

OPINION INDIVIDUELLE  
DE M. LE JUGE SEPÚLVEDA-AMOR

[Traduction]

*Accord avec la décision prise par la Cour d'indiquer des mesures conservatoires — Nécessité de définir clairement le critère de « plausibilité » devant être respectée aux fins de permettre à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut — Désaccord au sujet de la deuxième mesure conservatoire — Risque de préjudice irréparable à d'éventuels droits du Costa Rica et au caño insuffisamment pris en compte — Fait que la Cour aurait dû confier aux deux Parties la responsabilité de toute mesure requise pour empêcher qu'un préjudice irréparable ne soit causé à l'environnement sur Isla Portillos.*

1. La Cour devait effectivement indiquer des mesures conservatoires en la présente espèce. Même si cela peut paraître aller de soi, il n'est pas inutile de rappeler — comme le fait l'ordonnance — que la Cour a le pouvoir d'indiquer *quelles* mesures conservatoires du droit de chacun elle estime devoir être prises à titre provisoire, ces mesures pouvant être totalement ou partiellement différentes de celles initialement demandées. En outre, il ne me paraît pas vain de réaffirmer, comme la Cour le fait ici, que, une ordonnance en indication de mesures conservatoires ayant un caractère obligatoire, les Parties à l'instance sont tenues de respecter toute obligation internationale qui en découle.

2. Dans son ordonnance, la Cour répond à une préoccupation importante: le développement d'activités criminelles sur le territoire en litige. Elle a décidé — à juste titre — de confier à chacune des Parties la responsabilité de maintenir l'ordre dans la zone sur laquelle sa souveraineté est incontestable. L'on ne peut qu'espérer que la collaboration bilatérale requise sera suffisamment efficace pour empêcher la criminalité organisée de sévir dans ce *no man's land* provisoire.

3. Dans un autre ordre d'idées, j'estime cependant que la Cour aurait dû saisir l'occasion qui lui était offerte de préciser le « critère de plausibilité » auquel il doit être satisfait aux fins de l'article 41 du Statut. L'imprécision qui entoure la notion de plausibilité dans l'ordonnance pourrait se révéler problématique lors de futures demandes en indication de mesures conservatoires, ainsi que je le montrerai dans la présente opinion.

4. Bien que je convienne de la nécessité d'indiquer des mesures conservatoires en la présente espèce, je ne souscris pas au deuxième point du dispositif de l'ordonnance et ne puis m'associer à certaines des raisons avancées pour fonder la décision de la Cour. Je considère que laisse à désirer la manière dont cette dernière traite, dans son ordonnance, le risque imminent de préjudice irréparable aux droits éventuels du Costa Rica, les mesures conservatoires indiquées étant très en deçà de ce

qui serait nécessaire pour préserver et protéger comme il se doit le Humedal Caribe Noreste. Il convient de rappeler l'interdépendance qui existe entre celui-ci, d'une part, et, d'autre part, le Refugio de Vida Silvestre Corredor Fronterizo et le Refugio de Vida Silvestre Río San Juan, ce dernier étant un site Ramsar. Du fait de cette interdépendance, une collaboration bilatérale plus étendue et la pleine assistance du Secrétariat de la convention de Ramsar auraient été nécessaires pour assurer la protection de l'environnement de ces zones humides.

#### I. LA « PLAUSIBILITÉ » COMME CONDITION PRÉALABLE À L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

5. Dans sa jurisprudence, la Cour a toujours souligné que les décisions prises dans le cadre de procédures incidentes relatives à l'indication de mesures conservatoires ne sauraient préjuger aucune question relative au fond. Elle a maintes fois rappelé que, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'article 41 du Statut, elle n'était

« pas habilitée à conclure définitivement sur les faits ou leur imputabilité et que sa décision [devait] laisser intact le droit de chacune des [p]arties de contester les faits allégués contre elle, ainsi que la responsabilité qui lui [était] imputée quant à ces faits et de faire valoir ses moyens sur le fond » (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 22, par. 44; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 23, par. 43; *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. 127-128, par. 41).

6. Ce n'est toutefois que récemment que la Cour a entrepris de se pencher sur une question légèrement différente : celle de savoir si (et, le cas échéant, dans quelle mesure) il est opportun pour elle, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une demande en indication de mesures conservatoires, de formuler une appréciation préliminaire sur les droits allégués par la partie à l'origine de cette demande.

7. Il est communément admis que, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article 41 du Statut, la Cour devrait partir du principe que les droits revendiqués existent bien, et se borner à tenter de déterminer si, en l'absence de mesures tendant à les protéger, ces droits pourraient subir un dommage irréparable avant qu'elle ne se soit prononcée de manière définitive sur le fond.

8. La Cour a examiné nombre d'affaires dans lesquelles le défendeur, en contestant la demande en indication de mesures conservatoires présentée

par le requérant au motif que les droits allégués par celui-ci n'existaient pas, l'a invitée à toucher au fond — quoique à titre provisoire — pour décider de l'opportunité d'exercer les pouvoirs que lui confère l'article 41 du Statut<sup>1</sup>.

9. Ce n'est que dans la décision qu'elle a récemment rendue en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* que la Cour s'est ouvertement prononcée sur ce point, jugeant, pour la première fois, que son «pouvoir ... d'indiquer des mesures conservatoires ne dev[ait] être exercé que si les droits allégués par une partie apparaiss[aient] au moins plausibles»<sup>2</sup>.

10. Dans la présente ordonnance, la Cour non seulement confirme la position adoptée dans l'affaire *Belgique c. Sénégal* mais va même un peu plus loin, puisqu'elle semble faire de la «plausibilité» des droits une condition expresse de l'indication de mesures conservatoires au titre de l'article 41 du Statut.

11. Si je ne suis pas en désaccord avec le raisonnement sous-tendant la décision de la Cour, il m'apparaît néanmoins nécessaire et urgent, aux fins de la présente espèce, de préciser le critère juridique applicable. Pour commencer, les mots «plausible» et «plausibilité» ne sont pas des termes de l'art, et leur sens ordinaire n'aide guère à cerner les conditions juridiques qu'une partie doit remplir pour établir *prima facie* l'existence de droits dans le contexte de l'article 41 du Statut<sup>3</sup>.

12. Les Etats demandant l'indication de mesures conservatoires sont-ils censés établir *prima facie* le bien-fondé de leurs prétentions sur le fond, ou le critère *fumus non mali juris* est-il suffisant — autrement dit, la Cour peut-elle se contenter de s'assurer que les droits revendiqués ne sont pas manifestement inexistantes en l'état des informations dont elle dispose?<sup>4</sup> Suffit-il de démontrer la *possibilité* de l'existence d'un droit, le *caractère raisonnable* de l'affirmation de l'existence d'un droit<sup>5</sup>, ou bien le critère pertinent est-il celui de la *probabilité*?

<sup>1</sup> Voir, par exemple, les affaires suivantes: *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 12; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006, p. 113; *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. 139.

<sup>2</sup> *Mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 151, par. 57.*

<sup>3</sup> Tel est du moins le cas en anglais. Selon l'*Oxford English Dictionary Online*, «plausible», en anglais, peut avoir les sens suivants: acceptable, agréable, plaisant, gratifiant; recueillant l'approbation du public, apprécié (1.a); saluant par des applaudissements, marquant son approbation (2); digne d'applaudissements ou d'approbation; digne d'éloges, louable, dont on peut se féliciter (3); à propos d'un argument, d'une idée, d'une déclaration, etc.: qui semble raisonnable, probable ou véridique; convaincant, crédible; (ancien sens) spécialement: donnant une apparence fallacieuse de raison ou de véracité; spécieux (4.a).

<sup>4</sup> *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006, opinion individuelle du juge Abraham, p. 140, par. 10.

<sup>5</sup> *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, opinion individuelle du juge Shahabuddeen, p. 31.

13. Ce ne sont pas là pures subtilités théoriques. Les réponses qui seront apportées auront sans doute une incidence directe sur la manière dont les demandes en indication de mesures conservatoires seront plaidées à l'avenir, et sur la mesure dans laquelle la Cour abordera le fond au stade des procédures incidentes relatives à l'indication de telles mesures.

14. La Cour aurait dû saisir l'occasion qui lui était offerte d'éclaircir ces points, notamment en affinant les termes utilisés pour formuler son « critère de plausibilité ». Dans cette optique, il eût été préférable d'éviter de reprendre une terminologie vague dont on peut estimer qu'elle ne fait qu'ajouter à la confusion entourant une question déjà fort complexe.

15. Je crains que l'imprécision du « critère de plausibilité » et l'importance injustifiée accordée à celui-ci dans la présente ordonnance n'encouragent en définitive les Etats demandant l'indication de mesures conservatoires à trop entrer, très en amont, dans le fond du différend, grevant ainsi la procédure prévue à l'article 41 du Statut de questions que la Cour devrait en réalité examiner au stade du fond.

16. Selon moi, cette ordonnance de la Cour ne doit pas être comprise comme introduisant une nouvelle exigence quant à l'article 41 du Statut, ou comme marquant un revirement de jurisprudence en matière de mesures conservatoires ; j'y vois une simple tentative de « nommer » ou de « qualifier » une prescription déjà implicitement contenue dans cette jurisprudence. Or, ainsi que je l'ai déjà relevé, une définition plus précise s'impose, afin de veiller à ce que l'examen au fond demeure dans les limites de ce qui est strictement nécessaire aux fins de la procédure visée à l'article 41 du Statut.

## II. RISQUE DE PRÉJUDICE IRRÉPARABLE EN RAPPORT AVEC LES CONSÉQUENCES ÉCOLOGIQUES LIÉES AU CAÑO

17. Globalement, l'exigence relative au « préjudice irréparable » aurait dû faire l'objet d'un examen plus attentif et d'une analyse plus méthodique : la Cour n'a que sommairement traité ce point, en dépit de l'importance qui lui avait été accordée à l'audience, et en net contraste avec la place que la question de la « plausibilité » occupe dans l'ordonnance.

18. Or, la question cruciale, en l'espèce, est celle de savoir si, comme le prétend le Costa Rica, le *caño*, aujourd'hui navigable, qui relie le fleuve San Juan à la lagune de Harbor Head fait peser sur ses droits un risque de préjudice irréparable, un dommage irréversible étant susceptible d'être causé à l'environnement d'une partie d'un territoire dont la Cour pourrait, dans sa décision sur le fond, juger qu'il lui revient.

19. Dans ses conclusions finales, le Costa Rica a prié la Cour d'indiquer des mesures conservatoires prescrivant au Nicaragua, entre autres, de n'entreprendre dans la zone comprenant l'entièreté de Isla Portillos (ordonnance, par. 73) aucune des activités suivantes :

- i) creusement ou élargissement d'un canal;
- ii) abattage d'arbres ou enlèvement de végétation ou de terre;
- iii) déversement de sédiments.

20. A l'audience, il est apparu que les «opérations de nettoyage et de dégagement du *caño*» menées par le Nicaragua dans la zone en litige étaient terminées. Aussi le Nicaragua a-t-il observé que la question de l'abattage d'arbres et du dépôt de sédiments dans certaines zones le long du *caño* «ne se pos[ait] plus» (ordonnance, par. 71).

21. Que la situation même dont le Costa Rica a cherché à empêcher la survenance par sa demande en indication de mesures conservatoires se soit matérialisée avant le prononcé de l'ordonnance ne rend pas sans objet l'indication de telles mesures, dès lors que la Cour considère que celles-ci restent nécessaires aux fins de sauvegarder les droits en cause.

22. Il est bien établi que la Cour n'est pas liée par les demandes des parties et que «le paragraphe 2 de l'article 75 du Règlement [lui] reconnaît, ... lorsqu'une demande en indication de mesures conservatoires lui a été présentée, le pouvoir d'indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées» (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 347, par. 47; voir aussi *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. 128, par. 43; *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. 397, par. 145).

23. Savoir si, comme l'affirme le demandeur, le Nicaragua a construit un canal artificiel sur le territoire costa-ricien ou si, comme le prétend le défendeur, il s'est contenté de dégager un chenal préexistant reliant le fleuve San Juan à la lagune de Harbor Head est une question qui devra être tranchée au fond; elle est, à ce stade de la procédure, sans incidence sur la décision de la Cour concernant la demande du Costa Rica.

24. Ce qui importe ici — et c'est là une question sur laquelle les Parties sont foncièrement en désaccord —, c'est de savoir si la simple présence du *caño* en tant que chenal navigable traversant Isla Portillos constitue un risque de dommage écologique irréparable, sachant que le territoire en litige fait partie de la zone humide «Humedal Caribe Noreste», désignée par le Costa Rica pour inscription sur la liste des zones humides d'importance internationale de 1996 en application de l'article 2 de la convention de 1971 relative aux zones humides d'importance internationale (ou «convention de Ramsar»), à laquelle le Nicaragua est également partie.

25. Selon moi, les éléments de preuve soumis à la Cour confirment que, même en l'état actuel — c'est-à-dire même si le Nicaragua ne poursuivait pas ses «activités de dégagement» ou autres travaux dans la zone —, le *caño* fait peser sur les caractéristiques écologiques de Isla Portillos un

risque imminent de dommage irréparable et que, partant, des mesures conservatoires s'imposent pour éviter que ce risque ne se matérialise.

26. Cela ne revient pas à affirmer que le dégagement, ou le creusement, du *caño* a déjà causé un dommage irréparable à l'environnement de Isla Portillos. Aux fins de l'indication de mesures conservatoires prévue à l'article 41 du Statut, point n'est besoin d'établir qu'un préjudice irréparable a été causé — il suffit d'établir qu'il risque de l'être.

27. A cet égard, revêtent une importance particulière les conclusions du rapport établi par la mission consultative en application du paragraphe 2 de l'article 3 de la convention de Ramsar (ci-après le «rapport Ramsar»), soumis à la Cour pendant le déroulement de la procédure.

28. Pour commencer, le rapport met en évidence un risque de dommage à l'environnement de la zone humide à moyen et à long terme, prenant notamment la forme d'une disparition d'habitats pour la faune terrestre, d'une érosion progressive et d'une altération de l'alimentation de nappes souterraines.

29. En outre, il montre que l'environnement de la lagune de Harbor Head, qui ne fait pas partie du territoire en litige et se trouve située dans une autre zone humide d'importance internationale inscrite sur la liste Ramsar, à savoir le Refugio de Vida Silvestre Río San Juan, au Nicaragua, se trouve tout particulièrement menacé du fait de la liaison hydrographique entre le San Juan et la lagune résultant du dégagement ou du creusement du *caño*. Il estime notamment que «le banc de sable qui sépare actuellement la lagune de Harbor Head de la mer des Caraïbes est menacé de destruction par la modification de l'équilibre hydrodynamique qui le maintient entre les eaux du fleuve San Juan et la laisse de haute mer» (rapport Ramsar, par. 32). La lagune de Harbor Head pourrait ainsi en partie, voire totalement, disparaître d'ici six à douze mois.

30. Ces éléments font apparaître l'interconnexion existant entre, d'une part, la protection de l'environnement sur Isla Portillos et, d'autre part, la protection de la zone humide adjacente située sur ce qui est incontestablement le sol nicaraguayen.

31. D'après le rapport,

«le Humedal Caribe Noreste présentant une situation géographique et une dynamique étroitement liées à celles du Refugio de Vida Silvestre Corredor Fronterizo et du Refugio de Vida Silvestre Río San Juan, qui est un site Ramsar, sa préservation requiert une coopération et une collaboration substantielles entre les deux pays à la frontière desquels se trouvent les deux sites Ramsar» (rapport Ramsar, p. 35).

32. Fait notable, la Cour ne va pas jusqu'à affirmer l'existence d'un risque imminent de préjudice irréparable aux droits du Costa Rica lié au dégagement ou au creusement du *caño*. Pour autant, seul le demandeur est autorisé à envoyer des agents civils pour «éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé» à la zone humide dans le territoire en litige, et ce, sans que la Cour ait au préalable établi que ce préjudice risquait effectivement de se concrétiser.

33. La première mesure conservatoire visant à exclure la présence des deux Parties sur le territoire en litige, la raison d'être de la deuxième mesure indiquée par la Cour n'apparaît pas clairement. On en vient à se demander si, en définitive, celle-ci ne se serait pas livrée à une évaluation bien plus générale de la «plausibilité» des prétentions des Parties (*à la fois* celles du demandeur *et* celles du défendeur) qu'elle n'affirme l'avoir fait aux paragraphes 53 à 62 de l'ordonnance, et n'aurait pas anticipé en conséquence une décision au fond favorable au Costa Rica. Or, telle n'est pas, selon moi, la finalité du recours à la notion de «plausibilité» dans le contexte de l'article 41 du Statut.

34. Pour conclure, la Cour aurait dû reconnaître qu'il existe effectivement un risque imminent de préjudice irréparable aux droits éventuels du Costa Rica, lié au dégagement ou au creusement du *caño*; toutefois, étant donné l'interconnexion qui existe entre le Humedal Caribe Noreste et le Refugio de Vida Silvestre Río San Juan, c'est aux deux Parties qu'elle aurait dû confier la responsabilité de prendre, en concertation avec le Secrétariat Ramsar, les mesures nécessaires pour éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé au territoire en litige.

(Signé) Bernardo SEPÚLVEDA-AMOR.

---