

## 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 fumes 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'approuve 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.

## SEPARATE OPINION OF JUDGE ABRAHAM

[Translation]

*Agreement with the dispositif of the Order — Reasoning insufficiently explicit on one point — Relationship between the merit of the requesting party's claims and the ordering of the provisional measures — Writers' view as to a clear separation between issues regarding the existence and extent of the disputed rights and issues concerning the need for provisional measures — Misguided nature of this view — Need for the Court to take account of the existence of conflicting rights — Respondent's fundamental right to act as it chooses provided that its actions are in compliance with international law — Connection between the issue under discussion and the mandatory nature of provisional measures, as affirmed in the LaGrand Judgment — Need for some minimum review in respect of the existence of the right claimed by the requesting State — Criterion of fumes boni juris well known to other courts — Three requirements to be met to enable the Court to impose a provisional measure ordering the respondent to adopt a certain course of conduct — Futility of considering all these requirements where any one of them is unmet.*

1. I fully subscribe to the conclusion reached by the Court in the present Order, i.e., that indicating the provisional measures requested by the Applicant would not have been justified under the circumstances as they now stand. There is however a question of principle in respect of which I do not find the reasoning in the Order sufficiently explicit: the question of the relationship between the merit, or prima facie merit, of the arguments asserted by the party requesting the measures in respect of the right that it claims, which is the subject-matter of the main proceedings, and the ordering of the urgent measures it seeks from the Court.

2. I am well aware that the Court was not required to address this much-debated issue in detail, since the circumstances of the case are such that it could base its decision in law on grounds which were both necessary and sufficient, without the need to decide a point which, while argued by the Parties, could be deferred without impairing the coherence or completeness of the reasoning adopted in reaching the decision rendered.

I am of course not opposed to a certain economy of reasoning, and I do not think it within the Court's duties to propound a general theory on each and every issue argued in the cases before it.

Yet I think that the Court, without departing too far from the sound rule mandating good husbandry of resources, could in the present case have seized the opportunity presented by this Order to shed some light on a question which — it must be admitted — remains quite abstruse.

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 prétentions 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 reconnaisse 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 fautive.

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 éta-

By means of the following observations, I wish to contribute to the exercise in clarification which the Court itself will inevitably be required sooner or later to see through to completion.

3. The debate is not new and several of my distinguished predecessors have endeavoured in the past to elucidate the crux of it. In truth, my view of the question is not significantly at variance with, for example, that set out by Judge Shahabuddeen in his separate opinion appended to the Order of 29 July 1991 made by the Court in the case concerning *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark) (Provisional Measures, I.C.J. Reports 1991, pp. 28-36)*, and I could nearly confine myself to referring the reader to that opinion. I should like however to add the following comments, which take account in particular of developments in the Court's jurisprudence on provisional measures over recent years.

4. According to a widespread view, and perhaps even that of a majority of the writers, the Court, when called upon to rule on a request for the indication of provisional measures under Article 41 of the Statute, should — and does in fact — refrain from all consideration of the merit of the arguments by the party requesting the measures, usually the Applicant in the main action, in respect of the claimed rights for which it seeks protection through the measures. The Court should — and does in fact — confine itself to ascertaining whether the circumstances are such that the rights claimed, the existence or non-existence of which cannot be determined until the conclusion of the main action, are in danger of irreparable injury in the absence of measures for their interim protection pending the final decision. In other words, the Court should proceed on the basis that the claimed rights do in fact exist and it should consider solely whether, on the assumption that it will ultimately uphold them in its decision on the merits, they are liable to be violated in the interim in such way that the final judgment will be rendered ineffective, at least in part.

5. This definition of the role of a court asked to grant interim relief — which describes the Court when exercising its power under Article 41 of the Statute — is premised on a sharp, clear separation between, on the one hand, issues as to the existence and extent of the disputed rights, issues which cannot be considered, even *prima facie*, or resolved, even provisionally, before the merits phase, and, on the other, questions as to the need for provisional measures, which can and should be assessed by the Court without any thought to the merit of the arguments advanced in the main proceedings.

I find this separation illusory; even if it were possible, it would be undesirable. Here is why I consider the writers' view I have just summarized to be wrong.

6. The main reason is that the Court is never, and in all logic can never be, confronted solely with rights asserted by only one of the parties, rights which it could (provisionally) assume to be established exclusively

blis, 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

for purposes of ruling as to whether they require protection.

When acting on a request for the indication of provisional measures, the Court is necessarily faced with conflicting rights (or alleged rights), those claimed by the two parties, and it cannot avoid weighing those rights against each other. On one side stands (stand) the right (rights) asserted by the requesting party, which it claims to be under threat and for which it seeks provisional protection, and on the other the right(s) of the opposing party, consisting at a minimum in every case of the fundamental right of each and every sovereign entity to act as it chooses provided that its actions are not in breach of international law. Yet the measure sought by the first party from the Court often — as in the present case — consists of enjoining the other party to take an action which it does not wish to take or to refrain — temporarily — from taking an action which it wishes, and indeed intended, to take. In issuing such injunctions, the Court necessarily encroaches upon the respondent's sovereign rights, circumscribing their exercise. True, there is nothing out of the ordinary about a judicial body imposing on a party a specific obligation as to conduct, but the obligation thus imposed must rest on sufficiently solid legal ground, especially when the party in question is a sovereign State. In other words, I find it unthinkable that the Court should require particular action by a State unless there is reason to believe that the prescribed conduct corresponds to a legal obligation (and one pre-dating the Court's decision) of that State, or that it should order a State to refrain from a particular action, to hold it in abeyance or to cease and desist from it, unless there is reason to believe that it is, or would be, unlawful.

7. In this regard one cannot help but see a connection between the issue under discussion here and the Court's affirmation in its Judgment of 27 June 2001 in *LaGrand (Germany v. United States of America)* (Judgment, *I.C.J. Reports 2001*, p. 466) of the mandatory nature of measures prescribed by the Court in its Orders under Article 41 of the Statute.

8. Until that Judgment was handed down, many, if not most, States, along with a very substantial body of scholarly opinion, thought that provisional measures indicated by the Court were recommendations lacking binding force. Although serious doubt can be entertained as to the proposition that even before the *LaGrand* Judgment the Court, in making an order indicating provisional measures, was in practice indifferent to the prima facie merit of the parties' arguments in the main dispute, it could conceivably have been accepted at that time that the Court did not consider the merits before serving the parties with invitations to act — or to refrain from acting — which were commonly but wrongly thought to be without mandatory force. Where a mere suggestion is being made to a State, there is hardly any need to ensure that it is not liable to trespass upon the sovereign rights of the State: the recipient of the recommendation is free to act upon it as it deems

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

appropriate and, in determining its response, can factor in its assessment of the strength of its position and the importance of the interests at stake. In summary, the doctrine as to a clear separation of the issues on the merits from those concerning provisional protection, which I have always found to be misguided, might conceivably have been seen as in keeping with the widespread belief, before the *LaGrand* Judgment, that the Court's orders were not binding.

With the Judgment of 27 June 2001, that ceased to be the case. It is now clear that the Court does not suggest: it orders. Yet, and this is the crucial point, it cannot order a State to conduct itself in a certain way simply because another State claims that such conduct is necessary to preserve its own rights, unless the Court has carried out some minimum review to determine whether the rights thus claimed actually exist and whether they are in danger of being violated — and irreparably so — in the absence of the provisional measures the Court has been asked to prescribe: thus, unless the Court has given some thought to the merits of the case.

9. Carrying out some minimum review, or giving some thought to the substance, obviously does not mean arriving at a complete, final view as to the merits of the dispute which the Court will — perhaps — later have to decide. It is self-evident that it is neither possible nor desirable for the Court to develop a firm opinion about the case, let alone to express one, during the first phase of the proceedings. But, in conducting some review, by nature limited, of the *prima facie* validity of the requesting party's case, the Court does not overstep the bounds of its mission as a jurisdiction appealed to for interim relief; on the contrary, it is sensibly fulfilling that mission. The existence of *fumus boni juris* as a requisite for the ordering of binding provisional measures is firmly recognized by some international courts (for example, the Court of Justice of the European Communities; see, *inter alia*, the interesting order of the President of the CJEC dated 19 July 1995 in *Commission v. Atlantic Container Line AB and Others*, C-149/95), as well as in many national judicial systems. In fact, it is inescapable, mandated as it were by logic.

10. Admittedly, this requirement can be defined in terms of varying strictness.

The party requesting the measures might be required to show the *prima facie* validity of its claims on the merits, i.e., to establish a particular degree of probability that it holds the right claimed and a particular degree of probability that the right is likely to be infringed through the other party's conduct. This is a rather exacting approach and I am not sure of the need to go this far.

It might be enough to ascertain that the claimed right is not patently non-existent and that, according to the information available to the Court at the particular stage in the proceedings, the possibility of the

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.

other party's conduct infringing that right is not manifestly to be ruled out. The requirement of *fumus boni juris* then gives way to that of *fumus non mali juris*. But, in all honesty, these are subtleties and there exists a great range of intermediate degrees, each capable of expression in somewhat vague terms: the requesting party should establish the possible existence of the right claimed, or the apparent existence of such right, etc.

In my view, the most important point is that the Court must be satisfied that the arguments are sufficiently serious on the merits — failing which it cannot impede the exercise by the respondent to the request for provisional measures of its right to act as it sees fit, within the limits set by international law.

11. To sum up, I would say that the Court must satisfy itself of three things before granting a measure ordering the respondent to act or to refrain from acting in a particular way, so as to safeguard a right claimed by the applicant.

Firstly, that there is a plausible case for the existence of the right.

Secondly, that it may reasonably be argued that the respondent's conduct is causing injury, or is liable to cause imminent injury, to the right.

Thirdly and finally, that the circumstances of the case are such that urgency justifies a protective measure to safeguard the right from irreparable harm.

12. As these three requirements are cumulative, the Court is not always compelled to rule on the satisfaction of each: where any one remains unmet, the Court is relieved of the need to examine the other two.

13. This is especially the case when the third requirement is not satisfied: where urgency has not been shown, it does not matter whether the respondent is violating the applicant's rights; that issue does not reacquire relevance until the merits are considered. In the present case, the Court has essentially based its decision on the lack of urgency and the absence of any demonstrated danger of irreparable harm, thus making it possible to avoid most of the issues on the merits, and I am in full agreement with this approach.

(Signed) Ronny ABRAHAM.