

DÉCLARATION DE M. ELARABY

[Traduction]

1. Si j'ai voté contre le rejet de la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la République démocratique du Congo, c'est principalement parce que j'estime que la Cour, conformément à son Statut et à sa jurisprudence actuelle, devrait en principe faire droit à une demande en indication de mesures conservatoires dès lors qu'il est établi, d'une part, que les conditions d'urgence sont satisfaites et, d'autre part, qu'un préjudice irréparable risque d'être causé aux droits de l'une ou des deux parties au différend. J'estime que l'article 41 du Statut de la Cour confère à celle-ci un large pouvoir discrétionnaire quant à l'indication de mesures conservatoires. Sa jurisprudence montre que si, auparavant, elle s'attachait rigoureusement à établir sa compétence avant d'exercer les pouvoirs prévus à l'article 41 de son Statut, elle en est progressivement, quoique graduellement, venue à considérer que l'existence d'une base *prima facie* à sa compétence constituait le seuil à partir duquel elle pouvait exercer lesdits pouvoirs. Or, il me semble que cette évolution n'est pas prise en compte dans l'ordonnance.

2. L'article 41 du Statut constitue, à mon sens, le point de départ. Le paragraphe 1 de cet article dispose que «[l]a 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 le paragraphe 2 précise qu'«[e]n attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est *immédiatement* notifiée aux Parties et au Conseil de sécurité» (les italiques sont de moi).

3. Je suis convaincu que ces deux paragraphes de l'article 41, tels que je les interprète, confèrent à la Cour un vaste pouvoir discrétionnaire pour décider quelles circonstances justifient l'indication de mesures conservatoires. La mention du Conseil de sécurité souligne l'importance du lien entre la Cour et le Conseil en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales. En outre, le Statut ne prévoit pas de conditions supplémentaires pour que la Cour puisse exercer son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires. En réalité, il n'est pas nécessaire, à ce stade précoce de la procédure, que la compétence de la Cour soit établie.

4. Dès 1962, le juge Fitzmaurice écrivait que :

«[c]e qui caractérise la faculté d'indiquer des mesures conservatoires, ce n'est toutefois pas qu'elle a, ou peut avoir, pour effet de préjuger la décision finale de la Cour quant à sa compétence au fond. C'est que l'exercice de cette faculté suppose au préalable une forme de décision juridictionnelle distincte, ayant sa propre finalité. En bref, se posent à la fois une question de fond et une question préliminaire

de compétence, ou peut-être plutôt celle de l'opportunité d'exercer ou non cette dernière; or cela n'est le cas avec aucune des autres formes possibles d'exercice d'une compétence préliminaire.» (Sir Gerald Fitzmaurice, «Hersch Lauterpacht — The Scholar as Judge, Part II», *British Year Book of International Law*, vol. 38, 1962, p. 71.)

5. Le juge Fitzmaurice fit également observer que:

«La faculté d'indiquer des mesures conservatoires fait, en ce qui concerne la Cour internationale, partie de sa compétence incidente, qui est caractérisée par le fait qu'elle ne dépend pas du consentement direct donné par les parties à son exercice, mais fait partie intégrante des pouvoirs permanents que lui confère son Statut. Son exercice est donc régi, non pas par le consentement des parties (sauf en un sens lointain), mais par les dispositions applicables du Statut et du Règlement de la Cour.» (*The Law and Practice of the International Court of Justice: 1951-1954*, p. 304.)

Je souscris à cette interprétation des pouvoirs conférés à la Cour par son Statut.

6. Quant aux circonstances de l'espèce, la Cour a pris acte de l'ampleur des tragiques événements vécus par le Congo en rappelant les onze résolutions déjà adoptées à ce jour par le Conseil de sécurité. Le Congo fondait sa demande en indication de mesures conservatoires sur un grand nombre de clauses compromissaires qui, si elles avaient été reconnues applicables, auraient permis d'établir la compétence *prima facie* requise. La Cour a toutefois conclu, après avoir analysé chacune de ces clauses, qu'elle n'était pas compétente *prima facie*.

7. La Cour a relevé, au paragraphe 87, que «tant le Congo que le Rwanda sont parties à la convention de Montréal, le Congo depuis le 6 juillet 1977 et le Rwanda depuis le 3 novembre 1987», et, au paragraphe 88, que «le Congo n'a [toutefois] demandé à la Cour l'indication d'aucune mesure conservatoire en rapport avec la sauvegarde des droits qu'il estime tenir de la convention de Montréal». La Cour a choisi de conclure à cet égard, dans ce même paragraphe 88, «qu'il n'y a[vait] dès lors pas lieu pour [elle], à ce stade de la procédure, de se prononcer, même *prima facie*, sur sa compétence au regard de ladite convention ou sur les conditions préalables pour fonder la compétence de la Cour aux termes de cette dernière»; puis elle a conclu plus généralement, au paragraphe 89, qu'elle «ne dispos[ait] pas en l'espèce de la compétence *prima facie* nécessaire pour indiquer les mesures conservatoires demandées par le Congo».

8. Il est de fait que le Congo n'a pas précisé à la Cour quelles mesures il priait celle-ci de prendre aux fins de préserver les droits qu'il estime tenir de la convention de Montréal, mais il n'en a pas moins rappelé qu'un avion de Congo Airlines avait été abattu en 1998. A mon sens, il y a une certaine incohérence entre le paragraphe 88, qui laisse supposer

l'existence d'une éventuelle compétence *prima facie*, et le paragraphe 89, qui conclut que la Cour, puisque le Congo ne lui a pas demandé d'indiquer des mesures conservatoires en rapport avec la convention de Montréal, n'est pas appelée à se prononcer sur sa compétence. J'éprouve quelque difficulté à comprendre cette conclusion au vu des circonstances de l'espèce, en particulier à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour.

9. La Cour avait fait montre d'une plus grande souplesse dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, en juillet 2000. A cette occasion, elle avait cherché à interpréter moins strictement son mandat et avait confirmé à deux reprises qu'elle disposait du pouvoir

«indépendamment des demandes en indication de mesures conservatoires présentées par les parties à l'effet de sauvegarder des droits déterminés ... en vertu de l'article 41 de son Statut ... d'indiquer des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend quand elle estime que les circonstances l'exigent» (*C.I.J. Recueil 2000*, p. 128, par. 44).

10. Je m'empresse d'ajouter que je suis bien conscient que, en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, l'établissement de la compétence reposait probablement sur des bases plus solides qu'en la présente espèce. Je reconnais également que la Cour ne peut être ici entièrement certaine que les conditions énoncées à l'article 14 de la convention de Montréal soient totalement satisfaites et partant, qu'elle puisse être saisie du différend conformément à son Statut.

11. En dépit de ces doutes, que j'avoue sans hésitation partager également, j'estime que, prises conjointement, les dispositions de l'article 14 de la convention de Montréal et la destruction d'un avion congolais en 1998 telle qu'invoquée par le Congo auraient dû être jugées suffisantes aux fins d'établir la compétence *prima facie* de la Cour pour indiquer des mesures conservatoires. Il n'est pas inutile de rappeler à cet égard que le juge Lauterpacht

«était incontestablement enclin à considérer qu'il doit exister, avant que la Cour ne puisse faire droit à une demande en indication de mesures conservatoires, quelque *document* ou instrument, tel qu'une clause juridictionnelle dans un traité, une déclaration relative à une «clause facultative», etc., qui permette de penser que la Cour pourrait être compétente au fond; et qu'en outre l'affaire en question doit au moins ne pas être manifestement exclue, d'une manière quelconque, du champ d'application de ladite clause ou déclaration, du fait par exemple d'une réserve» (G. Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 74).

Par conséquent, la convention de Montréal aurait dû être considérée comme un instrument offrant une base adéquate à cet effet.

12. Aussi, les critères proposés par H. Lauterpacht étaient-ils à mon avis satisfaits en ce qui concerne la convention de Montréal. M. Mendelson a d'ailleurs relevé par le passé :

«Enoncer à l'avance une règle absolue à l'égard de l'un de ces facteurs — la possibilité de la compétence — revient à ne pas tenir suffisamment compte de la grande variabilité des autres d'une affaire à l'autre. Si, au vu des autres circonstances, tout donne à penser que des mesures conservatoires devraient être indiquées, la Cour peut avoir de bonnes raisons de le faire même si des doutes importants — mais non insurmontables — existent quant à sa compétence au fond.» (M. H. Mendelson, «Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction», *British Year Book of International Law*, vol. 46, 1972-1973, p. 319.)

13. Un autre point de l'ordonnance qui me semble également difficile à saisir est l'absence de toute référence aux pouvoirs que la Cour tient du paragraphe 2 de l'article 75 de son Règlement. Rappelons que, en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, elle avait déclaré que, «conformément au paragraphe 1 de l'article 75 de son Règlement, la Cour peut en tout état de cause décider d'examiner d'office si les circonstances d'une affaire exigent l'indication de mesures conservatoires» et réaffirmé que «le paragraphe 2 de l'article 75 du Règlement reconnaît à la Cour le pouvoir d'indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées» (*C.I.J. Recueil 2000*, p. 127, par. 38 et p. 128, par. 43).

14. Il convient pour conclure de rappeler que, en 1972, dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, la Cour avait pour la première fois énoncé un principe qui fait aujourd'hui partie intégrante de la jurisprudence, à savoir que :

«lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures, de s'assurer de manière concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire, mais [elle] ne doit cependant pas appliquer l'article 41 du Statut lorsque son incompétence au fond est manifeste» (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 15, par. 15).

Dans un contexte différent, la Cour s'en est tenue à cette manière de procéder, comme cela apparaît au paragraphe 91 de son ordonnance, où elle reconnaît qu'il n'existe aucune incompétence manifeste et rejette en conséquence la demande du Rwanda tendant à ce que l'affaire soit rayée du rôle. De mon point de vue, la conjonction de l'absence d'incompétence manifeste et de l'acceptation tacite d'une compétence *prima facie* découlant de la convention de Montréal aurait dû suffire à fonder la compétence de la Cour pour indiquer des mesures conservatoires.

15. Je pense par conséquent qu'au vu des circonstances de l'affaire il existe une nécessité urgente de protéger les droits et les intérêts de la

République démocratique du Congo. Pour les motifs que je viens d'exposer, je n'ai pu m'associer au vote de la majorité en faveur du rejet de la demande en indication de mesures conservatoires.

(Signé) Nabil ELARABY.
