

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEN

[Traduction]

J'ai voté pour l'ordonnance rendue par la Cour, mais j'aimerais examiner d'un peu plus près que ne l'a fait la Cour l'argument principal avancé par la Guinée-Bissau (visé au paragraphe 25 de l'ordonnance) en ce qui concerne le point particulier qui a amené la Cour à prendre une décision qui lui est défavorable. La Guinée-Bissau semble défendre, quant au type de lien qui devrait exister entre les droits que l'on cherche à sauvegarder par des mesures conservatoires et ceux sur lesquels on voudrait qu'il soit statué dans l'affaire, une conception plus libérale que celle adoptée par la Cour, et son argument m'a causé quelque difficulté.

Reconnaissant que d'autres affaires « ont montré la nécessité d'un lien clairement établi entre l'objet de la demande incidente et celui de la requête principale », la Guinée-Bissau estime à juste titre que « l'établissement de ce lien est nécessaire car l'objet de la demande est de protéger les *droits en litige* et non pas d'autres droits en dehors du procès » (CR 90/1, p. 27, 12 février 1990). Ces déclarations reflètent le principe traditionnel selon lequel il faut que les mesures conservatoires « tendent à sauvegarder les droits objet du différend dont la Cour est saisie » (*Réforme agraire polonaise, C.P.J.I. série A/B n° 58, p. 177*).

Dans la présente affaire, il est clair que le règlement du différend dont la Cour est saisie en ce qui concerne l'existence et la validité de la sentence n'emportera pas détermination des droits maritimes des Parties dont la sauvegarde est l'objet des mesures conservatoires demandées. Il en résulte, comme la Cour le relève dans son ordonnance, que les mesures conservatoires demandées ne visent pas à sauvegarder les droits des Parties dans ce différend particulier et quelque peu spécialisé. En fait, si l'on pousse le principe traditionnel jusqu'à sa conclusion logique, il est difficile d'imaginer des circonstances pouvant justifier l'indication de mesures conservatoires de droits qu'on voudrait voir déterminés quant au fond par une sentence arbitrale, dès lors qu'au principal le différend n'a trait qu'à l'existence et à la validité de la sentence.

La Guinée-Bissau a essayé de surmonter cet obstacle en revendiquant, en fait, une conception des principes applicables plus libérale que celle qui a guidé la Cour dans sa décision. Si je comprends bien son raisonnement (CR 90/1, p. 28-39), elle arguë que même si les droits que l'on cherche à sauvegarder ne font pas eux-mêmes partie de ceux qui sont l'objet du différend spécifique concernant l'existence et la validité de la sentence, les uns et les autres sont logiquement liés, et que ce lien est tel qu'il justifie l'exercice par la Cour de la compétence que lui confère l'article 41 du Statut d'indiquer des mesures conservatoires « si elle estime que les circonstances l'exigent ». Le lien a été présenté dans un cadre théorique

définissant le différend quant aux droits maritimes des Parties proprement dits comme un différend de base ou de premier ordre et le différend concernant l'existence et la validité de la sentence comme un différend de second ordre ou sous-différend. Pour faire justice aux arguments de M. Miguel Galvao Teles sur ce point, il est nécessaire de reproduire les passages suivants de ses observations orales :

« Or, sauf éventuellement en ce qui concerne des mesures ayant égard à des moyens de preuve, les mesures conservatoires se rapportent toujours aux intérêts de base et sont justifiées par eux ; et, deuxièmement, elles doivent être jugées admissibles par référence à ces intérêts même si le tribunal est saisi d'un sous-différend ou d'un différend de second ordre. » (CR 90/1, p. 32.)

« De la même façon que les intérêts des parties, les décisions de sous-différends ou de différends de deuxième ordre n'ont pas de valeur en elles-mêmes. Leur valeur ne provient que de la contribution qu'elles apportent à la solution finale du différend de base. Ce sont les conditions de pratique de cette solution finale, c'est la paix par rapport au conflit de base, comme ce sont les intérêts de parties objet de ce conflit qu'il faut sauvegarder, à tout état procédural — parce que si les conditions de pratique de la solution finale sont affectées, les sont aussi celles de la décision du sous-différend ou du différend de deuxième ordre, parce que si la paix est mise en cause peu importe à quel stade procédural l'on est. » (*Ibid.*, p. 33-34.)

« Le fait que les mesures conservatoires ne soient pas conçues comme une anticipation provisoire d'une possible décision finale et qu'elles soient pensées par le Statut et par le Règlement comme étant fondées tout d'abord par l'intérêt de la communauté internationale elle-même — à l'exécution des décisions de justice et à la paix — justifie que le lien indispensable à l'admissibilité des mesures soit le lien entre les mesures envisagées et le conflit d'intérêts sous-jacent à la question ou aux questions posées à la Cour, que celle-ci soit saisie d'un différend principal ou d'un sous-différend, d'un différend de base ou d'un différend de second ordre, à la seule condition que la décision par la Cour des questions de fond qui lui sont posées soit un *préalable nécessaire* du règlement ou du statut du règlement du conflit d'intérêts que les mesures concernent, ainsi que l'a implicitement retenu la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de la *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865* et cette haute Cour, elle-même, dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* » (*Ibid.*, p. 37.)

Dans la première affaire ainsi citée par l'éminent conseil de la Guinée-Bissau — l'affaire relative à la *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865* (C.P.J.I. série A n° 8) — la Cour a indiqué des mesures conservatoires pour sauvegarder les droits de la Belgique et de ses nationaux en vertu d'un traité alors même que tout ce qui lui était demandé au

principal était de dire et juger qu'« il n'appartient pas à la Chine de dénoncer unilatéralement le traité... » Néanmoins, la question ainsi présentée au principal n'était pas purement théorique, car la Chine avait effectivement dénoncé le traité (*C.P.J.I. série A n° 8*, p. 5). Par suite, comme il n'était pas contesté que la Belgique et ses nationaux avaient des droits en vertu du traité si celui-ci était toujours en vigueur, l'existence de ces droits serait directement affectée si la Cour jugeait que la Chine n'avait pas le droit de dénoncer le traité. A cet égard, l'ordonnance de la Cour était ainsi libellée :

« Attendu que c'est le Gouvernement de Chine qui a déclaré que le traité précité a cessé de produire ses effets, le Gouvernement de Belgique se plaçant, au contraire, au point de vue qu'il reste en vigueur; que, par conséquent, la situation garantie par le traité aux ressortissants chinois résidant en Belgique n'a subi aucune modification, tandis que la situation correspondante des ressortissants belges en Chine a été changée en vertu dudit mandat présidentiel » (c'est-à-dire le mandat du président de la République de Chine relatif à la dénonciation du traité. *Ibid.*, p. 6. Voir aussi *C.P.J.I. série E n° 3*, p. 127.)

Il semble par conséquent que la Cour ait considéré que les droits que l'on cherchait à sauvegarder par les mesures conservatoires demandées faisaient partie des droits objet du différend sur le point de savoir si la Chine avait le droit de dénoncer le traité, et qu'ils seraient directement affectés par un arrêt sur ce point.

En un sens, la position adoptée dans cette affaire semble similaire à celle adoptée dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *mesures conservatoires (C.I.J. Recueil 1972*, p. 12) dans laquelle il était clair que les droits de la Grande-Bretagne en matière de pêcheries que les mesures conservatoires demandées visaient à sauvegarder seraient directement affectés par la décision finale qui serait prise dans l'affaire, même si dans cette dernière il était officiellement demandé à la Cour de se prononcer non sur ces droits eux-mêmes mais seulement, en substance, sur la question de savoir si la revendication par l'Irlande d'une zone exclusive de pêche d'une largeur de 50 milles marins était valide en droit international (*C.I.J. Mémoires, Compétence en matière de pêcheries*, vol. 1, p. 10, par. 21; et argumentation de sir Peter Rawlinson, *ibid.*, p. 98 et suiv.). Aux paragraphes 13 et 14 de l'ordonnance qu'elle a rendue dans cette affaire, la Cour justifie sa position comme suit :

« 13. Considérant que, dans sa requête introductive d'instance, le Gouvernement du Royaume-Uni, en priant la Cour de dire que l'extension de la compétence de l'Islande en matière de pêcheries n'est pas valable, a demandé en fait à la Cour de déclarer que les mesures d'exclusion des navires de pêche étrangers envisagées par l'Islande ne sont pas opposables aux navires de pêche immatriculés au Royaume-Uni;

14. Considérant que la thèse du demandeur suivant laquelle ses navires ont le droit de continuer à pratiquer la pêche dans la zone de 50 milles marins ci-dessus mentionnée constitue l'un des éléments de l'objet du différend soumis à la Cour et que la demande en indication de mesures conservatoires destinées à protéger ce droit est donc directement liée à la requête déposée le 14 avril 1972 » (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 15).

Dans la seconde affaire invoquée par la Guinée-Bissau, celle de l'*Anglo-Iranian Oil Co., mesures conservatoires, ordonnance du 5 juillet 1951* (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 89), la Cour a indiqué des mesures conservatoires pour protéger les droits patrimoniaux de la société, bien qu'au principal le Royaume-Uni lui demandât seulement de déclarer que l'Iran était tenu de soumettre le différend à l'arbitrage. Cette situation semble un peu plus proche de la thèse de la Guinée-Bissau. On peut néanmoins faire trois observations. Premièrement, en l'absence de mesures conservatoires, l'exécution d'une décision par laquelle la Cour jugerait que l'Iran était tenu de soumettre à l'arbitrage le différend relatif aux droits patrimoniaux revendiqués par la société pourrait être compromise (voir les termes utilisés dans l'affaire de la *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie, C.P.J.I. série A/B n° 79*, p. 199). Deuxièmement, si la Cour considérait qu'une telle obligation s'imposait à l'Iran, on peut supposer que l'arbitrage suivrait l'arrêt de la Cour et constituerait ainsi, avec ce dernier, une série de procédures liées entre elles aboutissant à un règlement définitif quant au fond du différend relatif aux droits patrimoniaux. Ceci explique peut-être pourquoi, dans sa demande principale, le Royaume-Uni priait aussi la Cour de déclarer que l'Iran était « tenu d'accepter et d'exécuter la sentence rendue à la suite de cet arbitrage » (*C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 18, par. 21 a)). Troisièmement, le Royaume-Uni avait de toute façon demandé à la Cour, même si c'était seulement à titre subsidiaire, de se prononcer au fond sur les droits patrimoniaux de la société (*ibid.*, p. 18-19, par. 21 b)).

Ces affaires donnent à penser que la position adoptée par la Guinée-Bissau connaît des limites tenant au fait que la situation créée par l'indication de mesures conservatoires doit être compatible avec l'effet d'une éventuelle décision au principal en faveur de l'Etat demandant de telles mesures. Telle était à l'évidence la situation dans les deux affaires citées par la Guinée-Bissau. Mais en l'espèce, si la Cour indiquait des mesures conservatoires pour empêcher les Parties de se livrer à des activités dans la zone en question, la situation ainsi créée ne serait pas compatible avec une éventuelle décision en faveur de la Guinée-Bissau sur la question de l'existence ou de la validité de la sentence. Comme l'a fait observer la Cour, une telle décision ne déterminerait pas les droits effectifs des Parties dans la zone en question. Tout ce qui se passerait, si dans les circonstances particulières de l'espèce la Guinée-Bissau obtenait gain de cause, serait que le différend originel reprendrait sans qu'aucun mécanisme soit institué automatiquement pour le régler, et que chaque Partie serait libre d'agir

dans les limites autorisées par le droit international compte tenu du bien-fondé de sa position considérée indépendamment de la sentence. Cette liberté d'action, découlant de la situation ainsi créée par une décision de la Cour en faveur de la Guinée-Bissau sur la question de l'existence et de la validité de la sentence, serait effectivement incompatible avec la situation créée par l'indication de mesures conservatoires ordonnant aux parties de s'abstenir de se livrer à des activités, au lieu d'être compatible avec elle comme il serait normal. En fait, il semble que c'est plutôt avec les affaires dans lesquelles une demande en indication de mesures conservatoires a été rejetée au motif que les mesures demandées visaient à sauvegarder des droits qui ne faisaient pas partie de ceux faisant l'objet du différend dont la Cour était saisie au principal que l'on puisse faire une analogie (voir les affaires de la *Réforme agraire polonaise et minorité allemande* (C.P.J.I. série A/B n° 58, p. 178) et du *Plateau continental de la mer Egée, mesures conservatoires* (C.I.J. Recueil 1976, p. 11, par. 34)).

Pour ces raisons, je ne suis pas en mesure de conclure que les arguments intéressants et savamment présentés par la Guinée-Bissau sur le point en question pourraient aboutir à un autre résultat que celui auquel la Cour est parvenue.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.
