

## OPINION DISSIDENTE DE M. THIERRY

L'article 41 du Statut de la Cour porte que :

« La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire »,

tandis que l'article 75, paragraphe 2, du Règlement de la Cour énonce que :

« Lorsqu'une demande en indication de mesures conservatoires lui est présentée, la Cour peut indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées, ou des mesures à prendre ou à exécuter par la partie même dont émane la demande. »

Ces dispositions sont parfaitement claires. Elles laissent à la Cour une grande latitude dans l'exercice de sa fonction judiciaire au titre des mesures conservatoires. C'est ce qui apparaît quant à la condition requise pour que de telles mesures puissent être indiquées, quant à leur but, leur objet, leur nature.

Une seule condition est nécessaire pour que des mesures puissent être adoptées. (Il ne faut pas confondre, en effet, la condition et l'objet des mesures.) Cette condition unique est que les mesures soient exigées par les circonstances. Mais dès lors que les circonstances exigent de telles mesures, elles « *doivent* » être prises (art. 41).

Le but des mesures est également unique. Il est défini par l'article 41 de façon simple et forte qui doit retenir toute l'attention. Il est de conserver et donc de protéger le « *droit de chacun* ». L'article 41 aurait pu être rédigé autrement et de façon plus restrictive. Il aurait pu, par exemple, se référer aux droits (au pluriel)<sup>1</sup> des parties, ou aux droits invoqués par les parties. Tel n'est pas le cas. L'expression le « *droit de chacun* » va plus loin. Elle invite la Cour à exercer dans sa plénitude, au titre des mesures conservatoires, sa fonction judiciaire.

Mais si le but des mesures est de protéger le droit de chacun, elles peuvent avoir différents objets comme cela résulte de la jurisprudence élaborée par la Cour permanente de Justice internationale et par la Cour, selon les circonstances des affaires qui leur ont été soumises et sur lesquelles elles se sont prononcées. Les mesures peuvent avoir pour objet d'empêcher l'aggravation du différend — cela tombe sous le sens. Elles peuvent

<sup>1</sup> Le texte anglais de l'article 41 (« to preserve the respective rights of either party ») est sensiblement différent du texte français.

être destinées à prévenir un préjudice irréparable. Elles peuvent avoir pour objet de préserver l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire en évitant que les parties n'anticipent la décision que la Cour est appelée à prendre ultérieurement sur le fond. Cette dernière préoccupation a été souvent manifestée par la Cour. Ces objectifs peuvent être envisagés séparément mais ils sont complémentaires. Quel que soit toutefois l'objet immédiat des mesures, leur but est, en tout état de cause, de préserver le « droit de chacun ».

Enfin, quant à leur nature ou substance les mesures peuvent être diverses et rien, si ce n'est leur adéquation aux circonstances et leur caractère provisoire, ne limite le pouvoir de la Cour de choisir les remèdes appropriés. Les mesures peuvent être celles que la partie demanderesse sollicite mais elles peuvent être partiellement ou « totalement » différentes, sans qu'il soit nécessaire de se fonder à cet égard sur le paragraphe 1 de l'article 75 du Règlement de la Cour, qui concerne le cas où la Cour agit *proprio motu*, c'est-à-dire sans avoir été saisie d'une demande.

Telles sont brièvement rappelées les règles fondamentales, découlant du Statut de la Cour et de son Règlement, qui régissent le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires.

La Cour, dans la présente affaire, n'a pas cru devoir user de son pouvoir, comme la Guinée-Bissau le lui demandait. Cette décision négative est à mon avis regrettable et je ne peux pas, quel qu'ait été mon souhait, m'y associer pour les raisons qui sont brièvement exposées ci-dessous.

Il me paraît en effet :

- 1) que les circonstances exigeaient que des mesures conservatoires fussent indiquées et qu'elles devaient donc l'être ;
- 2) qu'aucun obstacle juridique ne s'opposait en l'espèce à l'exercice par la Cour de son pouvoir et de son devoir ;
- 3) que les mesures auraient dû avoir pour objet d'engager les Parties à négocier, sur la base de l'intention du Sénégal telle qu'elle a été exprimée par son conseil, afin de prévenir le renouvellement des incidents qui ont suscité la demande de la Guinée-Bissau, et par là même l'aggravation du différend.

Je ne traiterai pas de la compétence *prima facie*, au sujet de laquelle je suis en accord, pour l'essentiel, avec la position prise par la Cour.

#### I. LES CIRCONSTANCES EXIGEAIENT QUE DES MESURES CONSERVATOIRES SOIENT INDIQUÉES

L'examen des circonstances appelle la prise en considération des faits qui ont suscité la demande de mesures conservatoires. Il s'agit de l'arraisonnement par les autorités sénégalaises de navires de pêche (en l'occurrence d'un navire chinois et d'un navire japonais) dans la région maritime

où les droits des Parties sont l'objet du différend principal, ou fondamental, qui les oppose. Ces faits — il y a lieu de le remarquer — ne sont pas contestés par le Sénégal. Leur gravité peut être qualifiée de différentes façons. Le conseil de la Guinée-Bissau a évité à cet égard toute exagération. Mais on ne peut guère mettre en doute leur importance au regard du différend et des intérêts de la Guinée-Bissau. Ils sont de nature à aggraver le différend, à provoquer des réactions de la part de la Guinée-Bissau. Selon les informations dont il a été fait état devant la Cour, de telles réactions se sont déjà produites et risquent de se produire à nouveau. Comme on le dit dans le langage courant « les choses s'enveniment ». En termes juridiques on dira que ces faits compromettent les relations de bon voisinage entre deux Etats appelés à coopérer aux fins de l'exploitation des ressources maritimes des régions avoisinantes de leurs rivages, conformément aux normes du droit international. Bref, si les circonstances n'appellent pas des mesures du type de celles qui peuvent être prises par le Conseil de sécurité au titre du maintien de la paix ou du règlement des différends « dont la prolongation semble devoir menacer la paix », ils appellent en revanche des mesures conservatoires du type de celles qui ont été indiquées par la Cour dans différentes affaires où elle a été sollicitée à cette fin.

Ce sont de telles mesures qui sont exigées par les circonstances dès lors que l'on considère que les incidents qui se sont produits ne sont pas dénués de toute importance et de toute incidence sur les droits des Parties. Or, en vertu de l'article 41 du Statut de la Cour, dès lors qu'elles sont exigées par les circonstances les mesures *doivent* être prises.

Ayant un caractère provisoire et pour autant qu'elles soient bien conçues, de telles mesures ne sauraient comporter d'effets négatifs quant aux droits des parties. Le refus de les indiquer, au contraire, opposé à une demande, ne va pas sans risques quant à l'aggravation du différend. Ce n'est donc que si des raisons juridiques déterminantes s'opposaient à l'indication de mesures conservatoires que celles-ci auraient dû être refusées. Tel n'était pas le cas.

## II. AUCUNE RAISON JURIDIQUE DÉTERMINANTE NE S'OPPOSE, EN L'ESPÈCE, À L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

Le *non possumus*, lorsque les circonstances exigent que la Cour indique des mesures conservatoires, doit être fortement justifié. Il faut des raisons juridiques incontournables, impérieuses, pour ne pas faire ce que la prudence conseille de faire.

Deux considérations ont été invoquées à ce sujet, fondées sur la jurisprudence davantage que sur les termes de l'article 41 du Statut. La première, largement évoquée au cours des débats devant la Cour mais que celle-ci n'a pas retenue dans les considérants de son ordonnance, a trait à l'absence de *préjudice irréparable*. Les arraisonnements de navires n'auraient pas, en effet, entraîné de préjudice de cette nature, justifiant que des mesures conservatoires fussent indiquées. La seconde considération, qui

au contraire a directement motivé la décision de la Cour, concerne l'absence de lien suffisant entre l'intérêt juridique qui fonde la demande principale de la Guinée-Bissau aux fins de la reconnaissance de la nullité ou de l'inexistence de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 et celui qu'elle invoque au titre de la demande de mesures conservatoires touchant à la situation dans la région maritime où elle réclame des droits. Ce sont ces deux raisons qu'il convient d'envisager.

L'existence d'un préjudice irréparable (quel qu'en soit la définition), qui aurait été déjà subi n'est pas, à l'évidence, la condition de l'octroi de mesures conservatoires. Les mesures ont pour objet (entre autres) de *prévenir* un préjudice irréparable, d'empêcher qu'il ne se produise. Faire de l'existence d'un préjudice irréparable la condition de l'indication de mesures conservatoires confinerait à l'absurde, tant il est vrai que si le mal était déjà fait (le préjudice irréparable consommé), les mesures conservatoires ne seraient plus utiles. Les mesures conservatoires ont pour objet de faire face au *risque* de survenance d'un préjudice irréparable et tel est bien le sens de la jurisprudence clairement formulée dès 1927 par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de la *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865* (C.P.J.I. série A n° 8, p. 7) et plus récemment par la Cour dans celle de la *Compétence en matière de pêcheries* (C.I.J. Recueil 1972, p. 16, par. 21). Un glissement regrettable s'opère toutefois dans les commentaires entre le risque de préjudice irréparable et le préjudice résultant de faits déjà accomplis. Or, un risque est par définition aléatoire et il est dangereux de fonder une décision sur l'absence d'un risque ou son caractère improbable. De plus, le risque de préjudice irréparable doit être envisagé au regard de la situation de l'Etat en danger de le subir. Comme on le sait, la Guinée-Bissau est un petit Etat dont les ressources sont très limitées. La privation éventuelle de ressources biologiques maritimes, ou à plus forte raison d'autres ressources maritimes sur lesquelles il peut avoir des droits, peut constituer pour cet Etat un préjudice irréparable. A cet égard des comparaisons pourraient être faites entre le risque de dommage irréparable dans la présente affaire et ceux encourus par des Etats demandeurs dans des affaires où des mesures ont été effectivement indiquées par la Cour. Il a été dit par exemple que, dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, un dommage irréparable aurait résulté de l'enlèvement et de la vente de certaines quantités de pétrole appartenant à cette compagnie, tandis que dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* le préjudice irréparable aurait résulté de l'exclusion des flottes de pêche britannique et allemande de la zone affectée par la réglementation islandaise. On peut douter que ces préjudices fussent « plus irréparables » que celui que la Guinée-Bissau redoute de supporter.

C'est aussi en considération de la situation de la Guinée-Bissau qu'il faut envisager la relation de la demande principale et de la demande incidente. La requête principale de la Guinée-Bissau a trait à la validité ou à l'existence juridique de la sentence du 31 juillet 1989; la demande en indication de mesures conservatoires a trait aux droits qui sont l'objet de cette sentence et qu'elle détermine tout au moins pour ce qui est de la mer terri-

toriale, de la zone contiguë et du plateau continental. Mais il est clair que la Guinée-Bissau ne défend qu'un seul droit dans tout le processus contentieux où elle s'est engagée. Il s'agit du droit à une délimitation équitable des espaces maritimes, et particulièrement du plateau continental et de la zone économique exclusive, adjacents à ses côtes et à celles du Sénégal. C'est aux fins d'une telle délimitation équitable, dont elle estime avoir été frustrée par le traité de 1960 conclu par échange de lettres entre la France et le Portugal, qu'un compromis d'arbitrage a été conclu en 1985. Mais faute, aux yeux de la Guinée-Bissau, que la sentence rendue par le Tribunal soit valide, la question de la délimitation de la frontière maritime demeure ouverte. Dans le cas (que la Cour ne saurait exclure) où elle se prononcerait dans le sens de la nullité de la sentence, la question de la frontière maritime serait appelée à être réglée soit par accord entre les Parties — solution éminemment souhaitable — soit par une nouvelle procédure arbitrale, soit par la Cour elle-même, si elle était saisie à cette fin. C'est donc pour préserver les droits qui résulteraient de la décision de la Cour sur le fond (sur la validité de la sentence) que la Guinée-Bissau a formulé une demande en indication de mesures conservatoires. Si la décision de la Cour était, en effet, conforme aux vœux de la Guinée-Bissau, la question de l'opposabilité à cet Etat du traité de 1960 serait réouverte et par là même celle de la définition de sa frontière maritime et de ses droits aussi bien quant à la mer territoriale, à la zone contiguë et au plateau continental, qu'au sujet de la zone économique exclusive. C'est dire que la décision de la Cour sur le fond affectera directement les droits respectifs des Parties dans les zones maritimes en cause. C'est cet effet dont le paragraphe 26 de l'ordonnance ne tient pas compte dès lors qu'il se borne à constater que la Cour n'est pas appelée, pour le moment, à déterminer elle-même la frontière maritime entre le Sénégal et la Guinée-Bissau.

Ainsi, au stade du compromis, de la procédure d'arbitrage, de la contestation de la sentence et de la demande en indication de mesures conservatoires, ce sont les mêmes droits que la Guinée-Bissau s'efforce de faire reconnaître avec une obstination que sa condition économique explique et justifie. Ni le caractère « insuffisamment irréparable » du préjudice encouru ni le défaut de lien substantiel, fondamental, entre les deux demandes ne justifiaient donc que la Cour s'abstienne d'indiquer les mesures conservatoires que les circonstances exigent.

### III. QUELLES MESURES CONSERVATOIRES AURAIENT DÛ ÊTRE INDIQUÉES PAR LA COUR

Comme nous l'avons dès l'abord souligné, la Cour dispose, en vertu de l'article 41 de son Statut et de l'article 75, paragraphe 2, de son Règlement, d'une entière liberté quant au choix des mesures qu'elle peut indiquer afin de préserver le « droit de chacun ».

La Guinée-Bissau a demandé à la Cour d'inviter les Parties à s'abstenir dans la zone en litige « de tout acte ou action, de quelque nature que ce soit, pendant toute la durée de la procédure, jusqu'à la décision rendue par la Cour ».

Que cette formule méritait d'être amendée, la Cour a pu le penser raisonnablement. Il eût été en effet excessif de prohiber toute activité dans la zone et, en quelque sorte, de la « geler » pendant toute la durée, qui peut être longue, de la procédure. D'autres formules auraient donc dû être recherchées qui eussent mis l'accent, d'une part sur la nécessité de prévenir l'aggravation du différend, d'autre part sur le devoir des Parties de ne pas anticiper la décision de la Cour sur le fond. Cette dernière considération est importante, particulièrement sous l'angle de l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire.

En tout état de cause une grande attention devait être accordée à la déclaration faite, sur instructions de l'agent du Sénégal, à l'issue des débats. Cette déclaration a été formulée de la façon suivante par le conseil du Sénégal :

« J'ajouterais seulement, sur les instructions de l'agent du Sénégal, que la Cour a les assurances du Sénégal que, jusqu'à ce que ce différend malheureux ait été réglé, le Sénégal utilisera tous les moyens diplomatiques à sa disposition pour négocier avec la Guinée-Bissau un arrangement empêchant que ne se produisent des incidents préjudicant à un règlement pacifique du problème. »

C'est sur cette déclaration que la Cour aurait dû s'appuyer pour définir les mesures conservatoires que les circonstances exigent.

Quoi de plus conforme à la mission de la Cour, lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, que de se fonder sur la conjonction de cette demande et des intentions exprimées par l'autre partie, pour inviter l'une et l'autre à la modération et les encourager à entreprendre des négociations afin, dans un premier stade, de prévenir toute aggravation du différend ?

Une décision en ce sens eut été, me semble-t-il, pleinement en harmonie avec l'esprit et la lettre des articles 41 du Statut et 75 du Règlement de la Cour.

(Signé) Hubert THIERRY.