

SEPARATE OPINION OF JUDGE BROMS

Having joined the other Members of the Court in adopting the present Order I want to explain the factual background to the adoption of the Order. In doing this I do realize that at this stage any comment must relate solely to the request for the provisional measures while the merits of the case will only be discussed when the final decision of the Court will be made. Needless to say the Parties at the hearing did refer to some of the merits in order to justify their views on the provisional measures. This turned out to be necessary in order to estimate whether the claimant had a *prima facie* case.

At the time the Application for the provisional measures was made by Finland the normal prerequisites seemed to exist for the granting of the request. The jurisdiction of the Court did not present any problems; the claim obviously included legal problems to be judged by the Court, and was one which on its face had reasonable chances of succeeding. The claimant also could prove that without provisional measures irreparable prejudice could be caused to the right of free passage of drill ships and oil rigs allegedly based on several international treaties and international custom. There also seemed to be the required urgency, which has often played a decisive role in the Court's decision-making on applications for provisional measures. The final construction tenders for the East Channel Bridge have an acceptance deadline of 18 August 1991 and there was a danger that tenders for Finnish oil rigs and drill ships would diminish due to the fear of the potential buyers that the construction work would be prevented in the near future due to the impossibility of making use of the right of free passage through the Great Belt.

At the hearing the Danish Government made a statement that, according to the schedule for construction of the East Channel Bridge, "no physical hindrance for the passage through the Great Belt will occur before the end of 1994" (Danish Written Observations, para. 140 (2); Public Sitting of 2 July 1991 (morning), CR 91/11, p. 11 (Lehmann)). To this it was added that by that time the case would have been finally decided by the Court. Having said this the Agent for Denmark suggested that no indication for provisional measures was required (*ibid.*). He went on to explain that the construction of the East Channel Bridge will not present any practical hindrance for the passage of mobile offshore drilling units through the Danish Straits and the navigation may continue through the Strait as before (see para. 25 of the Order).

OPINION INDIVIDUELLE DE M. BROMS

[Traduction]

M'étant associé aux autres membres de la Cour pour adopter la présente ordonnance, je tiens à expliquer les faits qui constituent la toile de fond de son adoption. Ce faisant, je me rends bien compte qu'à ce stade les commentaires ne doivent porter que sur la demande en indication de mesures conservatoires, car le fond de l'affaire ne sera examiné que lorsque la Cour rendra son arrêt définitif. Point n'est besoin de rappeler que les Parties ont effectivement, à l'audience, abordé certaines questions de fond pour justifier leur point de vue sur les mesures conservatoires. Cela s'est révélé indispensable pour déterminer si la cause du demandeur était fondée *prima facie*.

A l'époque où la Finlande a présenté sa demande en indication de mesures conservatoires, les conditions normalement requises pour son acceptation semblaient réunies. La compétence de la Cour ne présentait aucun problème; la demande au fond soulevait à l'évidence des problèmes juridiques à trancher par la Cour et avait à première vue des chances raisonnables d'être accueillie. En outre, le demandeur pouvait prouver que sans l'indication de mesures conservatoires un préjudice irréparable eût pu être causé au droit de libre passage des navires de forage et plates-formes pétrolières fondé, selon ses allégations, sur plusieurs traités internationaux et sur la coutume internationale. La condition d'urgence, qui a souvent joué un rôle décisif lorsque la Cour a eu à statuer sur les demandes en indication de mesures conservatoires, semblait également remplie. Le délai fixé pour l'acceptation des soumissions finales relatives à la construction du pont sur le chenal Est venait à expiration le 18 août 1991 et les commandes de plates-formes pétrolières et de navires de forage finlandais risquaient de connaître une baisse, les acheteurs éventuels craignant que leur construction soit bientôt arrêtée en raison de l'impossibilité d'utiliser le droit de libre passage par le Grand-Belt.

A l'audience, le Gouvernement du Danemark déclara que, selon le déroulement prévu des travaux de construction du pont sur le chenal Est, « il n'y aura pas d'obstacle matériel au passage par le Grand-Belt avant la fin de l'année 1994 » (observations écrites du Danemark, par. 140, 2); audience du mardi 2 juillet 1991, matin, CR 91/11, p. 11 (M. Lehmann)). Il ajouta que d'ici là la Cour aurait rendu un arrêt définitif en l'espèce. Sur ce, l'agent du Danemark dit que rien n'obligeait à indiquer des mesures conservatoires (*ibid.*). Il expliqua en outre que la construction du pont sur le chenal Est ne créerait pas, en pratique, d'obstacle au passage par les détroits danois des unités mobiles de forage offshore finlandaises et que la navigation dans le Grand-Belt pourrait se poursuivre comme par le passé (voir le paragraphe 25 de l'ordonnance).

Thus according to the Agent of Denmark, there is no urgency. Another thing changing the original situation was that later during the deliberations of the case the Court decided to make the final decision of the case expeditiously, probably during the spring of 1992 or at the latest in the fall of 1992. When this decision is combined with the Danish assurances as to the continuation of the right of free passage, the issue of urgency must be seen in another light. Finnish ships, including the oil rigs and drill ships, are now guaranteed the right of transit at least until the end of 1994 and the Court will decide the case as expeditiously as possible — certainly before the above date. Thus, as a result of the above explained events the material grounds for the acceptance of the Application have changed. With these changes the prerequisites for the adoption of the Application diminished without any fault of the claimant. The remaining alternative was the present Order.

The present Order confirms the above-mentioned Danish assurances given to the Court. What is most important, however, is the provision included in paragraph 32, whereby the Court underlines the well-established legal norm that a State engaged in a dispute before the Court with another State cannot improve its legal position vis-à-vis that other State by any action taken *pendente lite*, and no such action “can have any effect whatever as regards the legal situation which the Court is called upon to define” (*Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland, P.C.I.J., Series A/B, No. 48*, p. 287). This concerns naturally both Parties but, taking into account the circumstances of the present case, this principle is especially important as a guarantee to Finland against any detrimental change which might be undertaken by the territorial power of the Great Belt.

The Order also decides another important legal issue which was taken up at the hearing by the counsel, Professor Bowett, speaking for the Government of Denmark. He suggested that in the event a restitution in kind should prove excessively onerous for Denmark, a monetary compensation of damages would suffice as a payment to Finland, should Finland's claim eventually be accepted by the Court (Public Sitting of 5 July 1991, CR 91/14, p. 45). But this is not what the claimant has been seeking. The claimant is seeking restitution in kind. Therefore, the opinion of the Court which denies the validity of the Danish theory is correct, and an important interpretation.

Finally, I also regard the contents of paragraphs 33 and 34 to be most important, especially in light of paragraph 35, where the Court welcomes the Parties to enter into negotiations to solve their dispute. The principle of equal treatment of the Parties has been quite correctly adopted in paragraphs 33 and 34. Both Parties are requested to consider alternative solutions to settle the dispute. With the help of their combined technical

Ainsi, selon l'agent du Danemark, il n'y a pas urgence. La situation telle qu'elle se présentait à l'origine fut encore modifiée du fait que par la suite, au cours de son délibéré sur la demande, la Cour a décidé de rendre son arrêt définitif en l'espèce dans les meilleurs délais, probablement au cours du printemps ou, au plus tard, de l'automne 1992. Cette décision, s'ajoutant aux assurances données par le Danemark en ce qui concerne le maintien du droit de libre passage, oblige à voir sous un jour nouveau la question de l'urgence. Le droit de transit est maintenant garanti aux navires finlandais, y compris les plates-formes pétrolières et les navires de forage, au moins jusqu'à la fin de l'année 1994 et la Cour tranchera l'affaire avec toute la célérité possible — en tout cas avant ce temps. Ainsi, par suite des événements que j'ai expliqués, la base matérielle justifiant l'acceptation de la demande en indication de mesures conservatoires a été modifiée. Avec ces changements, les conditions nécessaires à l'accueil de la demande se sont trouvées réduites sans qu'il y ait eu aucune faute de la part du demandeur. L'autre solution possible était la présente ordonnance.

Cette ordonnance confirme les assurances, déjà mentionnées, que le Danemark a données à la Cour. Le plus important, toutefois, c'est la teneur du paragraphe 32 de l'ordonnance, dans lequel la Cour souligne la règle de droit bien établie selon laquelle un Etat partie à un différend avec un autre Etat devant la Cour ne saurait améliorer sa position juridique vis-à-vis de cet autre Etat par quelque action que ce soit *pendente lite*, et qu'aucune action de ce genre « ne saurait exercer une influence quelconque sur l'état de droit qu'il incombe à la Cour de définir » (*Statut juridique du territoire du sud-est du Groënland, C.P.J.I. série A/B n° 48*, p. 287). Ce principe concerne naturellement les deux Parties mais, compte tenu des circonstances de la présente affaire, son importance est particulièrement grande pour la Finlande, qu'il protège contre tout changement préjudiciable que pourrait entreprendre l'Etat titulaire de l'autorité territoriale sur le Grand-Belt.

Dans son ordonnance, la Cour tranche aussi une autre question juridique importante évoquée à l'audience par le conseil du Gouvernement du Danemark, M. Bowett. Celui-ci a fait valoir que dans le cas où une restitution en nature se révélerait une charge excessive pour le Danemark, une indemnisation pécuniaire du dommage constituerait une réparation suffisante pour la Finlande, si la Cour lui donnait gain de cause au fond (audience du 5 juillet 1991, CR 91/14, p. 45). Mais ce n'est pas là ce que le demandeur cherche à obtenir. Ce qu'il cherche à obtenir, c'est une restitution en nature. Par conséquent, l'opinion de la Cour privant de validité la théorie danoise est correcte et constitue une interprétation importante.

Enfin, je considère également comme extrêmement importante la teneur des paragraphes 33 et 34, compte tenu en particulier du paragraphe 35 dans lequel la Cour dit qu'une négociation entre les Parties en vue de parvenir au règlement de leur différend serait la bienvenue. Le principe de l'égalité de traitement des Parties a été appliqué de façon tout à fait correcte aux paragraphes 33 et 34, dans lesquels les deux Parties sont

expertise, the future negotiations which the Court recommends to both Parties might turn out to be decisive in finding a mutually acceptable solution.

I have not been able to avoid the impression that the dispute is one which could also possibly be solved by the use of negotiations between the two Governments. By doing this they would only be acting in the best Nordic spirit of comity and co-operation to make the utmost effort to find a solution which would satisfy both sides.

After all, the main dispute should be brought to its realistic measurements. It is not easy to understand how the building of an opening to the East Channel Bridge by means of a swing bridge, or possibly by another technical solution, could cause more expense to Denmark than a relatively small fraction of the total construction costs, which are said to be more than 4 billion dollars. Neither should such a modification cause any real delay to the construction work presuming that the necessary decision is reached in the foreseeable future. As the Order of the Court itself suggests negotiations to the Parties, the acceptance of negotiations can no longer be said to lead to any loss of face on either side. To the contrary, the Court would appreciate such an effort by the Parties. Needless to say, even if the Parties could not solve their dispute through direct negotiations, the results of such negotiations, and in particular the technical solutions which may be explored, would be helpful to the Court which, for natural reasons, is composed of legal, and not technical, representatives.

As the Court now has decided to deal expeditiously with the case this solution is in the interest of both Parties. The uncertainty of the situation should not be allowed to continue any longer than is absolutely necessary. Now that the Court has adopted the above Order it is to be hoped that with the co-operation of the two Agents the merits of the case will, indeed, be decided at the latest by the end of 1992. That way any possible damage to either Party would be minimized.

(Signed) Bengt BROMS.

invitées à examiner différentes solutions pour résoudre le différend. Avec l'aide des experts techniques de l'une et de l'autre, les négociations futures recommandées par la Cour aux deux Parties pourraient se révéler décisives pour trouver une solution mutuellement acceptable.

Je n'ai pu me défaire de l'impression que ce différend est de ceux que des négociations entre les deux gouvernements permettraient peut-être de résoudre. En s'engageant dans cette voie, ceux-ci ne feraient qu'agir dans l'esprit de courtoisie et de coopération propre aux pays nordiques en n'épargnant aucun effort pour trouver une solution satisfaisante pour les deux Parties.

Après tout, le différend principal doit être ramené à des dimensions réalistes. On a du mal à imaginer que le coût, pour le Danemark, de l'aménagement d'une ouverture dans le pont sur le chenal Est au moyen d'un pont tournant, ou encore d'une autre solution technique, puisse représenter plus qu'une assez petite fraction du coût total de la construction qui, nous dit-on, s'élève à plus de 4 milliards de dollars. Une telle modification ne devrait pas non plus retarder sensiblement les travaux de construction, à supposer que la décision nécessaire soit prise dans un avenir prochain. Comme la Cour elle-même, dans son ordonnance, suggère des négociations aux Parties, on ne peut plus dire que l'acceptation de négociations leur ferait perdre la face à l'une ou à l'autre. Bien au contraire, la Cour apprécierait un tel effort de leur part. Il va sans dire que même si les Parties ne pouvaient résoudre leur différend par des négociations directes, les résultats de ces dernières, et notamment les solutions techniques qui pourraient être envisagées, seraient utiles à la Cour qui, pour des raisons bien évidentes, est formée de juristes et non de techniciens.

Comme la Cour a maintenant décidé d'examiner avec célérité cette affaire, la solution qu'elle adopte est dans l'intérêt des deux Parties. On ne doit pas laisser l'incertitude causée par la situation durer plus qu'il n'est absolument nécessaire. Maintenant que la Cour a adopté son ordonnance, il faut espérer qu'avec la coopération des deux agents l'affaire sera effectivement tranchée sur le fond au plus tard à la fin de 1992. On réduira ainsi au minimum les préjudices que pourrait subir l'une ou l'autre Partie.

(Signé) Bengt BROMS.