

OPINION INDIVIDUELLE DE M. L'ARBITRE FALLAS, PRÉSIDENT

1. Si j'ai voté et suis parfaitement en accord avec la décision du Tribunal Arbitral sur la question de la souveraineté sur les îles Malouines, il reste toutefois quelques points sur lesquels mon interprétation des éléments factuels ou juridiques diffère de celle adoptée par le Tribunal.

2. Ces quelques observations relèvent parfois d'un détail interprétatif ponctuel mais deux d'entre elles concernent des notions fondamentales du droit international en général et du droit des différends territoriaux en particulier. Sans changer fondamentalement le sens de la décision finale, le traitement des notions de date critique et de prescription acquisitive en droit international auraient mérité à mes yeux une approche plus flexible de la part du tribunal. Une approche qui lui aurait permis de simplifier la prise en compte d'arguments postérieurs à la date critique et de clarifier la question de l'existence de la prescription en droit international.

3. Dans la présente opinion, je procéderai à ces quelques considérations divergentes dans l'ordre dans lequel ces éléments ont été abordés dans la sentence. La question de la date critique et de la prescription acquisitive seront donc respectivement explorées dans les sections **I** et **III**. Les parties **II** et **IV** ajouteront quant à elles quelques précisions sur les définitions et l'importance de deux notions rencontrées au cours de la sentence et dont il est, à mon sens, capital de dessiner clairement les contours. Ces notions sont, respectivement, celle de « pavillon » et celle de « droit à l'autodétermination ».

I. D'UNE INTERPRÉTATION TÉLÉOLOGIQUE DE LA NOTION DE DATE CRITIQUE

4. La détermination de la date critique, on le sait, constitue une étape essentielle dans le règlement pacifique d'un différend territorial. Elle permet en effet de fixer à une date précise les éléments du différend. En s'abstenant d'avoir égard aux faits postérieurs à cette date, l'on évitera de voir la décision influencée par des faits qui ne seraient mus que par la volonté de l'une des Parties, consciente de l'existence du différend, d'asseoir mieux sa prétention sur le territoire.

5. Cette date butoir pourra toutefois ne pas être entièrement étanche, comme le constate le Tribunal (par. 52), la Cour Internationale de Justice a accepté d'analyser des faits postérieurs si ceux-ci constituaient la continuité normale d'activités antérieures à la date critique (*Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)* par. 135).

6. Dans sa présente décision, le Tribunal choisit de suivre les arguments de l'Argentine et d'adopter comme date critique le 19 novembre 1829, date à laquelle le Royaume-Uni a protesté contre la désignation d'un gouverneur argentin pour les îles Malouines. Tous les faits postérieurs à cette date et les arguments qui y étaient liés auraient donc dû être ignorés.

7. Pourtant, le Tribunal a ensuite décidé, « *en raison de leur nature particulière* » (par. 89) d'examiner deux arguments en dépit de leur postériorité au

regard de la date critique, à savoir la prescription acquisitive et le droit à l'autodétermination. L'analyse de ces deux questions qui constituaient le cœur de l'argumentaire britannique présentait un intérêt certain mais prive totalement d'effet utile la date critique précédemment choisie.

8. Pour lui permettre d'analyser ces arguments britanniques plus récents, le Tribunal aurait pu, à mon sens, aborder la question de la date critique d'une manière plus subjective et conciliante, lui évitant de tourner si brusquement le dos à la date critique qu'il s'était choisi.

9. Plutôt que de choisir entre la date critique proposée par l'une ou l'autre Partie, le Tribunal aurait pu chercher à concilier les positions des deux Parties sur ce point, se permettant ainsi d'analyser équitablement les arguments proposés de chaque côté tout en maintenant l'intérêt de la date critique, à savoir celui d'évincer tout acte « parasite » qui aurait été réalisé dans le seul but d'influencer l'issue du différend.

10. Dans la recherche de ce juste milieu, on constate que l'Argentine et le Royaume-Uni se placent aux deux extrémités d'un « spectre de sensibilité » quant à la question de la cristallisation du différend. L'Argentine, très sensible, considère que le différend est cristallisé dès la première protestation écrite du Royaume-Uni, alors que celui-ci, à l'opposée, considère que le différend n'est formé qu'au moment où il est certain que la situation litigieuse sera présentée à un tribunal. C'est entre ces deux conceptions que le Tribunal aurait pu choisir la date critique qui aurait convenu au mieux pour une analyse équitable des arguments des Parties.

11. La date qui aurait à mon sens pu convenir le mieux à l'analyse des arguments telle qu'elle a été faite par le Tribunal se situe en 1833, lorsque les Britanniques commencèrent, par ce que les Argentins considèrent comme un recours à la force, à occuper l'île (par. 20). Après cet épisode aux qualifications controversées, il est indéniable qu'il existe un différend entre les deux Parties. Cette date donne également l'avantage de pouvoir analyser les deux arguments britanniques qui, bien que toujours postérieurs à la date critique, peuvent être vus comme constituant une « continuité normale d'événements antérieurs », puisqu'ils découlent tous deux de l'arrivée des Britanniques sur l'île et de leur présence subséquente.

12. Une telle détermination de la date critique permettant de concilier les positions et de ne pas rejeter les arguments incontournables des deux Parties aurait été préférable. Tout en respectant les définitions antérieures de la notion de date critique, elle aurait évité au Tribunal l'assemblage juridique consistant à choisir une date critique pour s'en départir aussitôt après en raison de circonstances particulières.

II. DE L'ABSENCE D'ANALOGIE ENTRE UNE PLAQUE ET UN PAVILLON

13. Sur la question de la plaque laissée par les Britanniques à Port Egmont lors de leur retrait de l'île en 1774, le Tribunal choisit de considérer que cette plaque n'a eu aucune incidence sur la souveraineté des îles (par. 76). Le rejet de cet argument est étayé par une citation de l'arrêt du différend territorial Malaisie/Singapour dans

lequel la Cour Internationale de Justice soutint que « *le déploiement d'un pavillon n'est habituellement pas une manifestation de souveraineté* » (*Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie c. Singapour)* par. 246). Le Tribunal considère alors par analogie qu'une plaque, comme un pavillon, ne peut constituer une marque de souveraineté.

14. Le Tribunal en vient donc à considérer une plaque et un pavillon sur un pied d'égalité, à savoir comme deux « constructions » qui serviraient à marquer la souveraineté. Ce faisant, il ignore toutefois la signification particulière du pavillon en droit international et plus particulièrement en droit de la mer.

15. Le pavillon, conformément à l'article 91 de la convention de Montego Bay, est l'objet matériel qui permet d'identifier la nationalité d'un navire. Il s'agit donc, en droit international, d'une marque de nationalité utilisée en haute mer n'impliquant rien sur des questions de souveraineté. C'est d'ailleurs sur cette prémisse qu'était basé l'argument de la Malaisie qui conduisit la Cour à considérer qu'un pavillon ne constituait pas une marque de souveraineté (*Malaisie c. Singapour*, précité, par. 245).

16. Bien que, à ma connaissance, les effets d'une plaque en matière de souveraineté n'aient pas encore été précisément analysés par une juridiction internationale, il apparaît clairement qu'elle serait différente de celle d'un pavillon maritime. En effet, de telles plaques sont utilisées par les Etats spécifiquement dans le but de marquer l'exercice d'une souveraineté. Ainsi, l'on peut apprendre que l'Australie utilisa une plaque en 1930 pour asseoir sa souveraineté sur une portion de l'Antarctique (Josyane COURATIER, *Le système antarctique*, Bruylant, Bruxelles, 1991, p. 65). De même, des plaques de bronze sont encore utilisées aujourd'hui par l'Etat français pour manifester sa souveraineté sur les îles Hunter, Matthew et Clipperton, îlots inhabités du Pacifique (Paul DE DECKKER, *Figures de l'Etat dans le Pacifique*, Editions l'Harmattan, Paris, 2006, p. 328).

17. S'il est probablement vrai que la plaque britannique avait dans notre cas peu de valeur et que son rejet se justifiait bel et bien (en raison notamment de la souveraineté déjà établie de l'Espagne sur le territoire), il aurait été préférable pour le Tribunal de ne pas la comparer directement et uniquement à un pavillon dont la fonction reste plus circonscrite en droit international.

III. DE L'EXISTENCE (OU INEXISTENCE) D'UNE PRESCRIPTION ACQUISITIVE EN DROIT INTERNATIONAL

18. Le Tribunal est resté prudent en se gardant bien d'affirmer qu'il existait ou non une prescription acquisitive en droit international, préférant laisser planer l'incertitude déjà présente dans la jurisprudence internationale. Si toutefois elle venait à exister, le Tribunal choisit alors d'appliquer les critères proposés par la Namibie dans l'affaire de *l'île de Kasikili/Sedudu* (par. 102).

19. Selon moi, une telle prescription ne peut exister en droit international de la même manière qu'elle existe en droit interne, à savoir comme un mécanisme qui

transférerait automatiquement la souveraineté à l'occupant de longue durée d'un territoire.

20. Dans le différend territorial et maritime opposant le Cameroun au Nigéria, ce dernier avança que sa souveraineté sur certains territoires pouvait être attestée par sa longue occupation de ceux-ci. La Cour rejeta cet argument, considérant qu'une telle occupation « *ne saurait se substituer aux modes d'acquisition de titre reconnus par le droit international, qui tiennent compte de nombreux autres facteurs importants de fait et de droit* » (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant)*, par. 65). Ainsi, si une souveraineté étatique est déjà exercée sur un territoire, aucun principe ne permet de la remplacer par une autre par le biais d'une simple occupation, aussi longue et paisible soit-elle.

21. La Cour ajoute ensuite – et c'est là le nœud du problème de la prescription en droit international – que ce qu'il s'agit ici de rechercher pour donner effet à une telle occupation prolongée est un acquiescement de la part de l'Etat souverain du territoire occupé, une renonciation à sa propre souveraineté au profit de l'occupant (*Cameroun c. Nigéria*, précité, par. 70). Si elle existe, cette renonciation pourra alors opérer le transfert de souveraineté. Si une telle renonciation ne peut être prouvée, on se retrouve alors en présence d'effectivité non conformes au droit vis-à-vis desquelles « *il y a lieu de préférer le titulaire du titre* » (*Différend frontalier (Burkina Faso c. République du Mali)*, par. 63).

22. Ainsi, c'est en réalité cet acquiescement exprès ou tacite à l'occupation du territoire qu'il faudra rechercher pour établir une forme de « prescription » en droit international plutôt que des conditions d'acquisition automatiques semblables à celles existant en droit interne.

23. C'est précisément sur l'existence de cet acquiescement que le Tribunal aurait dès lors pu se focaliser. Il aurait alors sans doute constaté qu'au regard du grand nombre de protestations émanant de l'Argentine, l'on ne pouvait considérer en aucune manière qu'il existait de la part de l'Argentine une quelconque renonciation à ses droits souverains sur les îles.

IV. DE DEUX CONCEPTIONS DU DROIT À L'AUTODÉTERMINATION

24. Après une longue analyse consacrée à la portée du droit à l'autodétermination, le Tribunal a considéré que celui-ci, tel qu'il est décrit dans les résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies et dans la jurisprudence internationale, ne pouvait s'appliquer à la population des îles Malouines.

25. Par cette analyse parfaitement justifiée, le Tribunal a toutefois manqué de souligner suffisamment la divergence entre la vision du droit à l'autodétermination tel qu'il existe en droit international et celle sur laquelle se base partiellement le Royaume-Uni pour appuyer son argumentation

26. En effet, le droit à l'autodétermination des peuples en droit international (aussi appelé « droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ») constitue avant tout une solution de décolonisation mise en place à la moitié du XX^e siècle et comme l'a montré le Tribunal, il s'applique, en vertu de la Charte de Nations-Unies, et de résolutions de l'Assemblée Générale à certains peuples précisément identifiés.

27. Or, dans son argumentaire, si le Royaume-Uni prend pour point de départ cette conception du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, il passe ensuite à un tout autre registre lorsqu'il invoque le référendum organisé dans les îles Malouines en 2013. Ce référendum est organisé conformément à la constitution des îles Malouines qui prévoit un droit à l'autodétermination des habitants des Malouines. Ce droit à l'autodétermination est toutefois différent de son pendant international. Même s'il a recours à la même terminologie, ce droit à l'autodétermination, également accordé par le Royaume-Uni à certains autres de ses territoires dépendants, a une origine purement légale et interne au système juridique britannique. Il permet simplement à ces territoires dépendants de quitter le Royaume-Uni s'il le souhaitent.

28. Cette autodétermination accordée par la loi se place donc sur un plan différent de celui de l'autodétermination prévue par la Charte des Nations Unies. Les résultats d'un référendum issu de ce droit à l'autodétermination purement interne ne pourront donc en aucun cas influencer la situation des votants au regard du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

29. Cette différence de conception méritait à mes yeux d'être souligné car, bien qu'elle n'eut ici en rien modifié l'appréciation du Tribunal, elle reste difficile à cerner en raison de l'identité de terminologie utilisée dans les discours relatifs à ces concepts jumeaux mais dotés de parentés opposées.

(Signé) Arthur FALLAS
