

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LAING

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	Page
INTRODUCTION	47
BIEN-FONDÉ DES MESURES	49
PRÉALABLES À LA PRESCRIPTION DE MESURES CONSERVATOIRES	50
Compétence	50
Règle générale	
Compétence <i>prima facie</i>	
Questions subsidiaires	51
Preuves et normes d'évaluation	
Urgence procédurale	
CIRCONSTANCES JUSTIFIANT LES MESURES	53
La circonstance de la préservation des droits respectifs des parties en litige	54
Préservation	
Droits	
Réaliser un équilibre entre les droits des parties	
Tierces parties	
Urgence quant au fond	
Paraphrases de la préservation des droits	61
Irréparabilité	
Arrêts définitifs privés d'effet	
Prévention de la destruction de l'objet	
Aggravation ou extension du différend	
La prévention des dommages graves au milieu marin	66
CONCLUSIONS	67

INTRODUCTION

1. La présente opinion individuelle expose ma position sur plusieurs aspects de l'affaire eu égard à la nouveauté de l'article 290 et des différences existant entre les dispositions relatives à la prescription de mesures conservatoires de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (« la Convention ») et les dispositions correspondantes du Statut de la Cour internationale de Justice (C.I.J.). Comme cet aspect de l'acte constitutif du Tribunal a été élaboré sur le modèle du Statut de la C.I.J., il est important que le Tribunal se penche assez tôt dans son existence sur ces différences et sur certaines questions connexes afin de pouvoir promptement statuer en connaissance de cause sur des aspects essentiels de sa compétence et du droit qu'il administre, et d'être à même d'exercer ses fonctions essentielles. J'estime donc que la longueur, le style et le degré de détail de la présente opinion sont justifiés.

2. Il faut tout d'abord se pencher sur les objectifs apparents de l'autorisation des mesures conservatoires dans un grand nombre de traités sans rapport entre eux. L'un de ces objectifs est de faire droit aux demandes d'une partie tendant à la préservation du *status quo pendente lite*, que l'autre partie chercherait à modifier¹. D'autres objectifs ressortent de la portée des traités en question et de l'objet de nombre des litiges impliquant des mesures conservatoires dont la C.I.J. et la Cour permanente de Justice internationale (C.P.J.I.) ont eu à connaître. Ces traités concernent notamment le règlement des différends, la protection des droits de l'homme, la création d'institutions pour la préservation de la paix et de l'ordre international et la mise en place de régimes conventionnels pour le règlement pacifique des différends en général². Les différends impliquant des mesures conservatoires concernaient des conflits armés, des actes d'administration dans un territoire en litige, la prise en otages d'agents diplomatiques et consulaires, la prospection pétrolière et des droits connexes de sociétés étrangères, les droits des étrangers en général, le passage dans les détroits internationaux, l'exploration d'un plateau continental en litige, des essais nucléaires et les droits de pêche des étrangers. Prises ensemble, ces diverses affaires donnent à penser qu'outre la préservation du *status quo pendente lite*, le maintien de la paix et de l'ordre public internationaux est l'objectif probable de l'institution générale des mesures conservatoires³.

¹Voir, d'une manière générale, Lawrence Collins, *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws* (1994), pp. 169 à 171. Cette explication de la raison d'être des mesures conservatoires est manifeste dans une grande majorité des affaires, visées dans les notes 10, 19 et 24, dans lesquelles la C.I.J. a ordonné de telles mesures.

²Voir Jerzy Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court - An Attempt at a Scrutiny* (1983), pp. 1 à 15.

³J.G. Merrills, « Interim Measures of Protection and the Substantive Jurisdiction of the International Court », 36 *Cambridge Law Journal* (1977), p. 108; Collins, pp. 169 et 170.

3. Le libellé de l'article 290, paragraphe 1, visant à préserver des droits et empêcher que des dommages graves soient causés au milieu marin, évoque aussi la volonté de préserver le *status quo pendente lite*. Il apparaît également que la Convention a réaffirmé de manière catégorique l'objectif du maintien de la paix et de l'ordre public internationaux, puisqu'elle régit les catégories établies de questions maritimes et marines de portée et d'importance mondiales et y ajoute d'autres catégories de mêmes portée et importance mais plus récentes, comme la zone internationale des fonds marins.

4. Toutefois, la Convention de 1982 a élargi la justification des mesures conservatoires puisque, premièrement, sa portée ambitieuse, et donc l'article 290, n'est pas limitée aux aspects, acteurs et sujets classiques du maintien de la paix et de l'ordre public mondiaux. L'article 290, paragraphe 1 lui-même, par exemple, eu égard à l'importance vitale de la partie XII de la Convention relative à la protection du milieu marin, fait état du souci de protection susmentionné, lequel n'était pas jusqu'alors pleinement reconnu – empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves. Deuxièmement, en vertu de la Convention, les mesures conservatoires sont prescrites, et non indiquées, et elles sont donc obligatoires, à la différence, pourrait-on penser, des mesures indiquées en vertu de l'article 41 du Statut de la C.I.J.⁴ Troisièmement, le paragraphe 6 de l'article 290 exige des parties qu'elles se conforment sans retard aux mesures conservatoires qui leur sont prescrites. Quatrièmement, les paragraphes 1 et 5 de l'article 290 requièrent que ceux à qui incombent la prescription de mesures conservatoires concluent que la juridiction qui connaîtrait du fond a ou aurait *prima facie* compétence, une norme catégorique comparée à celles qui existaient avant la Convention, et qui est relativement facile à satisfaire. En appliquant ce nouveau droit dans un cadre élargi, les juges agiront avec prudence. Toutefois, cette évolution a une portée si vaste que toute interprétation de l'article 290 qui limiterait indûment l'application de cet article aux situations « graves » ou à des champs opérationnels restreints serait rétrograde. De plus, comme le système juridique international ressemble de plus en plus aux systèmes juridiques nationaux, avec ses nombreux organes judiciaires mondiaux et régionaux aux compétences très substantielles, on peut imaginer que le droit international

⁴L'article 290, paragraphe 1, prévoit la prescription, et non l'indication, de mesures conservatoires. Pour certains, il peut être encourageant de constater que des Etats souverains accepteraient d'être liés par une décision judiciaire. Toutefois, les destinataires potentiels de cette disposition et des mesures conservatoires comprennent aussi des parties aux différends autres que des Etats (les entités commerciales et certaines institutions intergouvernementales). L'ajout de ce groupe de destinataires met ce point en exergue dans le texte.

puisse commencer à faire davantage preuve de cette souplesse, en matière de mesures conservatoires, qui caractérise les systèmes juridiques internes⁵.

5. Dans ce contexte, il faut se féliciter, s'agissant des premières mesures conservatoires découlant de la Convention, que les deux parties aient pris les choses si sérieusement. Ni le requérant ni le défendeur ne sont parmi les Etats puissants ou riches. Pourtant, ils se sont efforcés d'aborder les questions difficiles qui devaient l'être dans ce nouveau type de procédure. Cela confirme l'importance de l'élargissement des objectifs des mesures conservatoires que la Convention et les procédures découlant de l'article 290 ont introduit dans le droit et dans les relations internationales⁶.

BIEN-FONDÉ DES MESURES

6. Selon une opinion bien connue, le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires est en principe discrétionnaire⁷. Cela rappelle l'allocation formelle, dans le monde de la *common law*, de procédures internes analogues à celles de l'*equity*, l'autre branche principale, jumelle et parallèle, du *corpus juris*. La conception discrétionnaire est associée à une approche quelque peu plus souple des mesures conservatoires. Cette conception et cette approche sont toutes deux confirmées au paragraphe 1 de l'article 290, qui dispose que la cour ou le tribunal « peut prescrire toutes mesures conservatoires *qu'il juge appropriées* en la circonstance ... »⁸. On peut comparer ce libellé à celui, différent, de l'article 41 du Statut de la C.I.J. : « La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent ... ». La modification introduite dans le libellé de la disposition de la Convention met quelque peu en relief cette constatation.

7. Toute partie à un différend devant le Tribunal peut facilement invoquer l'article 290 et mettre en route des procédures accélérées pour obtenir des mesures conservatoires qui suspendent temporairement la procédure quant au fond et les procédures incidentes, y compris l'examen des exceptions préliminaires. La nature apparemment très vaste de ce pouvoir est contrebalancée par le fait qu'il n'est exercé qu'à titre temporaire et par le sérieux avec lequel les institutions judiciaires mondiales cherchent à s'acquitter de leurs importantes fonctions.

⁵Il est utile de rappeler que deux des principaux ouvrages sur les mesures conservatoires reposent franchement sur des précédents et des analogies de droit comparé et proposent qu'un principe général du droit régit le sujet. Voir les ouvrages d'Elkind et Dumwald visés aux notes 9 et 14. Dans son ouvrage récent, Collins appuie vigoureusement l'idée que le principe qui sous-tend les mesures conservatoires est un principe général du droit. Collins, pp. 169 à 171.

⁶On peut dire la même chose de cette institution nouvelle et sans précédent que constituent la prompte mainlevée de l'immobilisation des navires et la prompte libération des équipages, prévues à l'article 292.

⁷Sztucki, p. 15.

⁸C'est nous qui soulignons.

PRÉALABLES À LA PRESCRIPTION DE MESURES CONSERVATOIRES

8. Compte tenu de ce qui précède, les conditions formelles préalables à l'exercice par le Tribunal du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 290 de la Convention devraient être relativement modestes. Le Tribunal ne doit pas entraver l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en acceptant des préalables excessifs ou indûment restrictifs.

Compétence

Règle générale

9. Il est donc remarquable que dans la jurisprudence récente concernant l'article 41 du Statut de la C.I.J., on ne discerne aucune attitude restrictive en ce qui concerne la compétence *ratione personae* et *ratione materiae*⁹ dans les procédures en indication de mesures conservatoires. Dans la présente espèce, le Tribunal a agi de manière analogue. A la fin de la procédure orale, le défendeur a argué, invoquant l'article 295 de la Convention, que les recours internes n'avaient pas été épuisés. Aucune décision n'a pu être alors prise sur cet argument en raison du moment choisi pour le présenter. Il semble toutefois que de telles questions, qui posent généralement des problèmes complexes, ne soient pas susceptibles d'être tranchées au stade des mesures conservatoires, lesquelles doivent être prises rapidement et sont urgentes du point de vue de la procédure¹⁰.

Compétence *prima facie*

10. Une condition particulière, qui doit être satisfaite, est celle de la compétence *prima facie* quant au fond. Aux termes de l'article 290, paragraphe 1, il faut que le « tribunal dûment saisi [du] différend considère, *prima facie*, avoir compétence en vertu » de la partie XV de la Convention relative au règlement des différends. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour, le Tribunal a appliqué le critère selon lequel :

⁹Questions traitées respectivement par l'article 288 de la Convention et l'annexe VI, art. 21, de la Convention d'une part, et l'annexe VI, art. 20, de la Convention de l'autre. Voir Jerome B. Elkind, *Interim Protection – A Functional Approach* (1981), pp. 170 à 177 et 192. Note Merrills 1997, pp. 97 à 104, en particulier p. 101.

¹⁰Voir, par exemple, Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co. [Royaume-Uni c. Iran]*, mesures conservatoires, ordonnance du 5 juillet 1951, C.I.J. Recueil 1951 (ci-après dénommée « affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* »), p. 93.

« avant de prescrire des mesures conservatoires, le Tribunal n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'il a compétence quant au fond de l'affaire, mais il ne peut cependant prescrire ces mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence du Tribunal pourrait être fondée ... ».¹¹

En fait, le passage cité ci-dessus du paragraphe 1 de l'article 290 énonce adéquatement cette condition, puisqu'en son sens juridique, l'expression « *prima facie* » signifie qu'à première vue ou au premier abord, les preuves produites par le demandeur¹² doivent suffire à établir la compétence du Tribunal¹³. Une conclusion *prima facie* n'a pas la moindre incidence sur les décisions finales du Tribunal au stade de l'examen au fond.

Questions subsidiaires

11. Pour les raisons qui précèdent, aucune question subsidiaire ne devrait, dans les procédures en demande de mesures conservatoires devant le Tribunal, pouvoir être soulevée à titre de préalable, *prima facie* ou a priori restrictif, à la prescription des mesures que le Tribunal juge appropriées.

¹¹Voir l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996* (dénommée ci-après « affaire de la *Frontière terrestre et maritime* ») p. 21, paragraphe 30; affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993* (dénommée ci-après « affaire de la *Convention sur le génocide No. 2* »), pp. 337 et 338, paragraphe 24; affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark), mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991* (dénommée ci-après « affaire du *Grand-Belt* »), p. 15, paragraphe 14; affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil 1979* (ci-après dénommée « affaire du *Personnel diplomatique des Etats-Unis* »), p. 13, paragraphe 15; affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973* (ci-après dénommée « affaire des *Essais nucléaires - Nouvelle-Zélande* »), p. 137, paragraphe 14; affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973* (ci-après dénommée « affaire des *Essais nucléaires - Australie* »), p. 101, paragraphe 13.

¹²Généralement, la reprise des dispositions de la Convention ou d'autres sources concernant la compétence et un exposé des faits essentiels de la cause.

¹³On notera que cette formulation n'envisage pas la question de l'adéquation des preuves en sens contraire produites par le défendeur. *Black's Law Dictionary* (sixième édition, 1990), pp. 1189 et 1190. On peut supposer que le défendeur a la possibilité de se présenter et de présenter son argumentaire sur la base de telles preuves contraires et que l'organe chargé de la décision prendra celui-ci en considération.

Preuves et normes d'évaluation

12. La jurisprudence n'exige pas, et aucun ouvrage de doctrine faisant autorité ne donne à penser, que devant la C.I.J. il existe, dans les procédures comparables, ce que le requérant appelle en l'espèce une norme *prima facie* qui obligerait le Tribunal à statuer sur l'existence et l'adéquation des circonstances et autres éléments touchant au pouvoir discrétionnaire de prescrire des mesures¹⁴. Si elle existait, une telle jurisprudence ne serait pas fiable, car les circonstances, éléments et contextes en question sont trop variés pour pouvoir être évalués à l'aide d'un critère unique, qui, en toute probabilité, ne pourrait qu'être simpliste¹⁵.

13. Cette conclusion est confirmée par le caractère discrétionnaire des fonctions du Tribunal dans les procédures en demande en prescription de mesures conservatoires.

Urgence procédurale

14. Il va sans dire que d'un point de vue procédural, ce type d'instance est urgent. L'article 25, paragraphe 2, du Statut du Tribunal prévoit que si le Tribunal ne siège pas ou si le nombre des membres disponibles est inférieur au quorum, les mesures conservatoires sont prescrites par la Chambre de procédure sommaire. L'urgence de la procédure est confirmée par l'article 90 du Règlement du Tribunal relatif au calendrier de celui-ci¹⁶. Le paragraphe 5 de l'article 290 de la Convention subordonne à l'urgence de

¹⁴Voir l'opinion individuelle de M. Weeramantry dans l'affaire de la *Convention sur le génocide No. 2*, indiquant que « la plus grande prudence doit présider à une évaluation provisoire de la situation afin de déterminer s'il y a lieu d'indiquer des mesures conservatoires » (p. 371); voir également l'opinion individuelle de M. Shahabudeen dans la même affaire, selon laquelle les preuves doivent être « pour l'essentiel crédibles » (p. 360), il cite I.M. Dumwald, *Interim Measures of Protection in International Controversies* (1933); p. 161. Cet auteur note également qu'étant donné le caractère sommaire de la procédure, les règles régissant les preuves doivent être moins strictes. Dumwald argue ailleurs : « Il n'est pas nécessaire que les mesures soient absolument indispensables; il suffit qu'elles constituent une protection contre un préjudice substantiel et difficile à réparer. Le degré de nécessité varie selon la nature de la mesure » (p. 163).

¹⁵L'article 83, paragraphe 2, du Règlement intérieur de la Cour de justice des communautés européennes exige que « les circonstances établissant l'urgence ... justifiant à première vue l'octroi de la mesure provisoire ». Voir Sztucki, p. 6.

¹⁶L'article 90, paragraphe 1, donne à la procédure en prescription de mesures conservatoires priorité sur toutes les autres procédures, sans préjudice de l'article 112, paragraphe 1 (procédure en mainlevée de l'immobilisation d'un navire et demande en prescription de mesures conservatoires simultanées – le Tribunal prend les dispositions voulues pour se prononcer promptement sur l'une et l'autre demande); le paragraphe 2 de l'article 90 dispose que la procédure orale doit se tenir « au plus tôt » et autorise le Président à inviter les parties à agir de manière à ce que toute ordonnance du Tribunal sur la demande en prescription de mesures conservatoires puisse avoir les effets voulus.

« la situation » toute mesure que peut ordonner le Tribunal international du droit de la mer ou toute autre juridiction en ce qui concerne les parties à un différend soumis à un tribunal arbitral quant au fond. Cette disposition visait simplement à empêcher le Tribunal international du droit de la mer de s'arroger indûment une autorité supérieure à celle d'autres tribunaux compétents en matière de mesures conservatoires¹⁷. Ainsi, s'il est vrai que ces conditions peuvent affecter le résultat, elles n'en demeurent pas moins de nature procédurale¹⁸.

CIRCONSTANCES JUSTIFIANT LES MESURES

15. L'article 290, paragraphe 1, de la Convention indique que des mesures peuvent être prescrites jusqu'à intervention d'une décision définitive de la cour ou du tribunal si elles sont « appropriées en la circonstance pour préserver les droits respectifs des parties en litige ou pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves ». La première partie de ce libellé est similaire à celui de l'article 41 du Statut de la C.I.J. et de la C.P.J.I. Les membres de ces cours ont utilisé plusieurs expressions pour désigner les situations visées dans cette dernière disposition : les « circonstances » dans lesquelles des mesures peuvent être prises, l'« objet » ou les « buts » des mesures, et l'« intention » qui sous-tend la disposition autorisant des mesures. Les auteurs ont aussi paraphrasé les « circonstances » en parlant de « critères » et de « catégories »¹⁹. Assurément, d'autres

¹⁷Voir *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 – A Commentary*, vol. V, 1989 (publié sous la direction de Myron H. Nordquist, Shabtai Rosenne et Louis B. Sohn, directeurs adjoints de la publication), p. 56. Même si le libellé du paragraphe 5 de l'article 290 n'est pas tout à fait clair, les travaux préparatoires ne laissent subsister aucune ambiguïté.

¹⁸Voir, de manière générale, Merrills 1994, pp. 111 à 113.

¹⁹*Circonstances* : voir par exemple affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984 (ci-après dénommée « affaire des *Activités militaires et paramilitaires* »), p. 180, paragraphe 27; affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, mesures conservatoires, ordonnance du 11 septembre 1976, C.I.J. Recueil 1976 (ci-après dénommée « affaire de la *Mer Egée* »), p. 11, paragraphe 32; Elkind, p. 258. *Objet* : affaire de la *Frontière terrestre et maritime*, p. 23, paragraphe 42; *Convention sur le génocide No. 2*, p. 342, paragraphe 35; affaire du *Grand-Belt*, p. 16, paragraphe 16; affaire du *Différend frontalier [Burkina Faso c. Mali]*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986 (ci-après dénommée « affaire du *Différend frontalier* »), p. 10, paragraphe 21. *Buts* : par exemple H.W.A. Thirlway, « The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice, » dans Rudolf Bernhardt (dir. de la publication), *Interim Measures Indicated by International Courts* (1994), pp. 5 à 16. *Critères* : par exemple Merills 1995, pp. 106 à 125; D.W. Greig, « The Balancing of Interests and the Granting of Interim Protection by the International Court of Justice, » 11 *Australian Year Book of International Law* (1991), p. 123. *Intention* : par exemple opinion dissidente de M. Thierry, juge *ad hoc*, dans l'affaire relative à la *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 [Guinée-Bissau c. Sénégal]*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 mars 1990, C.I.J. Recueil 1990, p. 82.

expressions ont été utilisées. Toutefois, comme c'est la première fois que le Tribunal interprète et applique cette disposition de la Convention, l'exactitude sera mieux servie si l'on s'abstient d'utiliser des paraphrases. C'est pourquoi le terme « circonstance » sera utilisé dans la présente opinion.

La circonstance de la préservation des droits respectifs des parties en litige

16. Comme on l'a indiqué, des mesures conservatoires peuvent être prescrites « pour préserver les droits respectifs des parties en litige ». Ce libellé est différent de celui du statut de la C.I.J., qui parle des « mesures conservatoires du droit de chacun [qui] doivent être prises ». Nous nous pencherons ultérieurement sur cette différence. Dans l'intervalle, il convient d'analyser les notions de préservation et de droits.

Préservation

17. Comme on le verra bientôt, la jurisprudence et la doctrine ont proposé plusieurs commentaires ou paraphrases s'agissant des circonstances justifiant la prescription de mesures visant à préserver les droits des parties. On pourrait arguer que ces commentaires et paraphrases se sont substitués à la notion de préservation parce que, comme l'a écrit récemment un auteur qui connaît bien la question, la « préservation » est une « notion limitée »²⁰. Pourtant, il s'agit d'un aspect évidemment important du texte applicable et, en quelque 25 ans de pratique récente, la C.I.J. a toujours invoqué la préservation des droits lorsqu'elle a examiné le pouvoir d'indiquer des mesures²¹. Une telle approche s'explique par un désir évident d'exactitude.

18. Il était donc, en l'espèce, judicieux que, ayant au préalable notifié son intention, le requérant ait, dans ses conclusions finales présentées à l'audience, amendé le chapeau de ses conclusions de telle manière que la description du premier groupe de mesures conservatoires ne relève plus de l'exécution de l'arrêt du Tribunal en date du 4 décembre 1987 mais relève des circonstances énoncées à l'article 290, paragraphe 1, de la Convention.

²⁰Thirlway 1994, pp. 7 et 8, estime que le terme « atteinte » correspondrait peut-être mieux aux faits et qu'il serait probablement aussi plus objectif de parler de la disparition imminente possible du droit ou de dire que l'objet du droit est sur le point de disparaître totalement.

²¹Comme on le verra, la Cour a ajouté des explications.

Droits

19. Dans cette procédure, on a beaucoup parlé des « droits [*en litige entre*] les parties au différend, » c'est-à-dire de la question de savoir si le requérant avait des droits susceptibles d'être invoqués dans une instance judiciaire, à savoir :

- le droit à la mainlevée de l'immobilisation du navire et à la libération de son équipage;
- le droit à la suspension des jugements des juridictions internes du défendeur;
- le droit à ce que le défendeur cesse d'exécuter ces jugements contre les navires ayant la nationalité du requérant;
- le droit à la liberté de navigation;
- le droit à ce que le défendeur cesse d'exercer une poursuite qualifiée d'illicite.

Une des principales questions en litige était de savoir si, en vertu de la Convention, les navires ayant la nationalité du requérant avaient le droit de fournir des services d'avitaillement dans la zone économique exclusive du défendeur. Cela soulève également la question du droit du défendeur, en vertu de la Convention, de faire respecter l'interdiction par lui décrétée de tels services. La principale question semble être de savoir si, pour que des mesures conservatoires puissent être prescrites, les droits respectifs à préserver doivent être sans ambiguïté conférés à la partie en question. Doit-il exister un titre attributif particulier de droit international en faveur de cette partie²²?

20. A cet égard, il convient de rappeler les objectifs des mesures prévues à l'article 290 : ces mesures, qui ne sont valides que jusqu'à intervention d'une décision définitive, sont destinées à préserver le *status quo pendente lite* et à maintenir la paix et l'ordre public internationaux. Ni le Règlement du Tribunal ni celui de la C.I.J. n'exigent que les droits en cause soient spécifiés dans la requête, comme le faisait le Règlement de la C.I.J. avant 1972²³. On se souviendra qu'il faut que le Tribunal considère, *prima facie*,

²²Ecrivain en 1933, Dumwald, qui ne semble pas aller aussi loin que le texte l'implique, faisait observer : « La nature ou le contenu du droit sont indifférents, si ce n'est que ce droit doit pouvoir être invoqué en justice et sa violation ne peut donner lieu à une indemnisation pécuniaire. » Dumwald, p. 165.

²³Voir Sztucki, p. 92, notant que seuls les motifs, les conséquences et les mesures doivent être indiqués dans la demande de mesures conservatoires, et relevant « l'absence de formalisme excessif s'agissant de connaître des demandes en prescription de mesures conservatoires ». Cette observation semble pertinente pour l'examen de la question qui nous occupe.

avoir compétence pour connaître du fond du différend²⁴. Logiquement donc, il n'est pas nécessaire que les droits soient expressément conférés; il peut s'agir d'une prétention de la partie en cause dont les juges, dans leur pouvoir discrétionnaire, concluent qu'elle est juridiquement substantielle ou importante²⁵. Comme dans la présente espèce, il arrive que les parties demandent des mesures pour protéger des droits que l'on ne trouve pas directement dans la Convention mais qui découlent du droit international coutumier. Dans de tels cas, ceux qui statuent peuvent être enclins à plus d'indulgence quant à la satisfaction de cette condition parce qu'il est fréquemment difficile de déterminer le contenu précis et même l'existence des règles coutumières²⁶.

21. On peut grosso modo dire que les affaires dans lesquelles toute une gamme de droits ont été reconnus à l'occasion de demandes en indication de mesures conservatoires concernent les domaines suivants :

- conflits armés, menaces contre la paix, dommages causés aux biens et aux personnes²⁷;

²⁴Les mesures conservatoires sont par hypothèse indiquées avant que l'on sache quels sont les droits respectifs des parties. H.W.A. Thirlway, *Non-Appearance Before the International Court of Justice* (1985), p. 84. On notera l'opinion individuelle de MM. Amoun, Foster et Arechaga dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972* (ci-après dénommée « affaire des Pêcheries – RFA »), p. 36, et l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, C.I.J. Recueil 1972* (ci-après dénommée « affaire des Pêcheries – Royaume-Uni »), p. 18. Dans cette opinion, ils déclarent qu'« un vote en faveur de l'ordonnance ne peut avoir la moindre incidence sur la validité ou l'absence de validité des droits qu'elle vise à protéger ni sur les droits revendiqués par un Etat riverain ».

²⁵Cette opinion est fortement étayée par les ordonnances rendues dans les affaires des *Essais nucléaires*, dans lesquelles la C.I.J. a reconnu ce qu'elle appelle l'« intérêt juridique » jugé controversé en droit international et dans les relations internationales. C.I.J. Recueil 1973, pp. 139 et 140, paragraphe 24 et paragraphe 23. Voir Sztucki, pp. 92, 99 et 101 et Merrills 1977, p. 162. Voir également affaire du *Personnel diplomatique des Etats-Unis*, une ordonnance dans laquelle la C.I.J. a, en quelques mots, à peine évoqué des droits (« la persistance de la situation ... expose les êtres humains concernés à des privations, un sort pénible et angoissant et même à des dangers pour leur vie et leur santé et par conséquent à une possibilité sérieuse de préjudice irréparable ... »), immédiatement après avoir examiné la question du préjudice. C.I.J. Recueil 1979, p. 20, paragraphe 42. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*, en revanche, les droits sont énoncés assez longuement (p. 182, paragraphe 32): droit « des citoyens nicaraguayens à la vie, à la liberté et à la sécurité ... », du Nicaragua d'être protégé contre l'emploi ou la menace de la force ..., du Nicaragua de conduire ses affaires ...; du peuple nicaraguayen à l'autodétermination », mais le lien avec les mesures conservatoires est « assez décevant ». Thirlway 1994, p. 9. Cette critique n'est peut-être pas justifiée.

²⁶Voir, d'une manière générale, Dumwald, pp. 175 et 176.

²⁷Parmi les affaires où des ordonnances ont été rendues, on peut citer les suivantes : affaire de la *Frontière terrestre et maritime*; affaire du *Différend frontalier*; affaire des *Activités militaires et paramilitaires*; affaire du *Personnel diplomatique des Etats-Unis et affaires des Essais nucléaires*. Une affaire instructive, dans laquelle aucune ordonnance n'a été rendue, est celle des *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992* (ci-après dénommée « affaire de Lockerbie »).

- violations des droits de l'homme²⁸;
- droits commerciaux et diplomatiques ou consulaires des étrangers²⁹;
- protection de l'environnement et libertés maritimes³⁰.

Peut-être la jurisprudence existante indique-t-elle que les droits et revendications d'ordre généralement supérieur ont été reconnus. Toutefois, la Convention a établi un système de règlement des différends très complet³¹. Comme indiqué précédemment, la Convention traite également de questions de fond aussi nombreuses que diverses. Les principaux bénéficiaires potentiels de ses dispositions comprennent les entités non étatiques, souvent dans un contexte commercial³². Il est évident qu'à ces fins, des droits revendiqués dont on peut dire qu'ils sont peu courants devront être protégés par l'article 290. Le Tribunal doit tenir compte de ces droits comme il se doit. Quoi qu'il en soit, dans la présente affaire, les droits en cause entrent dans les catégories énumérées ci-dessus ou sont expressément visés par la Convention plus, dans un cas, des notions générales touchant les droits de l'homme.

²⁸Des ordonnances ont été rendues dans les affaires suivantes : affaire de la *Convention sur le génocide No. 1*; affaire de la *Convention sur le génocide No. 2*; affaire du *Personnel diplomatique des Etats-Unis*; probablement les affaires des *Essais nucléaires*; affaire relative à la *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865, C.P.I.J. série A n° 8* (ci-après dénommée « l'affaire du *Traité sino-belge* »).

²⁹Des ordonnances ont notamment été rendues dans les affaires suivantes : affaire du *Personnel diplomatique des Etats-Unis*; affaires des *Pêcheries*; affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*; affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, ordonnance du 5 décembre 1939, C.P.I.J. série A/B n° 79* (ci-après dénommée « affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia* »). On peut citer, parmi les affaires intéressantes dans lesquelles aucune mesure n'a été indiquée : affaire du *Grand-Belt*; affaire *Interhandel, mesures conservatoires, ordonnance du 24 octobre 1957, C.I.J. Recueil 1957* (ci-après dénommée « l'affaire *Interhandel* »).

³⁰Affaires dans lesquelles des mesures ont été ordonnées : affaires des *Essais nucléaires*. Affaires intéressantes dans lesquelles aucune mesure n'a été ordonnée : affaire du *Grand-Belt* et affaire de la *Mer Egée*. Voir Elkind, p. 223. Il est clair que l'article 290, paragraphe 1, de la Convention concernant la prévention des dommages graves au milieu marin renforce nettement cette tendance.

³¹Défini dans les parties XI, section 5, et XV, et dans les annexes V à VIII.

³²Notamment en ce qui concerne l'immobilisation des navires et la mise en détention de leur équipage, la nationalité des navires, l'exercice par des Etats autres que l'Etat du pavillon de leur juridiction sur des navires, la recherche scientifique marine, l'application de la législation antipollution nationale contre certains navires, l'extraction des minéraux marins – des questions techniques, contractuelles et commerciales.

22. Supposons que dans un différend particulier le Tribunal soit disposé à prescrire des mesures conservatoires. Comme dans la présente procédure, la question peut se poser de savoir si un Etat partie côtier peut, avec quelque chance de succès, affirmer qu'il « n'est pas tenu d'accepter que [*le différend*] soit soumis » aux procédures obligatoires prévues dans la partie XV de la Convention parce qu'une catégorie particulière de ses droits souverains ne peut être ainsi mise en cause en vertu de l'article 297, paragraphe 3, lettre a)³³. Dans la présente affaire, le Tribunal a rejeté cet argument du défendeur, considérant au contraire que l'article 297, paragraphe 1³⁴, cité par le requérant, semble *prima facie* constituer une base de compétence. A l'évidence, l'article 297, paragraphe 3, lettre a), bien que devant être généralement envisagé *ad limine* au stade du fond, a un caractère substantiel et ne se prête pas à examen dans le cadre d'une procédure incidente de ce type. Envisager la question des droits souverains dans le cadre d'une procédure rapide engagée pour protéger à titre conservatoire des droits putatifs porterait gravement atteinte à l'article 290³⁵.

Réaliser un équilibre entre les droits des parties

23. On peut distinguer, dans les affaires dans lesquelles la C.I.J. a indiqué des mesures et qui figurent dans la présente opinion dans la catégorie des affaires concernant les conflits armés et les menaces contre la paix, une sollicitude appliquée envers les deux parties. Peut-être cette sollicitude était-elle, dans une certaine mesure, dictée par la nécessité évidente pour la Cour de faire montre d'impartialité dans des situations des plus explosives. La sensibilité dont la Cour fait preuve dans ces affaires ne présente probablement qu'une différence de degré avec celle dont les organes judiciaires font généralement montre dans des affaires de mesures conservatoires, qui, toutes, impliquent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Bien entendu, dans une procédure préliminaire de ce type, où certains éléments lui échappent encore, l'organe judiciaire doit faire preuve de la plus grande

³³Concernant les droits souverains sur les ressources biologiques de la zone économique exclusive ou l'exercice de ces droits.

³⁴Qui dispose d'une manière générale que les différends concernant l'interprétation et l'application de la Convention en ce qui concerne l'exercice par un Etat côtier de ses droits souverains ou de sa juridiction sont soumis aux procédures de règlement obligatoires de la Convention (y compris la soumission au présent Tribunal) donnant lieu à des décisions qui lient les parties.

³⁵L'effet serait le même sur l'article 292, relatif à la prompte mainlevée, et sur des dispositions connexes telles que l'article 73, l'article 220, paragraphe 7, et l'article 226, paragraphe 1, lettre b). En l'espèce, on notera également que le défendeur, tout en invoquant l'article 297, paragraphe 3, lettre a), n'a pas, devant ses propres tribunaux, actionné le requérant sur la base de sa législation concernant ses droits souverains sur les ressources biologiques de sa zone économique exclusive, mais a invoqué ses législations maritime, douanière et connexe.

circonspection. Il faut donc se demander si, comme dans certains systèmes nationaux, il existe une obligation générale de réaliser un équilibre entre les droits des parties³⁶. Bien qu'apparemment cette question n'ait pas été tranchée dans son principe de manière définitive, une telle obligation serait conforme au libellé de l'article 290, paragraphe 1, qui autorise des mesures appropriées « pour préserver les droits respectifs des parties ». Par comparaison, on se souviendra que l'article 41 du statut de la C.I.J. se réfère aux « droits de *chacun* »³⁷. Quoi qu'il en soit, dans la présente espèce, le Tribunal s'est d'une manière générale efforcé de réaliser un équilibre entre les droits et les intérêts des deux parties.

Tierces parties

24. Dans ses exposés écrits, le requérant évoque plusieurs cas dans lesquels des navires n'appartenant pas aux parties auraient eu des rencontres avec les autorités douanières du défendeur dans la zone économique exclusive de celui-ci. Cela peut vouloir dire que les mesures sollicitées par le requérant dans la présente procédure pourraient aussi bénéficier à des non-parties. Il est clair que les situations dans lesquelles interviennent des tierces parties n'ont pas d'incidence directe sur la présente affaire. Aucun avantage ne saurait non plus en découler par contrecoup pour ces parties³⁸. Néanmoins, des incidents auxquels sont associées des non-parties peuvent fournir la preuve d'un système ou de faits ou d'une conduite similaires, permettant d'inférer que les actes en cause peuvent bien s'être produits. Quoi qu'il en soit, cette question ne joue aucun rôle dans l'ordonnance rendue par le Tribunal dans la présente affaire.

Urgence quant au fond

25. Existe-t-il, en vertu de l'article 290, une obligation de fond positive qui requiert que l'urgence de chaque circonstance ou des mesures demandées soit prouvée? Dans ses exposés écrits initiaux, le requérant a essayé de montrer que la demande satisfait à la condition d'urgence de l'article 290,

³⁶Dumwald avance que « plus rigoureuse est la contrainte pour le défendeur, plus stricte doit être l'examen des besoins du requérant » (p. 163). Cette obligation d'équilibrer les droits est souvent désignée dans le contexte interne de la *common law* par l'expression « *balance of convenience* » (mise en balance des intérêts). Voir 24 *Halsbury's Laws of England* (4e éd., réimpression, 1991), paragraphe 856, citant l'affaire *American Cyanamid Co v. Ethicon* [1975] AC 396, p. 408, 1 All ER 504, p. 510 (Chambre des lords, Lord Diplock); I.C.F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies* (4e éd., 1990), pp. 454, 462 et 465; 42 *American Jurisprudence* (2e éd., 1969-1997), paragraphes 56 à 57.

³⁷C'est nous qui soulignons.

³⁸Les procédures en demande de mesures conservatoires ne sont en aucune manière une forme d'*actio popularis*.

paragraphe 5, relatif aux procédures conservatoires liées à l'arbitrage devant un autre tribunal. Le requérant a repris ces exposés écrits, moyennant certaines modifications, lorsque l'affaire a été convertie en une affaire relevant de l'article 290, paragraphe 1. Dans ses plaidoiries, il a postulé dans son argumentaire que l'urgence devait être prouvée. Il a affirmé que le critère d'urgence était celui énoncé dans l'affaire du *Grand-Belt*, à savoir « que la procédure sur le fond ... devrait normalement être menée à son terme » avant que l'acte faisant grief ne se produise³⁹. Par comparaison, dans certains systèmes internes, l'urgence de la situation à laquelle les mesures demandées sont destinées à faire face est considérée comme importante⁴⁰. Pourtant, dans l'ensemble, il n'existe pas de prescription générale en ce sens. Bien que des ordonnances de la C.I.J. et des opinions individuelles se réfèrent à l'urgence, on voit parfois mal si elles se réfèrent à l'urgence procédurale ou si elles sont influencées par celle-ci. Quelques auteurs semblent voir dans l'urgence un critère de fond, mais il se peut qu'ils soient inconsciemment influencés par la notion d'urgence procédurale. Pour régler ce dilemme, il est utile de rappeler le caractère discrétionnaire et équitable de l'institution des mesures conservatoires. Vue sous cet angle, l'urgence devrait toujours être considérée comme un aspect de toute « circonstance possible ». Mais il faut aussi, ou à défaut, avoir à l'esprit d'autres aspects éventuels, par exemple : 1) le dommage s'est déjà produit ou ne peut être indemnisé ni faire l'objet d'une réparation pécuniaire (par exemple, dans la présente espèce, les maintiens en détention après le 4 décembre 1997), 2) la certitude que la conséquence redoutée se produira si

³⁹Affaire du *Grand-Belt*, p. 18, paragraphe 27. Pour un examen antérieur de cette question, voir Sztucki, paragraphes 115 et 116, qui suggère que l'affaire *Interhandel* a été tranchée sur cette base. Voir affaire *Interhandel*, p. 112. Dans cette affaire, la procédure judiciaire en question se déroulait effectivement devant une juridiction interne et il ne s'agissait pas d'une procédure internationale en demande de mesures conservatoires. Thirlway (pp. 25 à 27) considère que l'urgence est une « condition » à laquelle sont subordonnées les mesures conservatoires indiquées par la C.I.J., les deux autres conditions étant l'existence de la juridiction et l'existence d'une compétence *prima facie*. On a fait observer que dans la jurisprudence de la C.I.J., une importance considérable avait été accordée à l'urgence depuis l'affaire relative au *Procès de prisonniers de guerre pakistanais [Pakistan c. Inde], mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 1973, C.I.J. Recueil 1973*, p. 328, l'affaire ayant été rayée du rôle pour ce motif après que le requérant eut demandé un ajournement. Thirlway 1994, pp. 16 à 27. Voir aussi affaire de la *Frontière terrestre et maritime*, p. 22, paragraphe 35, à l'occasion de laquelle la Cour s'est contentée de déclarer que « [les] mesures [conservatoires] ne sont justifiées que s'il y a urgence ... ». On notera l'analyse de Merrills, 1995, pp. 111 à 113.

⁴⁰42 *American Jurisprudence*, paragraphe 26. Toutefois, dans diverses juridictions américaines, l'urgence n'est pas une règle universelle.

le Tribunal n'intervient pas⁴¹, 3) la gravité de la menace, 4) le droit à préserver a une valeur unique ou particulièrement spéciale, et 5) l'ampleur de la valeur générale d'ordre public qui est en jeu, par exemple des valeurs de *jus cogens* comme la paix et la sécurité mondiales ou la protection de l'environnement⁴².

26. Sur la base des renseignements dont on dispose, donc, il ne semble pas exister de condition préalable universelle en ce qui concerne l'urgence quant au fond⁴³. Pourtant, cette idée a été soutenue sans enthousiasme sous la double influence des conditions de l'urgence procédurale⁴⁴ et la notion d'irréparabilité, avec ses connotations de gravité, a largement remplacé la condition énoncée dans le texte, la préservation des droits. J'estime que cette idée est erronée et je suis heureux que dans son ordonnance le Tribunal ne lui ait accordé aucun crédit.

Paraphrases de la préservation des droits

27. Je vais maintenant me pencher sur les divers commentaires de l'institution générique de la préservation des droits et les paraphrases qui ont été utilisées en lieu et place de cette expression. Cet examen sera bref, parce que durant la procédure et dans l'ordonnance du Tribunal, cette norme n'a pour l'essentiel pas été contestée. En outre, il serait tout d'abord prématuré que le Tribunal, si peu de temps après sa création et la ratification de la Convention avalise l'emploi de paraphrases en lieu et place du texte de la Convention. Deuxièmement, il convient une fois encore de souligner que les mesures conservatoires ont un caractère discrétionnaire et relèvent de l'équité, ce que le caractère non directif de la formule actuelle facilite. Il devrait donc s'agir de concevoir des mesures adaptées à la situation, et non de faire fond sur des mantras.

⁴¹Voir Sztucki, pp. 104 à 108. Comme le fait remarquer Greig, il n'y a pas besoin d'envisager l'urgence lorsque les droits ont déjà été violés, comme dans certains aspects de la présente affaire, mais uniquement lorsqu'ils sont menacés, comme il a été allégué dans d'autres aspects de la présente affaire. Greig, p. 136. On notera son argument selon lequel il « est loin d'être sûr qu'il découle inéluctablement de l'article 74 du Règlement [*de la C.I.J.*] (qui correspond à l'article 90 du Règlement du Tribunal), que l'urgence est une qualité essentielle et définie ». Il conclut qu'elle influe directement sur la nécessité de protéger les intérêts et peut renforcer l'irréparabilité. Greig, p. 137.

⁴²Par exemple la valeur que cherche à protéger la deuxième partie de l'article 290, paragraphe 1 – menace de dommages graves au milieu marin.

⁴³Voir Sztucki, pp. 112 à 119, et en particulier p. 113.

Je répète qu'il est évident que l'urgence puisse souvent être dictée par les circonstances. Et le contexte opérationnel d'un système de mesures conservatoires pourrait très bien avoir une dimension d'urgence importante. Par exemple, l'article 63, paragraphe 2, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, dans le contexte plus adapté des droits de l'homme, prévoit que la Cour interaméricaine des droits de l'homme peut prendre des mesures provisoires « dans les cas d'extrême gravité requérant la plus grande célérité dans l'action ... ». Voir 9 *International Legal Materials* (1970), p. 118.

⁴⁴Dans son analyse des critères d'urgence (apparemment de fond) qu'il propose, Thirlway envisage principalement des critères procéduraux, comme le calendrier de la Cour.

Irréparabilité

28. La paraphrase la plus communément utilisée est celle de l'irréparabilité. Dans la jurisprudence la plus récente de la C.I.J., la formule utilisée est que le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires a pour objet de prévenir un préjudice, un tort, un dommage ou un mal irréparable⁴⁵. Il est assez souvent indiqué que les mesures ne doivent pas être axées sur les conséquences passées mais sur le risque de conséquences futures. En général, cette paraphrase, utilisée pour la première fois dans l'affaire *sino-belge*, a semblé bien fonctionner, et à coup sûr dans le type d'affaires dont connaît la C.I.J., des affaires très différentes de la première affaire, concernant l'immobilisation d'un navire, dont a connu le Tribunal. L'irréparabilité n'est pas conçue pour fournir facilement un remède. Une affaire notoire dans laquelle elle a été interprétée restrictivement est l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, bien que les faits donnent à penser que certains des droits du requérant, sinon tous, avaient besoin d'être préservés⁴⁶. On peut arguer que l'irréparabilité ne couvre pas adéquatement des situations comme celle des otages américains dans l'affaire du *Personnel diplomatique des Etats-Unis* ou les détentions dans la présente affaire. Un auteur, examinant la question du dommage à l'environnement, estime qu'« intolérable » serait préférable à « irréparable »⁴⁷. En fait, l'établissement à l'article 290, paragraphe 1, de l'institution de la prévention des dommages « graves » au milieu marin, avec celle de la préservation des droits respectifs des parties, étaye fortement l'opinion selon laquelle, au moins dans nombre des situations relevant de la Convention, le critère quelque peu rigoureux

⁴⁵L'article 63, paragraphe 2, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (autorisant la Cour interaméricaine des droits de l'homme à adopter des mesures conservatoires) vise exclusivement – ce qui se comprend – les « dommages irréparables ». La notion d'irréparabilité est généralement acceptée par la doctrine. Toutefois, le dommage occasionné ou anticipé est décrit de diverses manières. Voir Merrills, 1995, p. 106 (irreparable damage), Elkind, p. 258 (irreparable injury), Greig, p. 123 (irreparable harm). Un dictionnaire juridique connu pour définir les termes « injury », « damage » et « harm » se contente essentiellement de citer un autre mot ou les deux autres mots comme synonymes. Toutefois, « prejudice » est défini comme « préjugé, parti pris, partialité, opinion préconçue ». Seule l'expression « sans préjudice » comprend la notion de non-renonciation à des droits ou des privilèges ou de non-perte de tels droits ou privilèges. *Black's Law Dictionary*, pp. 389, 718, 785 et 786, 1179.

Les auteurs font souvent observer qu'il ne s'agit pas d'une catégorie distincte de l'atteinte à des droits. Toutefois, Greig voit dans le dommage irréparable et l'atteinte à des droits deux catégories distinctes, et non une paraphrase de la principale catégorie.

⁴⁶La Cour semble s'être concentrée sur la réparabilité du préjudice causé aux droits réels ou personnels du requérant. Dans le même temps, elle a refusé de reconnaître l'existence ou l'irréparabilité de droits en matière de détermination et de formulation de la politique nationale. L'application directe de la notion de préservation et une utilisation nuancée du concept de droits auraient pu amener la Cour à un résultat différent.

⁴⁷Elkind, p. 223.

d'irréparabilité n'est pas toujours pertinent⁴⁸. Ce critère ne saurait être le synonyme exclusif des termes employés dans une convention qui envisage des chefs de compétence *ratione materiae* et des sujets de préoccupation potentiels très variés. C'est pourquoi, dans l'avenir, si le Tribunal décide d'utiliser cette paraphrase, il devrait en indiquer très clairement la subsidiarité ou la complémentarité. Cela pourrait contribuer à créer un climat plus propice à l'acceptabilité de mesures judiciaires créatives visant à préserver le *status quo pendente lite* ou à maintenir la paix et l'ordre public internationaux.

Arrêts définitifs privés d'effet

29. Décrivant les diverses circonstances dont il est tenu compte dans la pratique de la C.I.J., un membre de celle-ci, ayant fait état de la « nécessité de prévenir tout préjudice ou dommage irréparable », mentionne, peut-être comme circonstance de première importance, « toute mesure qui priverait d'effet l'arrêt définitif ... »⁴⁹. Les exemples précis ne sont pas nombreux dans la jurisprudence sous cette rubrique. Peut-être ne fait-elle qu'identifier une sous-catégorie de situations factuelles justifiant la préservation du *status quo pendente lite*⁵⁰. Toutefois, en ce qui concerne l'article 290, il serait préférable d'analyser toute situation factuelle de ce type directement sous la grande rubrique de la préservation des droits.

Prévention de la destruction de l'objet

30. Il y a une autre circonstance, peut-être de première importance, qui a été proposée⁵¹. Les affaires⁵² dans lesquelles la Cour s'est efforcée d'empêcher la destruction d'éléments de preuve qui étaient pertinents pour la décision finale pourraient relever de cette rubrique, mais on ne la distingue guère de l'irréparabilité. Là encore, cette modalité devrait être traitée comme un aspect de la préservation des droits ou, exceptionnellement, dans le cadre de la sous-rubrique « irréparabilité », si le Tribunal devait un jour s'y intéresser.

⁴⁸Sztucki note la « gravité » de l'irréparabilité. Voir Sztucki, p. 14.

⁴⁹Voir Opinion individuelle de M. Weeramantry dans l'affaire de la *Convention sur le génocide* No. 2, p. 379.

⁵⁰Elkind suggère, comme catégorie, le caractère intolérable du maintien de la situation, à savoir qu'on ne peut raisonnablement attendre de la partie demanderesse qu'elle supporte le *statu quo* en attendant le règlement. Elkind, p. 230.

⁵¹Voir opinion individuelle de M. Weeramantry dans l'affaire de la *Convention sur le génocide* No. 2, p. 379.

⁵²Comme l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime*, p. 18, paragraphe 19.

Aggravation ou extension du différend

31. La « [prévention] de l'aggravation du différend » figure aussi dans l'énumération visée dans les deux sous-sections précédentes. Cette circonstance, désignée en général par les mots « non-aggravation ou non-extension ... », figure dans toutes les ordonnances de la C.I.J. indiquant des mesures conservatoires depuis l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia*⁵³. Cela est logique, puisque les mesures prescrites ou indiquées pourraient autrement devenir elles-mêmes source de tension entre les parties. En outre, dans certaines affaires dans lesquelles aucune mesure n'a été indiquée, plusieurs membres ont dans une opinion individuelle exprimé leur désaccord, estimant que la Cour aurait au moins dû appliquer cette catégorie de protection⁵⁴.

32. Deux questions se posent. Premièrement, l'organe judiciaire a-t-il sous cette rubrique le pouvoir d'ordonner des mesures visant à empêcher l'aggravation et l'extension du différend indépendamment de la demande des parties comme, par exemple, dans la présente espèce, alors qu'aucune des parties n'a demandé de telles mesures? Bien qu'il y eût auparavant des doutes à ce sujet en ce qui concerne la Cour⁵⁵, la question semble avoir été tranchée de manière définitive et positive dans des affaires récentes⁵⁶. Il va sans dire que le Tribunal a ce pouvoir, et cela a été reconnu dans la présente affaire. Toutefois, le Tribunal s'est aujourd'hui écarté de la tradition de la Cour et n'a pas prescrit de mesures mais il « recommande » que les parties

« cherchent à parvenir à un arrangement à mettre en oeuvre en attendant la décision définitive, et à cet effet que les deux Etats fassent en sorte que leurs autorités respectives ou les navires battant leur pavillon n'entreprennent aucune action de nature à aggraver ou à étendre le différend soumis au Tribunal ... ».

⁵³Sztucki, p. 74; Merrills 1995, pp. 123 et 124.

⁵⁴Voir par exemple, l'opinion dissidente de M. Thierry, juge *ad hoc*, dans l'affaire de la *Sentence arbitrale*, p. 84 et l'affaire de *Lockerbie*, pp. 180 et 181; opinion dissidente de M. Ajibola dans *idem*, pp. 193 à 198.

⁵⁵Sztucki, p. 74, notant en particulier que la C.I.J. s'était abstenue de se prononcer sur ce point au motif que cela n'était pas nécessaire dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée*, pp. 11 à 13, paragraphes 34 à 42 (des organes politiques de l'Organisation des Nations Unies étant simultanément saisis du problème) et la critique de cette attitude par MM. Lachs, pp. 20 et 21 et Elias, pp. 27 et 28.

⁵⁶Voir *Frontière terrestre et maritime*, p. 22, paragraphe 41; affaire du *Différend frontalier*, p. 9, paragraphe 18.

En outre, dans ses considérants, le Tribunal déclare que les parties « ne devraient épargner aucun effort pour éviter » certains incidents qui pourraient aggraver ou étendre le différend et qu'elles « devraient chercher à parvenir à un arrangement » dans le même but. La prudence du Tribunal est compréhensible, puisque les mesures sont maintenant obligatoires. Il ne serait pas judicieux de rendre des ordonnances prescrivant des mesures que les parties ignoreraient. Toutefois, je répète que la clause touchant la non-aggravation et la non-extension est un élément logique des mesures. Ces dernières ne devraient pas être prescrites sans cette clause. Je suppose que dans l'avenir le Tribunal prescrira plus facilement des mesures de cette nature, puisqu'elles⁵⁷ sont généralement considérées comme inoffensives. L'idée est que le but des mesures conservatoires n'est pas seulement de préserver le *status quo pendente lite*, mais aussi de maintenir la paix et l'ordre public en l'absence d'une police mondiale⁵⁸. Même si les ordonnances judiciaires ont essentiellement valeur de recommandation, elles ont aujourd'hui une influence qui ne doit pas être sous-estimée.

33. La seconde question est le statut de cette circonstance. On a dit qu'elle constituait une catégorie accessoire⁵⁹. Pour d'autres, elle aurait par contre le même statut que l'irréparabilité⁶⁰. Du point de vue de l'analyse, il est préférable de considérer que la non-aggravation ou la non-extension s'inscrit dans la catégorie principale générique de la préservation des droits respectifs des parties jusqu'à la décision finale. Etant donné les buts, mentionnés ci-dessus, des demandes en prescription de mesures conservatoires et des mesures prescrites, on peut conclure que la non-aggravation et la non-extension peuvent constituer une sous-rubrique importante, dotée d'un statut élevé, de la rubrique générique. Le Tribunal a apparemment adopté cette approche en la présente affaire. Il faut espérer qu'il sera plus catégorique dans des affaires ultérieures.

⁵⁷On se souviendra que l'article 290, paragraphe 1, dispose que le tribunal ou la cour « peut prescrire toutes mesures conservatoires qu'il juge appropriées » (c'est nous qui soulignons). Cela implique que dès lors qu'une partie a demandé des mesures conservatoires, le Tribunal a le pouvoir d'ordonner les mesures qu'il juge appropriées. L'article 89, paragraphe 5, du Règlement du Tribunal, comme l'article 75, paragraphe 2, du Règlement de la C.I.J., prévoit que le Tribunal peut d'office prescrire des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées. On se souviendra de l'importance du pouvoir discrétionnaire du Tribunal dans ce domaine.

⁵⁸Il est admis que dans les affaires où des parties privées ou des questions en grande partie commerciales ou techniques sont en cause (à la différence de la présente affaire), on peut se demander s'il est souhaitable de prescrire systématiquement des mesures en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du litige.

⁵⁹S'ajoutant à ce qui serait les catégories principales, à savoir le préjudice irréparable et l'urgence. Sztucki, pp. 123 et 127 à 129.

⁶⁰Voir Merrills 1995, pp. 106 à 125 (un « critère »), Elkind, p. 230 (une « catégorie » qui s'applique « généralement »), Greig, p. 123 (un « critère »).

34. Je me dois d'exprimer l'espoir que la retenue dont le Tribunal a fait preuve dans les mesures qu'il a indiquées pour éviter une aggravation et une extension du différend contribuera au maintien de la paix et de l'ordre public. J'espère aussi que ces mesures amèneront les parties à établir un régime provisoire pour la brève période qui va s'écouler avant que le Tribunal ne rende sa décision sur le fond. Pour bien faire, un tel régime devrait permettre le rétablissement ou la préservation du *statu quo* qui existait juste avant que le différend ne naisse. Comme je l'ai dit plusieurs fois, cette préservation est au coeur du système de l'article 290. J'ose espérer qu'en attendant les premières audiences sur le fond et l'évacuation rapide par le présent Tribunal de cette phase de l'affaire, les parties tiendront compte des exhortations du Tribunal s'agissant en particulier de se consulter et de trouver « un arrangement » dans le cadre duquel une utilisation limitée de la zone économique exclusive de la Guinée par le *Saiga* et peut-être d'autres navires immatriculés à Saint-Vincent-et-les-Grenadines pourrait être prévue.

35. Dans l'avenir, le Tribunal devrait systématiquement invoquer les termes mêmes de l'article 290, paragraphe 1, concernant la préservation des droits et, le cas échéant, la formule concernant la non-aggravation et la non-extension ou celle de l'irréparabilité, ou les deux. Je réserve toutefois mon opinion sur le point de savoir si l'irréparabilité est une sous-catégorie requise.

La prévention des dommages graves au milieu marin

36. Les données disponibles donnent à penser qu'avant l'adoption de la Convention, la nécessité de protéger l'environnement n'était pas généralement considérée en elle-même comme une circonstance appelant des mesures conservatoires⁶¹. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 290 de la Convention, empêcher que « le milieu marin ne subisse de dommages graves » est maintenant l'une des principales circonstances justifiant des mesures conservatoires, l'autre étant la préservation des droits respectifs des parties en litige. Cela n'est pas sans rappeler l'opinion de la doctrine selon laquelle il existe une catégorie de circonstances, l'« intolérabilité », qui englobe la situation environnementale⁶².

⁶¹A l'exception notable d'Elkind, apparemment influencé par les affaires des *Essais nucléaires*, et qui mentionne les dispositions du projet de texte qui devait devenir l'article 290, paragraphe 1. Voir Elkind, pp. 220 à 224.

⁶²Voir Elkind, p. 230, qui semble inclure la protection de l'environnement dans cette deuxième (sur trois) « catégorie », à savoir « lorsque la continuation d'une situation est intolérable et qu'on ne peut raisonnablement attendre de la partie qui s'en plaint qu'elle supporte le *statu quo* en attendant le règlement judiciaire du différend ».

D'aucuns ont estimé que cette notion d'« intolérabilité » n'avait pas la rigueur et la gravité de l'irréparabilité, tout en ayant probablement le même caractère subsidiaire. Toutefois, l'examen de l'économie du paragraphe 1 de l'article 290 révèle que la préservation des droits et la prévention des dommages graves sont placées toutes deux à un niveau supérieur. La première vise généralement à préserver le *status quo pendente lite*, la seconde, habituellement mais peut-être pas toujours, le préserve. On peut présumer que toutes deux visent à maintenir la paix et l'ordre public. En dehors de ces catégories, on trouve d'autres désignations pour ce qui n'est que des sous-catégories subsidiaires de mesures conservatoires. L'une d'elles est la non-aggravation/non-extension du litige⁶³. Si, après mûre délibération, le Tribunal sanctionne l'irréparabilité dans certains types d'affaires, il s'agira d'une autre sous-catégorie.

CONCLUSIONS

37. Dans sa première ordonnance prescrivant des mesures conservatoires, le Tribunal a franchi prudemment une première étape, ordonnant une mesure conservatoire uniquement en ce qui concerne la prise éventuelle de mesures judiciaires ou administratives concernant l'arraisonnement et l'immobilisation du navire et l'engagement de poursuites pénales contre le commandant et sa condamnation ultérieure. L'action du Tribunal, conforme aux termes de l'article 290, paragraphe 1, et aux objectifs de préservation du *status quo pendente lite* et du maintien de la paix et de l'ordre public, vise en fait à préserver les droits respectifs des parties. Le droit particulier qui est l'objet de la prescription est la non-application de la législation et des mesures prises par l'Etat en vertu de celle-ci, mesures qui, bien qu'elles puissent à première vue être valables au regard du droit interne, sembleraient à titre provisoire, si elles étaient appliquées, incompatibles avec la Convention et le droit international. Ce droit est bien établi et comparable à ceux qui ont été protégés dans des affaires antérieures, à savoir des droits touchant des biens et des personnes et une protection contre l'exercice d'une juridiction illégitime en matière d'exécution.

38. Etant donné toutes les circonstances, je pense que c'est à juste titre que le Tribunal a, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refusé d'examiner le droit d'être soustrait à l'exercice du droit de poursuite revendiqué en l'espèce.

39. Fait très important, le Tribunal s'est efforcé de réaliser un équilibre entre les droits revendiqués par les deux parties tout en n'accordant pas une attention indue à des revendications ou droits de non-parties.

⁶³Certaines d'entre elles peuvent plus ou moins fréquemment se manifester sous la forme des paradigmes les constituant tels qu'identifiés par M. Weeramantry.

40. Le Tribunal n'a pas cédé à la tentation de paraphraser ou de commenter l'article 290, paragraphe 1, sur la base des dispositions d'autres traités plutôt que d'invoquer ses termes clairs. Comme on l'a déjà dit, la seule mesure prescrite vise à l'évidence à préserver des droits. Les mesures concernant la non-aggravation et la non-extension du différend, qui n'ont pas été « prescrites », participent d'un même dessein et ne sont pas libellées en des termes équivoques quant à la source de l'autorité puisque la position du Tribunal donne à penser qu'il estime que la fonction de ce type de clause est un aspect complètement subsidiaire de l'institution de la préservation des droits. Cette tendance devrait être suivie⁶⁴.

41. Néanmoins, le Tribunal s'est montré excessivement prudent en ne prescrivant pas catégoriquement des mesures visant à empêcher l'aggravation et l'extension du litige même s'il lui aurait fallu pour cela ordonner aux parties de prendre des mesures spécifiques. Même sans aller jusqu'à la « prescription », le Tribunal aurait pu le faire en des termes moins timides que ceux d'une recommandation. Néanmoins, la partie du dispositif qui mentionne l'aggravation ou l'extension du différend contient aussi une prescription catégorique en ce qu'elle demande que les deux Etats « fassent en sorte que leurs autorités respectives ... n'entreprennent aucune action de nature à aggraver ou à étendre le différend ... ».

42. Dans l'ordonnance rendue dans la présente affaire, le Tribunal n'a pas assujéti la prescription de mesures conservatoires à des conditions procédurales indûment restrictives et inutiles. Ainsi, les questions concernant les articles 295 et 297, paragraphe 3, lettre a), ont été effectivement jointes au fond, et le Tribunal s'est acquitté du mandat que lui assigne l'urgence procédurale, sans imposer une condition d'urgence quant au fond, tout en étant attentif à toutes les circonstances pertinentes.

- -

Pour les raisons qui précèdent, j'ai voté en faveur des mesures qui ont été prescrites.

(Signé) Edward A. Laing

⁶⁴La même approche vaut pour l'irréparabilité si le Tribunal, après mûre délibération, décide à l'occasion de recourir à cet instrument sérieux dans certaines affaires précises.