

SEPARATE OPINION OF PRESIDENT SCHWEBEL

The issuance of today's Order indicating provisional measures is unprecedented. It is to be hoped that it will not form a precedent, for it departs in critical measure from a basic rule of the judicial process. The Order has been issued on the basis of one party's views, without hearing the other. It is unprecedented in a further respect as well, for it is the first case in which the Court has issued an Order on its own motion, pursuant to Article 75, paragraph 1, of the Rules of Court providing that:

“1. The Court may at any time decide to examine *proprio motu* whether the circumstances of the case require the indication of provisional measures which ought to be taken or complied with by any or all of the parties.”

Whether the Court has acted in correct application of that Rule is open to question. The Rule assumes that the Court may act on its own motion where a party has not made a request for the indication of provisional measures. But the Court's consideration of the matter in this case has only been provoked by Germany's Application and its request for provisional measures. Article 74 of the Rules provides that, where a party makes such a request, the Court shall arrange “a hearing which will afford the parties an opportunity of being represented at it”. No such hearings have been held, arranged or contemplated in the current case.

Under Article 75, paragraph 1, the Court may issue an order of provisional measures without giving the parties the opportunity to be heard. That is an extraordinary power, to be exercised with the utmost caution. There may be room to question whether sovereign States should be subjected to the Court's restraints *pendente lite* without giving them the opportunity to be heard. But if in extreme circumstances they are to be so subject, then the Court should act in meticulous conformity with its Rules. Its Rules do not contemplate it so acting where a party has — as Germany here — made a request for the indication of provisional measures.

Moreover, the Court has done so on the basis only of Germany's Application. It has no other pleading, no other basis for the indication of provisional measures, before it. Is proceeding in this way consistent with fundamental rules of the procedural equality of the parties?

My doubts are confirmed by a reading of the most authoritative work in the field, Jerzy Sztucki's *Interim Measures in The Hague Court* (1983).

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SCHWEBEL, PRÉSIDENT

[Traduction]

L'ordonnance portant indication de mesures conservatoires, rendue ce jour, est sans précédent. Il est à espérer qu'elle ne fera pas jurisprudence, car elle déroge dans une mesure décisive à une règle fondamentale de la procédure judiciaire. Elle a été rendue sur la base des vues d'une Partie sans que l'autre ait été entendue. Sans précédent, elle l'est à un autre égard, puisque c'est la première affaire en laquelle la Cour rend une ordonnance d'office, en application du paragraphe 1 de l'article 75 de son Règlement, qui dispose que :

«1. La Cour peut à tout moment décider d'examiner d'office si les circonstances de l'affaire exigent l'indication de mesures conservatoires que les parties ou l'une d'elles devraient prendre ou exécuter.»

Il reste à savoir si la Cour a appliqué correctement ces dispositions. Celles-ci veulent que la Cour puisse agir d'office lorsqu'une partie n'a pas présenté de demande en indication de mesures conservatoires. En l'espèce, toutefois, la Cour n'examine l'affaire qu'en raison de la requête introductive d'instance de l'Allemagne et de sa demande en indication de mesures conservatoires. Aux termes de l'article 74 du Règlement, lorsqu'une partie présente une telle demande, la Cour ouvre une «procédure orale de manière à donner aux parties la possibilité de s'y faire représenter». Aucune procédure orale de la sorte n'a été engagée, organisée ou envisagée en la présente instance.

En vertu du paragraphe 1 de l'article 75, la Cour peut rendre une ordonnance indiquant des mesures conservatoires sans donner aux parties la possibilité de se faire entendre. C'est là un pouvoir extraordinaire dont il convient d'user avec la plus grande circonspection. Peut-être y aurait-il lieu de se demander si, *pendente lite*, des limites doivent être apportées par la Cour à la liberté d'agir d'Etats souverains, sans que leur soit donnée la possibilité d'être entendus. Mais si de telles limites doivent être apportées dans des circonstances extrêmes, la Cour doit alors agir en stricte conformité avec son Règlement. Ce Règlement n'envisage pas que la Cour agisse ainsi, lorsqu'une partie — l'Allemagne en l'espèce — a présenté une demande en indication de mesures conservatoires.

De plus, la Cour s'est fondée uniquement sur la requête de l'Allemagne. Elle ne dispose d'aucune autre pièce, d'aucune autre base pour l'indication de mesures conservatoires. Une telle façon d'agir est-elle conforme aux règles fondamentales de l'égalité des parties en matière procédurale?

Mes doutes se trouvent confirmés par la lecture de l'ouvrage qui constitue la principale autorité dans ce domaine: *Interim Measures in the*

Professor Sztucki concludes that the Court may indicate provisional measures *proprio motu* “without any request for interim measures”. He adds that only such a case “qualifies as an action *proprio motu* in the meaning of Article 75 (1) of the present Rules”, and he reaches that conclusion after a careful examination of prior versions of the Rules of Court and the pertinent *travaux préparatoires* of all versions (at page 158.) But in this case, the Court has had such a request, and it is on the basis of the contents of Germany’s accompanying Application that the Court has acted — all without affording the United States a hearing or the opportunity to present written observations.

Germany could have brought its Application years ago, months ago, weeks ago, or days ago. Had it done so, the Court could have proceeded as it has proceeded since 1922 and held hearings on the request for provisional measures. But Germany waited until the eve of execution and then brought its Application and request for provisional measures, at the same time arguing that no time remained to hear the United States and that the Court should act *proprio motu*.

I do not oppose the substance of the Court’s Order, and accordingly have not voted against it. I have profound reservations about the procedures followed both by the Applicant and the Court.

(Signed) Stephen M. SCHWEBEL.

Hague Court (1983), dont l'auteur est Jerzy Sztucki. Le professeur Sztucki conclut que la Cour «en l'absence de toute demande d'indication de mesures conservatoires» peut indiquer d'office de telles mesures. Il ajoute que seule une hypothèse de ce type «correspond à la notion d'action d'office au sens du paragraphe 1 de l'article 75 du Règlement en vigueur» et il arrive à cette conclusion au terme d'un examen minutieux des versions précédentes du Règlement de la Cour et des travaux préparatoires pertinents de toutes les versions (p. 158). Or, en l'espèce, la Cour a été saisie d'une telle demande, et c'est sur la base des termes de la requête introductive d'instance présentée simultanément par l'Allemagne que la Cour a agi — sans avoir accordé aux Etats-Unis la possibilité d'être entendus ou de présenter des observations écrites.

L'Allemagne aurait pu présenter sa requête des années, des mois, des semaines, voire quelques jours plus tôt. L'eût-elle fait, la Cour eut pu procéder comme elle le fait depuis 1922 et tenir des audiences sur la demande en indication de mesures conservatoires. Mais l'Allemagne a attendu la veille de l'exécution pour présenter sa requête et sa demande en indication de mesures conservatoires, en faisant valoir par la même occasion que la Cour n'avait plus le temps d'entendre les Etats-Unis et devrait agir d'office.

Je ne m'oppose pas à l'ordonnance de la Cour sur le fond, et je n'ai donc pas voté contre elle. J'émetts toutefois de profondes réserves quant à la manière de procéder tant de la Partie requérante que de la Cour.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.