

Opinion individuelle de Mme l'arbitre HENAUT

1. J'ai voté en faveur de l'adoption de la présente sentence, relative au différend territorial entre l'Argentine et le Royaume-Uni concernant la souveraineté sur les îles Malouines. J'approuve donc la conclusion du Tribunal selon laquelle les îles Malouines appartiennent à l'Argentine, mais ne suis pas d'accord avec l'ensemble du raisonnement suivi par le Tribunal. Je vais donc revenir ici sur deux points : la prescription acquisitive et l'accord hispano-britannique de 1771.

1. La prescription acquisitive

2. Tout d'abord, je ne suis pas d'accord avec la manière dont le Tribunal a examiné l'argument britannique de la prescription acquisitive. En effet, le Tribunal a souhaité l'examiner mais il aurait néanmoins dû l'écarter directement, sans en examiner les conditions. D'une part parce qu'il se situe après la date critique et d'autre part parce que la prescription acquisitive n'est pas consacrée en droit international.

3. L'identification de la date critique est une première étape importante et décisive dans un différend relatif à la souveraineté sur un territoire. L'objectif de l'établissement de la date critique est de distinguer les faits pertinents des faits non pertinents, ces derniers ayant lieu après la date de cristallisation du différend (*Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 682, par. 135). Le Tribunal ne peut donc prendre en considération dans son appréciation les actes accomplis après la date critique. Ce serait nier à l'établissement d'une date critique toute sa fonction. Or en l'espèce le Tribunal a évalué l'argument britannique alors que l'occupation a commencé en 1833 et que la date critique a été arrêtée à la date du 19 novembre 1929. L'argument de la prescription acquisitive aurait dû donc être directement invalidé.

4. Par ailleurs, le Tribunal aurait dû se prononcer contre l'argument britannique de la prescription acquisitive plutôt que de relever son caractère incertain et d'examiner si l'occupation des îles par le Royaume-Uni en remplissait les conditions. Il apparaît en effet que la prescription acquisitive est un concept doctrinal, non accepté en droit international. La prescription acquisitive n'est consacrée par aucune source conventionnelle et les bases du titre ne sont pas clairement définies par la doctrine. La notion de prescription acquisitive souffre en effet d'une absence de définition uniforme, universelle au sein de la doctrine. Il semble dès lors impossible d'appliquer en droit international un concept insuffisamment abouti et encore flou pour ses défenseurs. On ne peut le considérer comme

un principe coutumier, et aucun précédent ne la consacre formellement. En effet, les précédents cités par le Tribunal, les arbitrages de Chamizal et de l'île de Palmas, datant respectivement de 1911 et de 1928, sont relativement anciens et les juridictions internationales n'ont accepté l'argument de la prescription dans aucune affaire plus récente. Le Tribunal a par ailleurs souligné que dans Kasikili/Sedudu, la Cour internationale de Justice a qualifié la prescription acquisitive de « doctrine » (*Affaire de l'île Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1059, par. 19). Depuis 1945 le droit international a évolué vers une conception plus volontariste et consensuelle. La prescription acquisitive, qui ne demande aucune manifestation de la volonté et de consentement de la part d'un Etat s'inscrit donc à l'encontre de cette évolution. Elle fait en effet prévaloir une situation de fait sur un titre juridique, et bien qu'il existe en droit international des états de fait susceptibles de produire des conséquences juridiques, la prescription valide un fait illicite tel qu'un acte de violence, ce qui pose la question du principe bien établi de *ex injuria jus non oritur*.

5. Pour finir, accepter la prescription acquisitive en tant que principe général de droit, principes communs aux grands systèmes de droit contemporains et applicables à l'ordre international, aurait été inopportun. En effet, les principes généraux de droit ont un statut et une valeur controversés, et jouissent d'une définition peu claire, d'absence de précédent décisif et d'hésitations dans la doctrine. Le caractère rudimentaire du droit international au XIX^{ème} siècle a mené de nombreux arbitres à se poser en législateur en recourant aux principes généraux du droit. La Cour internationale de Justice a parfois fait des allusions explicites dans la mesure où les parties en litige en avaient fait un élément de leur argumentation, mais ne s'est pas beaucoup penchée sur la question, et les juridictions internationales sont en général assez prudentes dans l'utilisation et la qualification d'un concept de principe général de droit. Les deux cas où la Cour s'est référée formellement aux principes généraux de droit de l'article 38, ce fut pour les écarter et rejeter l'argument des parties (*Affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*, fond, arrêt, C.I.J., Recueil 1960, p. 43 ; *Affaire du Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 47, par. 88). Le droit international est certes moins formaliste que les divers droits internes, mais c'est l'intention des parties qui est prépondérante, quelle que soit la manière dont elle s'exprime, à condition qu'elle soit suffisamment claire. En effet, les sources de l'ordre juridique international étant sous-tendues par le consentement des Etats, l'article 38 du statut de la Cour reconnaît au juge le pouvoir d'appliquer et de déterminer les principes généraux de droit pertinents qui deviennent opposables aux sujets souverains que sont les Etats sans l'expression formelle de leur volonté. Dès lors, le degré d'exigence et de précision pour qualifier un concept de principe général de droit international est élevé.

6. En l'espèce, au vu du manque de preuves apportées par le Royaume-Uni à ce sujet, en aucun cas le Tribunal ne pourrait accepter la prescription acquisitive comme étant un principe général de droit international, ni comme étant fondé sur une autre source de droit international, et il aurait dès lors dû l'écartier directement ou se prononcer contre.

2. L'accord hispano-britannique de 1771

7. J'aimerais maintenant revenir sur l'accord hispano-britannique de 1771, interprété par le Tribunal à l'aide des principes coutumiers d'interprétation. Tout d'abord je voudrais souligner le fait que l'argument n'a pas été avancé par l'Argentine mais par le Royaume-Uni, qui affirme que l'accord constitue une reconnaissance de la souveraineté britannique par l'Argentine.

8. Il ne me semble pas qu'on puisse conclure à la reconnaissance de la souveraineté espagnole par la Grande-Bretagne comme le Tribunal l'a fait. En effet, l'Espagne était souveraine sur les îles en vertu de l'accord de cession franco-espagnol de 1766. Le Traité de 1771 n'a pas apporté de modifications à ce statut légal, il est resté inchangé, mais il n'a pas pour cela été reconnu par la Grande-Bretagne. Aucune référence expresse n'est en effet faite à la souveraineté espagnole. La seule référence à la question de la souveraineté dans l'accord de 1771, par le Prince Masserano est celle-ci : « « (...) au nom du Roi son Maître, que l'engagement de Sa dite Majesté Catholique de restituer à S.M. Britannique la possession du Fort et Port appelé Egmont, ne peut ni ne doit nullement affecter la question de droit antérieur de souveraineté des Iles Malouines, autrement dites Falkland ». Bien que le Prince de Masserano fasse une distinction entre « possession » et « souveraineté » et que la Grande-Bretagne ne conteste pas ces termes, elle n'en reconnaît pas pour autant la souveraineté argentine. En effet, cette absence de protestation peu avoir un caractère diplomatique, visant à faciliter la signature de l'accord et préserver les relations entre les deux Etats. Par ailleurs, l'objet et le but de l'accord étaient la réparation de l'injure et la remise en possession formelle de Port Egmont aux britanniques. Au regard du sens ordinaire des termes et de l'objet et le but de l'accord, le contournement de la question des droits souverains signifie qu'elle est controversée et qu'elle sera abordée dans un autre cadre. L'Espagne avait donc un titre sur les îles Malouines datant de l'accord de cession de 1766 et l'accord n'a pas modifié ni supprimé ce titre.

(Signé) Victoria HENAUT