

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE KOROMA

[Traduction]

*Doutes sur la plausibilité en tant que critère permettant d'indiquer des mesures conservatoires — Assertion formulée pour la première fois dans l'affaire relative à des Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) — Absence de précédent dans la jurisprudence constante de la Cour — Sens différent en anglais et en français — Problème soulevé par l'introduction d'un tel critère — Difficulté de savoir s'il porte sur les droits, les faits ou les deux — Fondement sur lequel sont évaluées les prétentions des parties — Nécessaire transparence de toute nouvelle règle adoptée par la Cour.*

1. Bien qu'ayant voté en faveur de l'ordonnance, je me sens obligé de faire les observations suivantes concernant la notion de «plausibilité» en tant que critère aux fins de l'indication de mesures conservatoires, qui figure aux paragraphes 53 et 54 de l'ordonnance. Outre qu'un tel critère introduit à mon sens une ambiguïté et une incertitude, on voit mal s'il porte sur les droits, les faits, ou les deux.

2. Si ce critère a déjà été appliqué par la Cour en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, lorsqu'il a été demandé aux Parties de démontrer que leurs droits étaient «au moins plausibles»<sup>1</sup>, il n'en est pas pour autant devenu partie intégrante de la jurisprudence constante de la Cour en matière de mesures conservatoires. A dire vrai, cela ne serait guère souhaitable car, en anglais, le mot «plausibility» est ambigu: il peut qualifier une assertion qui a toutes les apparences de la vérité, mais qui est en fait spécieuse ou fautive. Qui plus est, il est difficile de savoir si un tel «critère» fait obligation au demandeur de démontrer que ses prétentions juridiques sont plausibles, qu'il jouit de certains droits de nature juridique, ou encore que ce sont ses prétentions d'ordre factuel qui sont plausibles. Jusqu'à présent, il était simplement exigé de la partie demandant l'indication de mesures conservatoires qu'elle démontre que ses droits existants étaient menacés.

3. Le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que la Cour tient de l'article 41 de son Statut est essentiel pour sauvegarder les droits des parties en attendant qu'elle rende sa décision sur le fond<sup>2</sup>. Sans cette faculté, la Cour risquerait bien souvent d'être mise devant un fait accompli ou de voir une question devenir obsolète avant qu'elle n'ait pu se prononcer, ce qui pourrait nuire à son efficacité. Depuis sa création, la Cour a défini quatre critères devant être remplis pour qu'elle puisse indiquer des mesures conservatoires en faveur de l'une des parties ou des deux.

<sup>1</sup> *Mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 151, par. 57.

<sup>2</sup> *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 17 juin 2003, C.I.J. Recueil 2003*, p. 107, par. 22.

Premièrement, les dispositions invoquées par le demandeur doivent constituer, *prima facie*, une base sur laquelle pourrait être fondée la compétence. Deuxièmement, et tel qu'indiqué dans l'ordonnance, un lien doit être établi entre les droits allégués que le demandeur cherche à protéger et l'objet de l'instance pendante devant elle sur le fond de l'affaire<sup>3</sup>. Troisièmement, elle doit être convaincue que l'une ou l'autre partie — voire les deux — subira un préjudice irréparable ou qu'un dommage irréparable sera causé aux droits en litige qui constituent l'objet du différend au fond<sup>4</sup>. Quatrièmement, il doit y avoir urgence au sens où il doit exister un risque réel qu'une action préjudiciable aux droits de l'une ou l'autre partie ne soit commise avant qu'elle n'ait rendu sa décision définitive<sup>5</sup>.

4. En la présente instance, c'est à juste titre que la Cour a décidé d'indiquer des mesures conservatoires. Aussi souscris-je tant à sa décision qu'à l'essentiel de son raisonnement. En particulier, je pense qu'il existe effectivement un lien entre les mesures sollicitées et les droits de souveraineté revendiqués par le demandeur sur le territoire litigieux (ordonnance, par. 60). Il se peut également que certaines activités du défendeur sur le territoire en question déclenchent des conflits susceptibles d'entraîner une atteinte irréparable à l'intégrité physique de personnes. Enfin, la nature de la zone en litige et le degré de tension entre les Parties justifiaient que le critère de l'urgence soit examiné en liaison avec celui du préjudice irréparable.

5. Néanmoins, l'ordonnance se fonde également sur le critère de «plausibilité», au sujet duquel j'ai quelques réserves. Dans son analyse des prétentions du demandeur, il semble que la Cour introduise involontairement ce critère supplémentaire aux fins de l'indication de mesures conservatoires. Aux termes de l'ordonnance, «la Cour ne peut exercer ce pouvoir que si les droits allégués par une partie apparaissent au moins plausibles» (*ibid.*, par. 53).

6. Sans être entièrement nouveau, le «critère de plausibilité» a été énoncé pour la première fois par la Cour en l'affaire *Belgique c. Sénégal*<sup>6</sup>, où il semble être apparu *ex nihilo*: la Cour n'a pas cité le moindre précédent confirmant l'existence d'un tel critère, pas davantage qu'elle n'a expliqué pourquoi elle décidait de l'établir. D'ailleurs, elle n'a même pas reconnu qu'il s'agissait d'un critère nouveau<sup>7</sup>, se contentant de

<sup>3</sup> *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie), mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, C.I.J. Recueil 2008*, p. 389, par. 118.

<sup>4</sup> Voir par exemple *ibid.*, p. 392, par. 128.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 392, par. 129.

<sup>6</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009*, p. 151, par. 57.

<sup>7</sup> Dans l'ordonnance rendue en l'affaire *Belgique c. Sénégal*, le paragraphe dans lequel est énoncé ce nouveau critère figure sous le chapeau «Lien entre le droit protégé et les mesures demandées» et fait immédiatement suite à un paragraphe examinant la nécessité de l'existence d'un tel lien, même si cette condition est apparemment différente du critère de plausibilité. La présente ordonnance semble admettre implicitement ce critère en créant un nouveau chapeau: «Caractère plausible des droits dont la protection est recherchée et lien entre ces droits et les mesures demandées» (par. 53).

l'énoncer en le présentant comme un critère si bien établi qu'il se passait de toute introduction, explication ou justification. Or il est en contradiction avec la jurisprudence constante de la Cour, qui impose au demandeur de *démontrer* qu'un droit existant est menacé et doit être protégé.

7. Selon moi, l'aspect le plus problématique du critère de plausibilité tient à son caractère imprécis, qui donne l'impression que le seuil utilisé pour indiquer des mesures conservatoires a été abaissé. En anglais, le mot «plausible» peut avoir plusieurs sens. La définition qu'en donne l'*Oxford English Dictionary* est la suivante: «qui a une *appearance* ou un air de vérité, qui semble raisonnable ou valable; apparemment acceptable ou digne de confiance (étant parfois sous-entendu qu'il ne s'agit que d'une apparence) ... se dit principalement d'arguments ou de déclarations», «qui a faussement l'apparence de la raison ou de la vérité; *specious*» [«[h]aving an *appearance* or show of truth, reasonableness, or worth; apparently acceptable or trustworthy (sometimes with implication of mere appearance) ... [c]hiefly of arguments or statements», «having a false appearance of reason or veracity; *specious*»<sup>8</sup>]. Lorsqu'il s'applique à un argument, le terme «specious» est défini comme suit: «plausible, apparemment exact ou convaincant, mais en réalité captieux ou fallacieux» [«[p]lausible, apparently sound or convincing, but in reality sophistical or fallacious»<sup>9</sup>].

Le mot «plausible» peut également qualifier «un argument, une déclaration, etc. ... apparemment raisonnable ou vraisemblable ... convaincant mais trompeur [«an argument, statement, etc. ... seeming reasonable or probable ... persuasive but deceptive»<sup>10</sup>]. Le terme anglais «plausible» a souvent une connotation négative, laissant entendre, dans le cas d'une allégation, qu'elle donne globalement l'impression d'être fidèle à la vérité, mais qu'elle est en réalité spécieuse, vraie en partie seulement, voire totalement fausse. Une autre définition du mot «plausible» est «superficiellement exact, raisonnable ou valable mais souvent spécieux» [«superficially fair, reasonable or valuable but often specious»<sup>11</sup>].

8. On ne saurait dès lors, compte tenu de son caractère ambigu ou imprécis en anglais, faire de cette notion un critère juridique auquel les parties doivent satisfaire pour que la Cour intervienne en indiquant des mesures conservatoires, et ce d'autant plus que celle-ci a confirmé le caractère contraignant de ses ordonnances en la matière. Ce critère pourrait même être l'occasion pour les parties de présenter des demandes spécieuses qui, paraissant à première vue crédibles, inciteraient la Cour à indiquer à tort des mesures conservatoires.

9. Je crois comprendre que le mot «plausible» a une signification quelque peu différente en français. Comme indiqué plus haut, ce critère a

<sup>8</sup> *Oxford English Dictionary*, 1989, vol. XI, p. 1011; et *Oxford English Dictionary Online*; les italiques sont de moi.

<sup>9</sup> *Oxford English Dictionary*, 1989, vol. XVI, p. 161.

<sup>10</sup> *The Concise Oxford Dictionary of Current English*, 1995, p. 1047.

<sup>11</sup> *Merriam Webster's Online Dictionary*.

été retenu pour la première fois en l'affaire *Belgique c. Sénégal*, dont le texte français est le texte faisant foi. En français, m'a-t-il été précisé, le mot a une connotation uniquement positive et reflète donc sans doute mieux l'intention qui était celle de la Cour lorsqu'elle l'a utilisé pour la première fois.

10. Le critère de plausibilité retenu par la Cour pose à mon avis un autre problème, celui de savoir s'il s'applique aux droits de nature juridique, aux faits, ou aux uns et aux autres à la fois. Dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, il semble que la Cour se soit référée aux premiers. La Belgique affirmait, entre autres, que la convention contre la torture lui conférerait le droit d'exercer des poursuites pénales contre M. Habré<sup>12</sup>. La Cour, après avoir énoncé le critère de plausibilité, a déclaré que «[les] droits [revendiqués par la Belgique], en tant que fondés sur une interprétation possible de la convention contre la torture, apparaiss[aient] en conséquence plausibles»<sup>13</sup>. Elle s'est donc cantonnée à une analyse juridique, cherchant à déterminer s'il était plausible que la convention contre la torture confère à la Belgique le droit d'engager des poursuites pénales contre un tortionnaire présumé.

11. Toutefois, c'est sur la plausibilité d'allégations factuelles du Costa Rica que la Cour a dû se prononcer dans la présente ordonnance. Les droits en cause étaient, notamment, ceux du Costa Rica à la souveraineté et à l'intégrité territoriale (ordonnance, par. 1-3). L'argument selon lequel le Costa Rica détiendrait de tels droits est de toute évidence «plausible» d'un point de vue juridique, puisque ces droits sont consacrés par l'article 2 de la Charte des Nations Unies. Le fait que le Costa Rica puisse y prétendre va tellement de soi qu'il n'y a pas eu lieu pour la Cour d'en apprécier la légitimité ou la plausibilité dans son ordonnance. Ce qu'elle a en revanche cherché à établir, c'est si «le titre de souveraineté revendiqué par le Costa Rica sur l'entièreté de Isla Portillos [était] plausible» (*ibid.*, par. 58).

12. Le critère de plausibilité pêche, comme nous l'avons dit, par son ambiguïté et son imprécision. Il est difficile, à la lecture de l'ordonnance, de savoir si la Cour exige de l'Etat sollicitant des mesures conservatoires qu'il démontre le caractère plausible de ses prétentions juridiques ou celui de ses allégations factuelles, ou des unes et des autres.

13. Selon moi, il aurait été intéressant d'énoncer un critère clair permettant d'évaluer, *prima facie*, la légitimité des prétentions d'un demandeur au stade des mesures conservatoires. Un tel critère, déjà appliqué par de nombreuses juridictions internes de *common law*, contribuerait à éviter que les parties n'aient abusivement recours à la procédure de demande en indication de mesures conservatoires. En particulier, il les dissuaderait de faire valoir des droits manifestement infondés dans le seul

<sup>12</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 142, par. 14.*

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 152, par. 60.

but d'obtenir des mesures conservatoires destinées à empêcher la partie adverse d'entreprendre toute action nouvelle avant que la Cour ne se prononce sur le fond. Ce critère serait en un sens comparable à celui déjà requis d'une compétence *prima facie* de la Cour. Comme celui-ci, il ferait obligation à une partie de démontrer qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond avant que la Cour ne décide d'indiquer des mesures conservatoires en sa faveur.

14. Lorsqu'elle s'est prononcée sur une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour a parfois été amenée à apprécier de manière informelle la légitimité des prétentions d'une partie. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, par exemple, elle a noté que les droits en litige étaient notamment les droits du Congo «à la souveraineté et à l'intégrité territoriale, à l'intégrité de ses biens et de ses ressources naturelles»<sup>14</sup>. La Cour a ajouté qu'il n'était pas «contesté [que] ... des forces ougandaises se trouv[ai]ent sur le territoire du Congo, [et] que des combats [avaie]nt opposé sur ce territoire ces forces à celles d'un Etat voisin»<sup>15</sup>. Autrement dit, les droits du Congo étaient clairement en cause.

15. Dans de nombreuses ordonnances en indication de mesures conservatoires, l'analyse faite par la Cour des questions relatives à la compétence ou au préjudice irréparable a également confirmé la *crédibilité* des prétentions d'une partie. Les extraits ci-dessus tirés de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires en l'affaire des *Activités armées* font ainsi partie du raisonnement suivi par la Cour pour établir l'existence d'un risque de préjudice irréparable.

16. Toute la difficulté consiste à définir ce que devrait être le critère recherché. La Cour pourrait revenir à une approche comparable à celle qui est la sienne lorsqu'elle apprécie sa compétence au stade des mesures conservatoires, selon laquelle la partie intéressée est tenue d'établir, *prima facie*, le bien-fondé de sa thèse — autrement dit, de fournir des éléments de preuve qui, à eux seuls, permettent d'établir qu'elle peut prétendre à certains droits. La Cour pourrait aussi exiger que les droits allégués par cette partie soient fondés sur une interprétation *raisonnable* du droit ou des faits.

17. Quoi qu'il en soit, si la Cour décide effectivement d'adopter un nouveau critère, elle doit le faire de manière transparente, en expliquant les raisons. Elle pourrait, par exemple, déclarer que l'existence d'un tel critère est importante pour éviter que la Cour n'indique des mesures conservatoires en faveur d'une partie qui forme des demandes abusives ou qui n'a guère de chances d'obtenir gain de cause sur le fond.

18. Rendre une ordonnance en indication de mesures conservatoires en se fondant sur le critère de la plausibilité pourrait se révéler une erreur.

<sup>14</sup> *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, mesures conservatoires, ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2000, C.I.J. Recueil 2000, p. 127, par. 40.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 128, par. 42.

Pour paraphraser le philosophe du XVIII<sup>e</sup> siècle Edmund Burke, des projets très plausibles, aux débuts très prometteurs, ont souvent des conséquences malheureuses. C'est là une observation que nous devrions garder à l'esprit.

*(Signé)* Abdul G. KOROMA.

---