

OPINION INDIVIDUELLE DE MME. L'ARBITRE BORILE

1. Si j'ai voté en faveur du dispositif de la sentence arbitrale, je suis cependant en désaccord avec certains aspects du raisonnement suivi par le Tribunal arbitral. Dès, lors, et vu l'importance de l'affaire et la gravité des problèmes juridiques en jeu, il est de mon devoir d'user de la faculté qui m'est donnée d'exposer mon opinion individuelle, ainsi que les motifs pour lesquels j'ai cru pouvoir accepter la conclusion de la sentence. La présente opinion ne vise donc pas à critiquer la motivation dans son ensemble, mais deux de ses éléments particuliers. Il s'agit, d'une part, d'une partie du raisonnement tenu par rapports aux prétentions historiques des Parties et, d'autre part, des longs développements du Tribunal quant à la partie sur la prescription acquisitive et le droit à l'autodétermination

Prétentions historiques

2. En premier lieu, il convient de rappeler la question qui était posée au Tribunal arbitral. Il devait être déterminé à qui appartient la souveraineté sur les îles Malouines. Pour ce faire, comme le Tribunal l'a justement relevé aux paragraphes 50 et suivants de sa sentence, la date à laquelle le différend s'est cristallisé est essentielle (*Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J., Recueil 2012, p. 624, par. 67). En effet, ne peuvent être pris en considérations « des actes qui se sont produits après la date à laquelle le différend entre les Parties s'est cristallisé, à moins que ces activités ne constituent la continuation normale d'activités antérieures et pour autant qu'elles n'aient pas été entreprises en vue d'améliorer la position juridique des Parties qui les invoquent » (*Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 682, par. 135. Voy. également *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 697-698, par. 117).

3. En l'espèce, c'est à juste titre que le Tribunal conclut, au paragraphe 53 de la sentence, que le 19 novembre 1829 – date à laquelle le Royaume-Uni a adressé sa note de contestation au décret argentin du 10 juin 1829 – constitue la date critique du différend. Dès lors, l'année 1829 constitue une date charnière dans l'histoire de la possession des îles. Je reviendrai sur les conséquences à tirer de cette affirmation dans le second point de la présente opinion.

4. Dans un second temps, le Tribunal a analysé les titres historiques des Parties sur les îles Malouines. Il s'agissait du Traité de cession franco-espagnol datant du 4

octobre 1766 et de l'Accord hispano-britannique de 1771. Encore une fois, il ne s'agit pas ici de critiquer les conclusions auxquelles le Tribunal est arrivé, mais bien le raisonnement qui a été tenu. En effet, c'est à juste titre que le Tribunal a conclu à la souveraineté de l'Espagne sur les îles Malouines à l'époque, et au transfert subséquent de souveraineté à l'Argentine, par l'entremise du principe de *l'uti possidetis juris*.

5. Toutefois, et c'est ici que je suis en désaccord avec le raisonnement du Tribunal, il me semble que la question des effectivités a été trop rapidement évacuée. Le Royaume-Uni a, en effet, invoqué l'installation d'une plaque en 1774, attestant de sa souveraineté sur les îles litigieuses. Or, le Tribunal s'est contenté de rejeter cet argument en affirmant succinctement, au paragraphe 76 de la sentence, qu'il n'existait pas de souveraineté britannique antérieure à la pose de ladite plaque. Si la conclusion est correcte, et qu'il ne peut en l'espèce en être déduit une quelconque souveraineté britannique, toujours est-il que le Tribunal manque de clarté sur ce point, une plaque pouvant tout à fait attester de la souveraineté d'un Etat sur un territoire. Il aurait ainsi suffi pour justifier sa conclusion que le Tribunal énonce, par exemple, les enseignements très clairs de l'arrêt *Burkina Faso c. Mali*, dans lequel la Cour internationale de Justice a affirmé que « dans le cas où le fait ne correspond pas au droit [...] il y a lieu de préférer le titulaire du titre » (*Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, par. 63). En d'autres mots, les effectivités postérieures aux accords précités ne sauraient, quelles qu'elles soient, l'emporter sur le titre conventionnel. Le tribunal aurait ainsi pu écarter toute prétention britannique sur les îles Malouines, insuffisante pour l'établissement d'un titre territorial.

6. Ce dernier point me permet justement d'en venir maintenant à la seconde partie de la présente opinion.

Prescription acquisitive et droit à l'autodétermination

7. Comme déjà précisé, la date critique sert à bloquer ce qui vient après cette date et ce, peu importe l'argument avancé par les parties. En outre, s'il existe un titre conventionnel, et qu'il est possible d'en déduire qu'il établit la souveraineté d'un Etat sur un territoire, ce titre l'emporte sur toute autre considération et rend l'examen des autres bases invoquées par les Parties non seulement inutile mais, en outre, juridiquement impossible. Or, un tel titre existe en l'espèce – le Traité de cession franco-espagnol de 1766 et l'Accord hispano-britannique de 1771 – et il permet d'établir la souveraineté de l'Argentine sur les îles Malouines. Par conséquent, il me semble que les autres prétentions invoquées par le Royaume-Uni se devaient d'être rejetées.

8. Certes, la prescription acquisitive et le droit à l'autodétermination sont susceptibles respectivement de provoquer une acquisition de titre par l'écoulement du temps ou de prendre en compte la volonté actuelle des habitants d'un territoire en raison de l'obligation des Etats de mettre fin au colonialisme. Toutefois, il n'existe aucun précédent sur lequel le Tribunal pouvait se fonder pour justifier la prise en compte de tels arguments, *au-delà* de la date critique.

9. En définitive, mes sérieuses réserves sur le raisonnement du Tribunal ne m'ont pas empêché de voter en faveur du dispositif, car ma conclusion sur ce second point rejoint celle de mes collègues. En effet, premièrement, l'argument britannique de la prescription acquisitive se doit d'être rejeté en ce qu'il ouvrirait la porte à de nombreux abus et que son existence en droit international est loin d'être établie. Deuxièmement, comme l'a justement relevé le Tribunal, dans le cas des îles Malouines, décolonisation et autodétermination ne sont pas synonymes. Si ces îles constituent une situation de territoire colonial, il n'existe cependant pas de peuple colonisé et, par conséquent, de revendication légitime à l'autodétermination. À mon avis, la question des Malouines est un problème d'occupation et non d'autodétermination. Les occupants ne peuvent faire valoir aucun droit à l'exercice d'une quelconque souveraineté sur ce territoire. Enfin, et cela aurait sans doute eut été utile au Tribunal de le préciser, l'acte de force britannique de 1833 était illicite, ce qui a pour conséquence de vicier toute occupation britannique subséquente.

10. Par conséquent, et pour les raisons évoquées dans la présente opinion, il m'est possible de me rallier à la conclusion de la sentence arbitrale et j'estime que le Tribunal a correctement décidé que îles Malouines relèvent de la souveraineté de l'Argentine.

(Signé) Laurine BORILE