

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE ABRAHAM

*Accord avec le dispositif de l'ordonnance — Caractère insuffisamment explicite de la motivation sur un point — Question des relations entre le bien-fondé des prétentions du demandeur et le prononcé des mesures conservatoires — Doctrine de la séparation tranchée entre les questions relatives à l'étendue et à l'existence des droits en litige et celles ayant trait à la nécessité des mesures provisoires — Caractère erroné de cette doctrine — Nécessité pour la Cour de tenir compte de l'existence de droits opposés — Droit fondamental du défendeur d'agir comme bon lui semble pourvu que son action soit conforme au droit international — Lien entre la question discutée et le caractère obligatoire des mesures conservatoires affirmé par l'arrêt LaGrand — Nécessité d'un minimum de contrôle sur l'existence du droit revendiqué par l'Etat demandeur — Critère du fumus boni juris, bien connu d'autres juridictions — Les trois conditions nécessaires pour que la Cour ordonne une mesure conservatoire contraignant le défendeur à adopter un certain comportement — Inutilité de l'examen de l'ensemble de ces conditions, si l'une d'elles n'est pas remplie.*

1. J'apprécie pleinement la conclusion à laquelle est parvenue la Cour dans la présente ordonnance, à savoir qu'il n'était pas justifié, dans les circonstances actuelles, de prononcer les mesures conservatoires sollicitées par le requérant. Il est cependant une question de principe sur laquelle la motivation de l'ordonnance est, à mes yeux, insuffisamment explicite : celle des relations entre le bien-fondé, ou l'apparence de bien-fondé, des prétentions du demandeur quant au droit qu'il revendique, et qui forme l'objet de la procédure principale, et le prononcé des mesures d'urgence qu'il demande à la Cour d'ordonner.

2. Je comprends parfaitement qu'il n'était pas indispensable pour la Cour de traiter en détail cette question controversée, dès lors que, dans les circonstances de l'espèce, elle pouvait justifier en droit sa décision par des motifs à la fois nécessaires et suffisants, sans qu'il soit besoin de trancher un point dont les Parties avaient certes débattu, mais qui pouvait être réservé sans dommage pour la cohérence et le caractère complet du raisonnement suivi aux fins de la décision à rendre.

Je ne suis certes pas adversaire de l'économie de motifs, et je ne pense pas qu'il soit dans la mission de la Cour de présenter une théorie générale sur chacune des questions qui sont débattues devant elle à l'occasion des affaires qui lui sont soumises.

En l'espèce, cependant, il me semble que la Cour aurait pu, sans trop déroger à la bonne règle de l'économie de moyens, saisir l'occasion de la présente ordonnance pour mettre un peu plus de clarté dans une question qui demeure, il faut bien le reconnaître, passablement obscure.

Je souhaite contribuer, par les observations qui suivent, à un effort de clarification que la Cour devra bien, tôt ou tard, mener elle-même à son terme.

3. Le débat n'est pas neuf, et quelques-uns de mes éminents prédécesseurs se sont employés, par le passé, à en éclaircir les données essentielles. A vrai dire, sur la question dont il s'agit, mon avis ne diffère pas substantiellement de celui qu'a exposé, par exemple, le juge Shahabuddeen dans son opinion individuelle jointe à l'ordonnance du 29 juillet 1991 rendue par la Cour dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)* (*mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1991*, p. 28-36), à laquelle je pourrais presque me borner à renvoyer. Qu'il me soit permis, cependant, d'y ajouter les commentaires suivants, qui tiennent compte, notamment, de l'évolution de la jurisprudence de la Cour ces dernières années en matière de mesures conservatoires.

4. Selon une opinion courante, et peut-être majoritaire en doctrine, la Cour, lorsqu'elle est appelée à statuer sur une demande tendant à ce qu'elle indique des mesures conservatoires sur le fondement de l'article 41 du Statut, devrait s'abstenir — et s'abstiendrait effectivement — d'examiner, si peu que ce soit, le bien-fondé des préentions de la partie qui sollicite de telles mesures, généralement la partie requérante au principal, quant aux droits qu'elle affirme posséder, et pour la protection desquels elle sollicite les mesures en question. Elle devrait se borner — et se bornerait effectivement — à rechercher si, dans les circonstances de la cause, les droits revendiqués, et dont seule l'issue de la procédure principale permettra d'établir s'ils existent effectivement ou non, sont susceptibles de subir un dommage irréparable, à défaut de mesures tendant à leur protection provisoire, dans l'attente de la décision finale. En d'autres termes, la Cour devrait faire comme si les droits revendiqués existaient bel et bien, et se demander seulement si, à supposer qu'elle en reconnaîsse finalement l'existence dans son arrêt sur le fond, ils risquent de se trouver atteints entre-temps dans des conditions telles que l'arrêt serait privé, au moins en partie, de son efficacité.

5. Une telle manière de définir l'office du juge de l'urgence — ce qu'est la Cour lorsqu'elle exerce le pouvoir que lui confère l'article 41 de son Statut — postule une séparation nette et tranchée entre les questions relatives à l'existence et à l'étendue des droits qui sont en litige, questions qui ne pourraient faire l'objet d'aucun examen, même *prima facie*, ni d'aucune détermination, fût-elle provisoire, avant la phase de l'examen du fond, et les questions relatives à la nécessité des mesures provisoires, laquelle pourrait et devrait être appréciée par la Cour sans toucher le moins du monde au bien-fondé des thèses en présence dans le différend principal.

C'est cette séparation que je crois illusoire ; serait-elle même possible, elle ne serait pas souhaitable. Voici pourquoi je considère la doctrine que je viens de résumer comme fausse.

6. La raison principale est que la Cour n'est jamais, et ne peut jamais être, par construction logique, en présence seulement de droits revendiqués par l'une des parties, qu'elle pourrait (provisoirement) supposer établis, aux seules fins de se prononcer sur la question de savoir s'ils ont besoin d'être protégés.

Quand elle est saisie d'une demande de mesures provisoires, la Cour est forcément en présence de droits (ou de prétendus droits) opposés, ceux que les deux parties revendiquent, qu'elle ne peut pas éviter de confronter les uns aux autres. Il y a, d'un côté, le(s) droit(s) revendiqué(s) par le demandeur, que celui-ci prétend menacé(s), et dont il réclame la protection provisoire. Mais il y a aussi, de l'autre, le(s) droit(s) du défendeur, et au moins, dans tous les cas, le droit fondamental qui appartient à toute entité souveraine d'agir comme bon lui semble pourvu que son action ne soit pas contraire au droit international. Or, la mesure sollicitée de la Cour par le demandeur consiste souvent — comme dans la présente affaire — à enjoindre au défendeur d'accomplir un acte qu'il ne souhaite pas accomplir, ou de s'abstenir — provisoirement — d'accomplir un acte qu'il souhaite, et entendait bien, accomplir. En adressant de telles injonctions, la Cour interfère nécessairement avec les droits souverains du défendeur, dont elle limite l'exercice. Certes, il n'y a rien que de très normal à ce qu'un organe judiciaire impose à une partie une certaine obligation de comportement. Encore faut-il, spécialement quand la partie en cause est un Etat souverain, que l'obligation ainsi imposée repose sur une base juridique suffisamment solide. En d'autres termes, il est à mes yeux impensable que la Cour impose à un Etat d'agir d'une certaine manière s'il n'y a pas quelque raison d'estimer que l'action prescrite correspond à une obligation juridique incombant à cet Etat (et préexistant à la décision de la Cour), ou qu'elle ordonne à un Etat de s'abstenir d'une action, de la suspendre ou de l'interrompre, s'il n'y a pas quelque raison de croire que ladite action est, ou serait, entachée d'illicéité.

7. A cet égard, on ne peut pas s'empêcher d'établir un lien entre la question qui est ici discutée et l'affirmation par la Cour, dans son arrêt du 27 juin 2001 en l'affaire *LaGrand* (*Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique*) (arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 466), du caractère obligatoire des mesures prescrites par la Cour dans ses ordonnances prises en application de l'article 41 du Statut.

8. Jusqu'à cet arrêt, un grand nombre d'Etats, pour ne pas dire la plupart, ainsi qu'une partie très substantielle de la doctrine, pensaient que les mesures provisoires indiquées par la Cour étaient des recommandations dépourvues de valeur contraignante. Quoique l'on puisse sérieusement douter que la Cour, même avant l'arrêt *LaGrand*, était en pratique indifférente au bien-fondé apparent des arguments que les parties soutenaient devant elle relativement au litige principal quand elle rendait une ordonnance comportant l'indication de mesures provisoires, l'on pouvait à la rigueur accepter, à l'époque, la thèse selon laquelle la juridiction ne procédait à aucun examen du fond avant d'adresser aux parties des invitations à agir — ou à s'abstenir d'agir — que l'on croyait couramment, bien qu'à tort, dépourvues de caractère obligatoire. Point n'est besoin, pour adresser à un Etat une simple suggestion, de s'assurer que celle-ci ne risque pas de froisser ses droits souverains, puisque le destinataire de la recommandation, libre de lui donner la suite qu'il estimera convenir, pourra intégrer à son appréciation le jugement qu'il porte quant à la certitude, plus ou moins ferme, de son bon droit et au caractère plus ou moins éminent des intérêts qui sont en jeu. En somme, la doctrine de la séparation tranchée entre les questions de fond et celles relatives à la protection provisoire, que je crois avoir toujours été erronée, pouvait passer à la rigueur pour être en harmonie avec la croyance répandue, avant l'arrêt *LaGrand*, de l'absence de caractère contraignant des ordonnances de la Cour.

Tel ne peut plus être le cas depuis l'arrêt du 27 juin 2001. L'on sait désormais que la Cour ne suggère pas : elle ordonne. Or, et c'est là le point essentiel, elle ne peut pas ordonner à un Etat d'adopter un certain comportement simplement parce qu'un autre Etat prétend qu'un tel comportement est nécessaire pour préserver ses propres droits, sans exercer un minimum de contrôle sur le point de savoir si les droits ainsi revendiqués existent, et s'ils risquent d'être méconnus — et de l'être de manière irrémédiable — en l'absence des mesures conservatoires qu'il lui est demandé de prescrire ; sans jeter, par conséquent, un regard sur le fond du litige.

9. Exercer un minimum de contrôle, jeter un regard, ne signifie pas, bien évidemment, se faire une opinion complète et définitive sur le fond du différend qu'elle aura — peut-être — à trancher ultérieurement. Il va de soi qu'il n'est ni possible ni souhaitable que la Cour se forme une conviction sur l'affaire, et encore moins qu'elle l'exprime, dès le premier stade de la procédure. Mais en se livrant à un contrôle, par nature restreint, de l'apparence de bon droit attribuable à la partie demanderesse, elle ne sort pas de sa mission de juge de l'urgence ; elle l'exerce, au contraire, raisonnablement. Le critère du *fumus boni juris* comme condition du prononcé de mesures conservatoires à caractère obligatoire est bien connu de certaines juridictions internationales (par exemple la Cour de Justice des Communautés européennes ; voir entre autres l'intéressante ordonnance du président de la CJCE du 19 juillet 1995, *Commission c. Atlantic Container Line AB e.a.*, C-149/95), ainsi que de nombreux systèmes judiciaires nationaux. Il s'impose, en vérité, comme une sorte de nécessité logique.

10. Il est vrai que cette condition peut être définie de manière plus ou moins stricte.

L'on peut exiger du demandeur qu'il établisse *prima facie* le bien-fondé de ses prétentions sur le fond du différend, c'est-à-dire qu'il démontre, d'une part, qu'il possède, avec un certain degré de probabilité, le droit qu'il revendique comme étant le sien, et, d'autre part, que ce droit risque d'être méconnu, également avec un certain degré de probabilité, par le comportement du défendeur. C'est une approche plutôt exigeante ; je ne suis pas sûr qu'il faille aller jusque là.

On peut aussi se satisfaire du constat que le droit revendiqué n'est pas manifestement inexistant, et qu'il n'est pas manifestement exclu, en l'état des informations dont dispose la Cour au stade de la procédure où elle se trouve, qu'il risque d'être porté atteinte à ce droit par le comportement du défendeur. Le critère du *fumus boni juris* cède alors la place à celui du *fumus non mali juris*. Mais ce sont là, à vrai dire, des nuances, et il existe toute une variété de degrés intermédiaires, chacun d'entre eux pouvant s'exprimer en une formule plus ou moins imprécise : que le demandeur établisse la possibilité du droit qu'il revendique, ou l'apparence d'un tel droit, etc.

L'essentiel, à mes yeux, est que le juge soit convaincu d'être en présence d'une argumentation qui, sur le fond, présente un caractère suffisamment sérieux — faute de quoi il ne saurait entraver le droit du défendeur d'agir comme il l'entend, dans les limites fixées par le droit international.

11. Pour me résumer, je dirais qu'avant d'ordonner une mesure consistant en une injonction faite au défendeur d'agir ou de s'abstenir d'agir d'une certaine manière, en vue de préserver un droit revendiqué par le demandeur, la Cour doit s'assurer de trois choses.

En premier lieu, que le droit en cause existe de façon plausible.

En deuxième lieu, que l'on peut raisonnablement soutenir que le comportement du défendeur porte atteinte, ou risque de porter atteinte de façon imminente, au droit en question.

En troisième lieu et enfin, que dans les circonstances de l'espèce l'urgence justifie une mesure de protection afin de mettre le droit dont il s'agit à l'abri d'un dommage irréparable.

12. Les trois conditions qui précèdent étant cumulatives, il n'est pas toujours nécessaire que la Cour se prononce sur la réalisation de chacune d'entre elles : que l'une d'elles ne soit pas satisfaite, en effet, et la Cour est dispensée d'examiner les deux autres.

13. Tel est le cas, tout particulièrement, lorsque la troisième condition fait défaut : en l'absence d'urgence démontrée, il importe peu que le défendeur viole ou non les droits du demandeur, cette question ne redevenant pertinente qu'au stade de l'examen du fond. Dans la présente affaire, la Cour fonde essentiellement sa décision sur le défaut d'urgence et l'absence de risque démontré de dommage irréparable, ce qui lui permet d'éviter la plupart des questions de fond, et je ne suis nullement en désaccord avec cette démarche.

(Signé) Ronny ABRAHAM.