait raisonnablement toute la latitude pour le faire, a privé la Guinée de la possibilité de contester la nationalité du *Saiga* à ce stade. Cela dit, je trouve que cette déclaration n'est pas argumentée de manière adéquate.

36. Le droit international a développé des mécanismes, à savoir l'estoppel et l'acquiescement, qui, en fait, empêchent une partie de soulever des exceptions particulières ou de présenter des demandes en raison du comportement antérieur de ladite partie. Les notions d'acquiescement et d'estoppel, indépendamment du caractère que leur confère le droit international, découlent toutes les deux des principes fondamentaux de la bonne foi et de l'équité.

37. La règle de l'estoppel est destinée à empêcher une partie de nier devant un Tribunal le caractère véridique d'une déclaration faite à la partie adverse ou d'un fait avancé par elle devant la partie adverse, ce qui entraînerait un préjudice pour cette autre partie ou se traduirait par un avantage pour la partie ayant fait la déclaration. L'objectif premier de la règle de l'estoppel est d'empêcher une partie de tirer avantage de ses propres contradictions au détriment de la partie adverse qui a, de bonne foi, accepté la représentation des faits faite par ladite partie. La Cour internationale de Justice a formulé la règle de l'estoppel comme suit dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Temple de Préah Vihéar* :

[L]e principe a pour effet d'empêcher un Etat de contester devant la Cour une situation contraire à une représentation claire et sans équivoque qu'il aurait faite précédemment à un autre Etat, soit expressément, soit implicitement, représentation sur laquelle l'autre Etat avait le droit de compter étant donné les circonstances, et avait en fait compté, si bien que cet autre Etat en a souffert préjudice, ou que l'Etat qui a formulé la représentation en a retiré quelque profit ou avantage pour lui-même. (*C.I.J. Recueil 1962*, pp. 143 et 144)

38. Dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, la C.I.J. a indiqué que :

[L]a Chambre constate en tout cas que les notions d'acquiescement et d'estoppel, quel que soit le statut que leur réserve le droit international, découlent toutes deux des principes fondamentaux de la bonne foi et de l'équité. (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 305, paragraphe 130)

39. Deux formes d'estoppel sont reconnues dans la jurisprudence internationale, à savoir l'estoppel en vertu de traités, compromis, etc. et l'estoppel en vertu du comportement.

40. L'arrêt aurait dû examiner la question de savoir si, en vertu de la conclusion de l'accord de 1998, la Guinée était forclosée à contester l'immatriculation/la nationalité du *Saiga* au moment de l'arraisonnement, dans la mesure où, en théorie, ce genre de traité peut contenir des éléments qui se rapportent à un point de cette nature, en particulier si ces éléments concernent précisément des faits ou des appréciations qui ne peuvent pas être contestés ultérieurement. Toutefois, comme il a été signalé dans l'arrêt relatif à l'affaire *Salem* (*R.S.A.N.U.*, vol. II, p. 1180), la formulation doit être claire en ce qui concerne la reconnaissance des faits en question. L'accord de 1998 ne mentionne pas Saint-Vincent-et-les-Grenadines comme étant l'Etat du pavillon du *Saiga*; au lieu de cela, il fait état du « différend entre les deux Etats concernant le navire *Saiga* ». Cela n'équivaut pas à une reconnaissance de Saint-Vincent-et-les-Grenadines en tant qu'Etat du pavillon du navire au moment de son arraisonnement. On pourrait s'inspirer un tant soit peu, à ce sujet, de l'arrêt rendu dans l'affaire *Salem*. Le compromis entre les deux parties mentionnait Salem comme étant un citoyen américain. Néanmoins, le tribunal arbitral a accepté que l'Egypte conteste la nationalité américaine de Salem.

41. Toutefois, le comportement de la Guinée après l'arraisonnement du *Saiga* et en particulier lors de la procédure relative à l'affaire du Navire « SAIGA » (prompte mainlevée) autorise à penser que ce pays a considéré Saint-Vincent-et-les-Grenadines comme étant l'Etat du pavillon. A titre d'exemple, Saint-Vincent-et-les-Grenadines a été désignée dans la cédula de citation comme l'Etat du pavillon, et cette qualité ne lui a pas été contestée dans le cadre de la procédure relative à l'affaire du Navire « SAIGA » (prompte mainlevée). Enfin, la Guinée a engagé des négociations avec Saint-Vincent-et-les-Grenadines sur la formulation de la garantie bancaire nécessaire à la mainlevée de l'immobilisation du navire et a accepté cette garantie de la part de Saint-Vincent-et-les-Grenadines. Saint-Vincent-et-les-Grenadines pouvait comprendre, du fait des actions ou de la passivité de la Guinée, que cette dernière ne contesterait pas son statut en tant qu'Etat du pavillon.

42. L'arrêt aurait dû examiner plus avant la question de savoir si la Guinée avait reconnu Saint-Vincent-et-les-Grenadines en tant qu'Etat du pavillon du *Saiga*. Le comportement de la Guinée après l'arraisonnement du navire et, en particulier, dans toutes les phases de la procédure relative à l'affaire du Navire « SAIGA » (prompte mainlevée) semble indiquer clairement qu'il en était ainsi.

43. La doctrine de l'acquiescement a été appliquée, soit expressément soit implicitement, en tant que principe du droit positif. Comme la Cour internationale de Justice l'a rappelé dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, la doctrine de l'acquiescement, tout comme celle de l'estoppel, est fondée sur les notions d'équité et de bonne foi. La jurisprudence en la matière considère l'acquiescement comme une sorte de passivité relative. Il semble qu'il y ait une certaine incertitude dans la jurisprudence internationale quant aux conditions qui doivent exister préalablement avant que ne soit reconnu à la passivité un effet obligatoire. Il est généralement admis, toutefois, que l'Etat est considéré comme ayant acquiescé s'il est resté passif alors qu'une protestation ou une action était requise (voir l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, pp. 192 à 217*). C'est exactement le cas dans la présente affaire. La Guinée aurait dû soulever la question de la non-immatriculation du *Saiga* au début de la procédure relative à l'affaire du Navire « SAIGA » (prompte mainlevée). En étant demeurée passive à ce sujet et en négociant les conditions de la garantie bancaire devant être présentée par Saint-Vincent-et-les-Grenadines en vue de la mainlevée de l'immobilisation du navire, et en acceptant enfin la garantie bancaire, la Guinée a reconnu Saint-Vincent-et-les-Grenadines comme étant l'Etat du pavillon. Ce serait agir de manière contraire à la bonne foi que de permettre que la Guinée, par la suite, soutienne le contraire de ce qu'elle avait affirmé; elle est forclosée à invoquer l'interruption de l'immatriculation entre la date d'expiration du certificat provisoire d'immatriculation et celle de l'établissement du certificat définitif d'immatriculation.

44. L'arrêt indique que, dans les circonstances particulières de l'espèce, il ne serait pas conforme à la justice que le Tribunal renonce à examiner le fond du différend. Bien que je souscrive en substance à cette conclusion, j'estime qu'il aurait été approprié de traiter cette question de manière plus approfondie. Il y avait lieu notamment d'expliquer de quelles circonstances il s'agissait. L'arrêt aurait dû mentionner le fait qu'une décision du Tribunal tendant à rejeter les réclamations présentées par Saint-Vincent-et-les-Grenadines, au motif que le *Saiga* n'était pas immatriculé au moment de son arraisonnement, aurait été particulièrement préjudiciable à ceux qui avaient souffert le plus de cet arraisonnement, à savoir les membres de l'équipage et le propriétaire de la cargaison; ceux-ci n'avaient, en tout état de cause, aucune influence dans la gestion du navire et, en particulier, pour ce qui est de la régularité de l'immatriculation de ce dernier. En outre, l'interruption de l'immatriculation était le résultat d'une pratique administrative laxiste de la part de Saint-Vincent-et-les-Grenadines et d'un manque de diligence de la part du propriétaire du navire plutôt que le résultat d'une action

intentionnelle. La volonté des propriétaires du navire de maintenir l'immatriculation du navire en cours de validité n'a pas été contestée. Enfin, il convient de prendre en considération le fait que, autrement, la Guinée aurait échappé, sans aucune justification, à ses responsabilités en ce qui concerne les conséquences de l'arraisonnement du *Saiga* que l'arrêt a qualifié à juste titre d'action illicite, accomplie en usant d'une force excessive. Pour ces raisons, la justice a dicté, ainsi qu'il a déjà été indiqué, que la Guinée soit forclosée à soulever le point suivant lequel l'immatriculation du *Saiga* était interrompue au moment de son arraisonnement. Je voudrais toutefois souligner qu'une telle conclusion n'a pu être tirée que parce que la Guinée n'avait au départ pas récusé la qualité de Saint-Vincent-et-les-Grenadines en tant qu'Etat du pavillon du *Saiga*. On peut ainsi considérer que les conclusions figurant au paragraphe 73, lettres c) et d), de l'arrêt forment un tout.

45. Enfin, le Tribunal aurait dû faire ressortir, à propos de l'immatriculation, que les divergences entre les parties en ce qui concerne la nationalité du *Saiga* étaient le résultat de particularités de la législation de Saint-Vincent-et-les-Grenadines qui sont inhabituelles, d'un certain laxisme dans les pratiques administratives des autorités appelées à appliquer les règles relatives à l'immatriculation et du laxisme des propriétaires du navire en ce qui concerne l'immatriculation de façon appropriée du *Saiga*. La loi sur la marine marchande donne la possibilité d'obtenir une immatriculation provisoire valable un an, durée qui dépasse largement celle autorisée par le droit interne d'autres Etats. De surcroît, ladite loi ne prescrit pas de règles claires en ce qui concerne la radiation des navires ou l'exécution d'une décision en ce sens ou dans une telle situation. Les autorités de Saint-Vincent-et-les-Grenadines ne semblent pas intervenir, lorsqu'il y a, ainsi qu'il a été signalé, interruption d'immatriculation. La législation de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, conjuguée à ses pratiques administratives, est susceptible d'affaiblir le lien entre ce pays et les navires battant son pavillon, alors que ce lien est essentiel pour l'application des règles internationales visées à l'article 94 de la Convention. Je fais mienne l'appréciation faite à ce sujet par M. Mensah, Président, dans son opinion individuelle.

Epuisement des recours internes

46. Je souscris à la conclusion de l'arrêt selon laquelle la Guinée ne peut pas contester pour les raisons explicitées au paragraphe 100 la recevabilité de certaines demandes présentées par le requérant en invoquant le fait que les recours internes n'ont pas été épuisés. Je ne souscris toutefois pas au raisonnement et aux arguments à l'appui exposés aux paragraphes 98 et 99 de l'arrêt. L'objet de l'affaire dont le Tribunal est saisi ne concerne pas seulement des violations directes de droits de Saint-Vincent-et-les-Grenadines.

En procédant à une qualification des demandes et en les excluant de l'application de la règle de l'épuisement des recours internes, l'arrêt s'est écarté sans justification valable de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

47. Une règle bien établie du droit international coutumier est que les recours internes doivent être épuisés avant qu'un Etat ne puisse soumettre à une juridiction internationale une requête relative à des dommages subis par ses ressortissants sur le territoire d'un autre Etat. Pour qu'un Etat puisse prendre à son compte une telle requête, il doit établir que la personne qui prétend avoir subi le préjudice était un de ses ressortissants au moment où elle a subi le préjudice et l'est restée par la suite sans interruption, tout au moins jusqu'à la date de la présentation formelle de la requête. De plus, la personne dont l'Etat prend à son compte la requête est tenue d'avoir épuisé tous les recours raisonnablement ouverts devant les institutions nationales de l'Etat qui est présumé avoir causé le préjudice. Il existe des exceptions à cette règle, et celle-ci peut également être l'objet d'une dérogation.

48. C'est un fait bien admis que lorsqu'un Etat est devant une juridiction pour exercer son droit en matière de protection diplomatique, il y a obligation de vérifier que les recours internes ont été épuisés. Il est admis également que, lorsque la requête présentée par l'Etat demandeur se rapporte à un préjudice direct et ne concerne pas un préjudice subi par des ressortissants dudit Etat, la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas, puisque la règle n'impose pas à l'Etat demandeur de saisir des voies de recours internes que lui ouvrirait le système juridique d'un autre Etat. Il est d'importance cruciale, dès lors, que soit déterminée la question de savoir si le préjudice subi doit être considéré comme un préjudice direct subi par l'Etat demandeur. L'arrêt énonce à cet égard ce qui suit : « Aucune des violations des droits dont se prévaut Saint-Vincent-et-les-Grenadines, tels qu'énumérés au paragraphe 97, ne peut être présentée comme une violation d'obligations concernant le traitement à réserver à des étrangers. Elles sont toutes des violations directes des droits de Saint-Vincent-et-les-Grenadines. Le préjudice subi par les personnes impliquées dans l'activité du navire découle de ces violations. De ce fait, les demandes présentées au sujet de ce préjudice ne sont pas soumises à la règle qui requiert l'épuisement des recours internes. » Selon la conclusion de la Cour internationale de Justice en l'affaire *ELSI* (*C.I.J. Recueil 1989*, pp. 42 et 43, paragraphe 51), les requêtes devant être exemptées de l'application de la règle des recours internes doivent être « à la fois distinct[es] et indépendant[es] » du différend relatif à la violation alléguée des droits des personnes concernées. Déterminer s'il s'agit bien d'un tel cas ne saurait dépendre de la manière dont les demandes sont formulées; il s'avère plutôt nécessaire de déterminer la nature du préjudice subi et des droits violés.

49. Bien que les conclusions nos. 1, 2, 4, 5, 7 et 8 aient été exposées en termes de violations des droits de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, l'on peut difficilement nier que le différend n'aurait pas surgi s'il n'y avait pas eu l'arraisonnement du *Saiga* par les autorités de la Guinée. Il ne fait, en outre, aucun doute que l'arraisonnement du *Saiga* a eu des conséquences préjudiciables principalement pour le propriétaire du navire, son affréteur et son équipage. Ceci se trouve reflété dans l'arrêt. L'arrêt accorde une réparation principalement aux membres d'équipage, au capitaine, au propriétaire et à l'affréteur du navire (voir point 3 du dispositif et l'annexe); cependant, aucune réparation n'a été directement accordée à Saint-Vincent-et-les-Grenadines.

50. La question cruciale qui doit être tranchée est celle de savoir si, en l'espèce, il s'agit d'une affaire qui se rapporte à la violation alléguée des droits d'un Etat, à savoir Saint-Vincent-et-les-Grenadines, ou si l'affaire se rapporte également à la violation alléguée des droits d'individus. En termes plus précis, il est important de savoir si la liberté de navigation et le droit de ne pas être soumis à une poursuite illicite qu'invoque Saint-Vincent-et-les-Grenadines constituent uniquement des droits qui reviennent aux Etats ou s'il s'agit de droits qui peuvent revenir également aux navires.

51. Le libellé de différentes dispositions de la Convention relatives à la liberté de navigation (articles 58 et 87) semble aller dans le sens de la première interprétation, alors que l'article 111, paragraphe 8, de la Convention va dans le sens de la deuxième interprétation. L'article 87 de la Convention, qui est visé à l'article 58, traite des libertés reconnues aux Etats, bien que, dans la pratique, ces libertés ne sont pas exercées dans la plupart des cas directement par les Etats, mais plutôt par des personnes physiques ou morales. Toutefois, l'article 111, paragraphe 8, de la Convention stipule que dans le cas d'une poursuite illicite – qui constitue une violation de la liberté de navigation – le navire qui a été arraisonné de manière illicite doit être indemnisé. D'après l'article 110, paragraphe 3, de la Convention, un navire qui a été soumis à une visite illicite à son bord en haute mer doit également être indemnisé. Etant donné que, en droit international, le droit à une réparation dépend de l'existence préalable d'un droit protégé sur le plan international, dont la violation donne lieu à une responsabilité au plan international, ces dispositions indiquent toutes deux que la liberté de navigation inclut également un droit des personnes physiques ou morales. Ceci est indirectement confirmé par deux dispositions de la Convention. L'article 295 de la Convention stipule que les recours internes doivent être épuisés, lorsque cela est requis au regard du droit international, avant qu'un différend entre Etats Parties ne puisse être soumis à une des procédures de règlement des différends prévues par la Convention. Si, comme semble l'indiquer l'arrêt, les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention sont uniquement des différends entre Etats Parties

surgissant de violations alléguées des droits reconnus aux Etats, l'article 295 de la Convention serait dénué de sens. Une telle manière de voir constituerait en outre une violation d'une des règles les plus fondamentales concernant l'interprétation des traités internationaux, à savoir celle qui impose que l'interprétation ne devrait pas vider la disposition de tout effet. Enfin, selon l'article 292, paragraphe 2, de la Convention, la demande de prompt mainlevée de l'immobilisation d'un navire peut être présentée par l'Etat du pavillon ou en son nom. Le deuxième terme de l'alternative contenu dans cette disposition offre la possibilité à l'Etat du pavillon de confier à une entité dont les intérêts se trouvent directement en cause le soin d'introduire les procédures concernées. Ceci, de nouveau, constitue la reconnaissance du fait que les différends relatifs à l'exercice de la liberté de navigation en général impliquent des droits des personnes physiques ou morales qui pourraient l'emporter sur les droits reconnus aux Etats. De ce fait, le concept de la liberté de navigation se rapporte aux Etats tout comme aux individus et aux entités privées. Toute autre interprétation irait à l'encontre de l'objectif de la Convention sur le droit de la mer. Si la liberté de navigation devait être interprétée comme signifiant une liberté des seuls Etats, elle serait limitée au droit qu'ont les Etats d'avoir des navires battant leur pavillon. Une telle définition ne tiendrait pas compte du fait que le concept de la liberté de navigation va plus loin, comme l'a affirmé la Cour permanente de Justice internationale en l'affaire *Oscar Chinn* :

La liberté de navigation consacrée par la convention comporte, d'après la notion communément admise, la liberté de mouvement pour les bateaux, la liberté d'approcher des ports, de profiter des ouvrages et docks, de charger et de décharger les marchandises, ainsi que la liberté de transporter des marchandises et des voyageurs. (*Oscar Chinn, arrêt, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 63, p. 83*)

52. Bien que cette définition de la notion ne puisse pas être appliquée sans adaptation à la liberté de navigation en mer, il ne fait aucun doute que cette liberté concerne les activités menées par des individus ou des entités privées plutôt que celles menées par des Etats. Il s'ensuit que qualifier les demandes résultant de violations du droit de navigation de différends entre les Etats est contestable.

53. Les dispositions de la Convention indiquent que, pour ce qui est de la liberté de navigation, les droits reconnus aux Etats et ceux des individus se trouvent intimement liés. Il est significatif que, s'agissant de la liberté de pêche, l'article 116 de la Convention mentionne le droit qu'ont les Etats de voir leurs ressortissants se livrer à la pêche. Un libellé analogue aurait pu s'appliquer de manière appropriée à la liberté de navigation.

54. Si l'on appliquait le critère arrêté par la Cour internationale de Justice en l'affaire *ELSI* (*C.I.J. Recueil 1989*, pp. 42 et 43, paragraphe 51) pour savoir si les recours internes doivent être épuisés, l'on arriverait à la constatation que, lorsque le différend se rapporte à une violation alléguée de la liberté de navigation, il est impossible de conclure que ledit différend est relatif à des violations alléguées de la Convention et qu'il est à la fois distinct et indépendant d'un différend se rapportant à la violation alléguée des droits du navire en cause.

55. La Guinée n'aurait toutefois pas pu invoquer la règle de l'épuisement des recours internes, puisque cette règle ne s'applique que lorsqu'a existé au préalable un lien volontaire entre l'individu et l'Etat défendeur (voir Ian Brownlie, *The Rule of Law in International Affairs*, 1998, p. 104). Par conséquent, cette règle ne s'applique pas, comme l'arrêt le souligne à juste titre (paragraphe 100) dans les cas où l'Etat qui a pris les mesures a agi en dehors du champ relevant de sa juridiction. En particulier, lorsqu'un Etat n'a pas de juridiction à propos des mesures qu'il a prises, comme c'est le cas ici, requérir l'épuisement des recours internes équivaldrait à la reconnaissance d'une juridiction dudit Etat. Ceci ne constitue certainement pas l'objectif visé par le concept de l'épuisement des recours internes.

Relations entre le Convention et le droit interne

56. Au paragraphe 121 de l'arrêt, il est dit que le Tribunal est « compétent pour déterminer la compatibilité ou non de ces lois et règlements avec la Convention ». En dépit du rappel de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, cette déclaration ne devrait pas être comprise comme une limitation de la compétence du Tribunal. De fait, ses compétences, à la suite du développement progressif du droit international à travers la Convention, sont beaucoup plus larges. Par exemple, selon l'article 58, paragraphe 3, de la Convention, les Etats « tiennent dûment compte des droits et des obligations de l'Etat côtier et respectent les lois et règlements adoptés par celui-ci conformément aux dispositions de la Convention ». Cela signifie que les Etats ne sont pas seulement liés par les dispositions de la Convention, mais également par le droit interne adopté par les Etats côtiers respectifs.

57. Le droit interne joue un rôle particulier dans le régime juridique qui régit l'utilisation et la gestion de la mer. La Convention doit être considérée comme un accord-cadre; elle prévoit d'autres règles devant être adoptées par les Etats, en particulier les Etats côtiers, par les organisations internationales ou par des conférences internationales. Lesdites règles, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la Convention, complètent celle-ci et relèvent donc de la compétence du Tribunal. Ceci est explicitement énoncé à l'article 297, paragraphe 1, lettre b), de la Convention.

D'après cet article, les procédures obligatoires de règlement des différends prévues à la section 2 de la partie XV de la Convention concernent les cas où il a été allégué qu'un Etat, en exerçant par exemple la liberté de navigation, a agi de manière contraire aux lois et règlements adoptés par l'Etat côtier. Compte tenu de cela, le Tribunal aurait pu et aurait dû déclarer d'emblée que la législation guinéenne ne pouvait pas servir de base pour arraisonner le *Saiga*.

Les dépens

58. L'arrêt s'est abstenu d'allouer des dépens à la partie qui a eu gain de cause. Je souscris à cette décision, parce que j'estime que, bien que le Tribunal ait été mandaté pour agir de la sorte, il ne serait pas approprié de rendre une décision contraire, tant que le Tribunal n'aura pas établi de règles et de critères généraux relatifs à l'évaluation des coûts et à leur répartition. Si de telles règles et critères avaient déjà été établis, j'aurais donné mon accord pour que des dépens d'un montant raisonnable et que le montant des frais nécessaires soient accordés à la partie ayant eu gain de cause.

(Signé) Rüdiger Wolfrum