

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE TLADI

[Traduction]

Désaccord avec l'approche de la Cour — Approche de la Cour touchant au fond de l'affaire — Conditions pour l'indication de mesures conservatoires visant à éviter l'arbitraire et à garantir la cohérence — Conditions ne devant pas être un carcan.

INTRODUCTION

1. J'ai voté pour le dispositif de la présente ordonnance bien que n'étant nullement convaincu par l'approche suivie par la Cour, qui empiète inutilement sur le fond de l'affaire et met au jour, selon moi, le problème que pose le formalisme excessif avec lequel la Cour s'obstine à examiner les demandes en indication de mesures conservatoires, approche que j'ai précédemment décrite comme consistant à cocher des cases¹.

2. Ainsi que j'ai déjà eu l'occasion de le dire, la Cour, en adoptant cette approche formaliste, s'enferme parfois dans un carcan qui la conduit à rechercher de façon artificielle si les conditions pour l'indication de mesures conservatoires sont remplies, alors que son Statut et son Règlement lui prescrivent de déterminer si les circonstances, telles qu'elles se présentent à elle, imposent d'indiquer de telles mesures.

RAISON DE L'ÉTABLISSEMENT DE CONDITIONS POUR L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

3. L'article 41 du Statut dispose que la Cour peut indiquer, « si elle estime que les circonstances l'exigent », des mesures « conservatoires du droit de chacun ». Au fil des années, la Cour a, par sa jurisprudence, assorti l'exercice du pouvoir que lui confère cet article d'un certain nombre de conditions. Celles-ci consistent dans le fait qu'elle ait compétence *prima facie*, la plausibilité des droits allégués par la partie qui sollicite les mesures, l'existence d'un lien entre les droits allégués et les mesures sollicitées, le risque qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits allégués, et l'urgence de la situation. De mon point de vue, ces conditions ne doivent pas être considérées comme des *exigences* pour que des mesures conservatoires puissent être indiquées, mais comme des facteurs à prendre en considération pour déterminer si les circonstances, telles qu'elles se présentent, requièrent l'indication de telles mesures.

4. Ces conditions visent à garantir la cohérence et à éviter l'arbitraire dans le traitement des demandes en indication de mesures conservatoires. Elles ne doivent pas constituer un carcan obligeant la Cour à cocher des cases qu'il peut se révéler impossible de cocher. Dans l'affaire *Nicaragua c. Allemagne*, celle-ci en a pris conscience et a adopté une approche souple, et non rigide, en ce qui concerne l'indication de mesures conservatoires. Nonobstant certains arguments intéressants avancés dans des opinions individuelles dans cette affaire, la Cour n'a à aucun moment laissé entendre qu'elle fondait sa décision de rejeter les mesures demandées sur telle ou telle

¹ Voir *Manquements allégués à certaines obligations internationales relativement au Territoire palestinien occupé (Nicaragua c. Allemagne), mesures conservatoires, ordonnance du 30 avril 2024, C.I.J. Recueil 2024 (II)* (ci-après, « *Nicaragua c. Allemagne* »), déclaration du juge Tladi, p. 600, par. 7 ; voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dans la bande de Gaza (Afrique du Sud c. Israël), demande tendant à la modification de l'ordonnance du 28 mars 2024, ordonnance du 24 mai 2024, C.I.J. Recueil 2024 (II)*, déclaration du juge Tladi, p. 698, par. 10.

condition² ; elle a déclaré, en des termes généraux, qu'elle entendait « déterminer si le Nicaragua a[va]it suffisamment démontré que les circonstances, telles qu'elles se présent[ai]ent [alors] à elle, [étaient] de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires »³, avant de se pencher sur les arguments factuels présentés par les parties et d'évaluer ces faits⁴, pour enfin conclure que « les circonstances [n'étaient] pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut »⁵.

5. Bien que nombre d'affaires se prêtent à ce que les conditions susmentionnées (voir le paragraphe 3 ci-dessus) soient appliquées selon une formule établie, d'autres, en revanche, ne s'y prêtent pas. Tel était le cas de celle opposant le *Nicaragua* à l'*Allemagne*, et tel était aussi le cas, selon moi, de la présente demande soumise par la Guinée équatoriale.

LES CONDITIONS POUR L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES EN LA PRÉSENTE ESPÈCE

6. Je rappelle que la jurisprudence de la Cour relative aux mesures conservatoires et, en particulier, l'établissement de conditions à l'exercice du pouvoir que confère à celle-ci l'article 41, vise à éviter l'arbitraire. Or, l'ordonnance de la Cour, notamment en raison de son formalisme excessif, est empreinte d'arbitraire. En réalité, le fondement même de l'approche de la Cour est arbitraire. Celle-ci affirme qu'il convient de « commencer par la question de savoir si les droits dont la Guinée équatoriale recherche la protection sont plausibles »⁶. Ce que l'on doit comprendre, bien évidemment, c'est qu'il convient d'examiner *uniquement* cette condition, puisqu'elle n'en examine aucune autre. De fait, la structure de l'ordonnance montre clairement que la Cour n'a jamais eu l'intention d'examiner quelque autre condition établie dans sa jurisprudence. Surtout — et c'est là que réside l'arbitraire — la Cour ne nous dit à aucun moment (et en tout cas je l'ignore) pourquoi il « convient » de commencer (et de terminer) par la question de la plausibilité des droits dont la Guinée équatoriale recherche la protection.

7. Au-delà même du caractère arbitraire du choix de n'examiner qu'une seule condition pour l'indication de mesures conservatoires, qui s'inscrit naturellement dans le droit fil d'une ordonnance précédemment rendue dans l'affaire relative à l'*Ambassade du Mexique à Quito (Mexique*

² Voir *Nicaragua c. Allemagne, mesures conservatoires, ordonnance du 30 avril 2024, C.I.J. Recueil 2024 (II)*, opinion individuelle du juge Iwasawa, p. 588, par. 14 (où il est indiqué que « [l]a décision de ne pas indiquer de mesures conservatoires semble reposer sur le ... raisonnement [selon lequel il n'existe pas de risque réel et imminent de préjudice irréparable], même si celui-ci n'est ici pas explicite »). Voir aussi la déclaration de la juge Cleveland, p. 595, par. 13 (« comme la Cour l'a précisé, l'information présentée au sujet de l'assistance militaire fournie par l'Allemagne à Israël ... n'apporte actuellement pas la preuve que les actes de l'Allemagne posent un risque réel et imminent de préjudice irréparable pour les droits qu'invoque le Nicaragua »). Cf. l'opinion individuelle de la vice-présidente Sebutinde, p. 571-572, par. 2-3, qui désapprouve résolument l'ordonnance pour n'avoir pas appliqué la jurisprudence de la Cour pour l'indication de mesures conservatoires, et confirme que la Cour a adopté une approche plus souple que ce que laisseraient entendre les arguments intéressants avancés dans les autres opinions. Il ressort également des travaux de doctrine que, dans *Nicaragua c. Allemagne*, la Cour a adopté une approche plus souple en ce qui concerne l'indication de mesures conservatoires. Voir, par exemple, Becker, Michael A., « Nicaragua Comes Up Empty: Provisional Measures in *Nicaragua v. Germany* at the ICJ », VerfBlog, 1^{er} mai 2024, accessible à l'adresse suivante : <https://verfassungsblog.de/nicaragua-comes-up-empty/> ; Alexander Wentker and Robert Strendel, « Taking the Road Less Travelled: The ICJ's Pragmatic Approach to Provisional Measures in *Nicaragua v. Germany* », EJIL: Talk!, 3 mai 2024, accessible à l'adresse suivante : <https://www.ejiltalk.org/taking-the-road-less-travelled-the-icjs-pragmatic-approach-to-provisional-measures-in-nicaragua-v-germany/>.

³ Voir *Nicaragua c. Allemagne, mesures conservatoires, ordonnance du 30 avril 2024, C.I.J. Recueil 2024 (II)*, p. 564, par. 13.

⁴ *Ibid.*, p. 564-567, par. 14-20.

⁵ *Ibid.*, p. 567, par. 20.

⁶ Ordonnance, par. 36.

c. Équateur)⁷, le raisonnement de la Cour pose certains problèmes. Ce raisonnement tient en un court paragraphe (le paragraphe 49), qui se lit comme suit :

« La Cour note que l’alinéa *c*) du paragraphe 3 de l’article 57 de la convention prévoit qu’un État partie requis “envisage à titre prioritaire” trois possibilités : i) la restitution des biens confisqués à l’État partie requérant ; ii) leur restitution à leurs propriétaires légitimes antérieurs ; ou iii) le dédommagement des victimes de l’infraction. L’expression “envisage à titre prioritaire”, lue conjointement avec la mention de trois possibilités, indique que l’État partie requis dispose d’une certaine latitude pour décider des mesures à prendre. La Cour observe que la restitution du bien confisqué à l’État partie requérant n’est, en règle générale, que l’une des possibilités que l’État partie requis doit “envisage[r] à titre prioritaire” dans l’exécution de l’obligation que lui impose l’alinéa *c*) de l’article 3 du paragraphe 57. »

8. Voilà donc à quoi se résume le raisonnement de la Cour : l’État partie requis dispose d’une certaine latitude dans l’application de l’alinéa *c*) du paragraphe 3 de l’article 57 de la convention des Nations Unies contre la corruption et, partant, il ne peut y avoir de droit à la restitution. Pour moi, le problème que pose l’ordonnance ne tient pas *seulement* à la brièveté du raisonnement, même si je conçois que d’aucuns puissent désapprouver ce caractère lapidaire. À mon sens, l’argumentation de la Guinée équatoriale (sur laquelle la Cour aurait aussi pu s’appuyer) pose avant tout la question de savoir si l’expression « biens confisqués », à l’article 57 de la convention, s’applique *de quelque manière* à l’immeuble en cause et non aux fonds présumément détournés qui ont servi à son acquisition — mais ce sont là des aspects qu’il convient d’examiner au stade du fond.

9. Si l’on fait abstraction du point précédent, le problème principal que pose le raisonnement exposé dans l’ordonnance — et qui se pose indépendamment de l’interprétation que la Cour fait de l’expression « biens confisqués » — est le fait que, pour parvenir à sa conclusion, celle-ci aborde le fond de l’affaire dans une mesure allant au-delà de ce qui est permis au stade des mesures conservatoires. À ce stade, la Cour est seulement appelée à se prononcer sur le point de savoir si les droits revendiqués par la Guinée équatoriale sont « au moins plausibles ». Selon sa jurisprudence, cela signifie que les droits en question doivent être « fondés sur une interprétation possible » du traité pertinent⁸.

10. Ce critère — dans ses ordonnances ultérieures, la Cour ne l’a pas réellement appliqué ni n’en a examiné la teneur, mais s’est bornée à rappeler que les droits allégués devaient être au moins plausibles — impose à la Cour de ne pas trop s’étendre sur les forces et faiblesses des interprétations faites par les parties, mais simplement de rechercher si le droit revendiqué par une partie qui demande l’indication de mesures conservatoires peut être fondé sur une « interprétation possible » des règles juridiques ou de l’instrument en question. Aussi, même lorsque l’interprétation faite par une partie apparaît, tout bien pesé, incorrecte, la Cour doit, aux fins de l’indication de mesures conservatoires, l’accepter si elle est possible. Il s’ensuit que, pour rejeter une demande en indication de mesures conservatoires pour des raisons de plausibilité, il ne lui suffit pas de présenter une interprétation ; elle doit montrer pourquoi il n’est pas possible que celle proposée par la partie qui sollicite des mesures conservatoires soit fondée sur l’instrument ou la règle en cause. Autrement dit, le droit allégué ne doit pas exister *quelle que soit* l’interprétation pouvant être faite de cet instrument ou de cette règle.

⁷ *Ambassade du Mexique à Quito (Mexique c. Équateur)*, mesures conservatoires, ordonnance du 23 mai 2024, C.I.J. Recueil 2024, p. 621-623, par. 28-35.

⁸ *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. 152, par. 60.

11. J'ouvre une parenthèse pour replacer la condition de la « plausibilité des droits » dans son contexte. Cette condition n'existait pas avant l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*. La position qui était alors dominante a été fort bien résumée par le juge Abraham dans l'exposé de son opinion individuelle en l'affaire des *Usines de pâte à papier*⁹. Le juge y indique que, selon la position dominante, et incorrecte à son sens, la Cour,

« lorsqu'elle est appelée à statuer sur une demande tendant à ce qu'elle indique des mesures conservatoires sur le fondement de l'article 41 du Statut, devrait s'abstenir — et s'abstiendrait effectivement — d'examiner, si peu que ce soit, le bien-fondé des prétentions de la partie qui sollicite de telles mesures, généralement la partie requérante au principal, quant aux droits qu'elle affirme posséder, et pour la protection desquels elle sollicite les mesures en question »¹⁰.

Toujours selon cette position dominante telle que résumée par le juge Abraham, la Cour devrait

« se borner ... à rechercher si, dans les circonstances de la cause, les droits revendiqués, et dont seule l'issue de la procédure principale permettra d'établir s'ils existent effectivement ou non, sont susceptibles de subir un dommage irréparable, à défaut de mesures tendant à leur protection provisoire, dans l'attente de la décision finale ».

Le juge Abraham précise que cette position signifie que « la Cour devrait faire comme si les droits revendiqués existaient bel et bien »¹¹. Il expose enfin sa propre position, selon laquelle la Cour

« ne peut pas ordonner à un État d'adopter un certain comportement simplement parce qu'un autre État prétend qu'un tel comportement est nécessaire pour préserver ses propres droits, sans exercer un minimum de contrôle sur le point de savoir si les droits ainsi revendiqués existent, et s'ils risquent d'être méconnus »¹².

12. Les vues du juge Abraham doivent être considérées dans le contexte de la conclusion que la Cour a énoncée dans l'affaire *LaGrand*, selon laquelle les mesures conservatoires sont contraignantes — conclusion qui par ailleurs me pose problème, mais ce n'est pas ce qui nous occupe aujourd'hui. Le postulat de départ du juge est que la position dominante part du principe que seuls les droits du demandeur sont en cause, alors qu'en réalité, une ordonnance en indication de mesures conservatoires peut aussi mettre en cause des droits du défendeur. Dès lors, il ne peut être simplement supposé, comme peut le laisser croire la position dominante avant l'affaire *Belgique c. Sénégal*, que les droits existent. Il est difficile d'être en désaccord avec la position du juge Abraham, surtout à la lumière de l'affaire *LaGrand*.

13. Bien que je sois d'accord avec le juge Abraham pour dire que l'on ne peut simplement partir du principe que les droits revendiqués existent, surtout si les mesures conservatoires sont censées être contraignantes, je n'estime pas pour autant que, au stade des mesures conservatoires, le demandeur doive être tenu de prouver de façon définitive l'existence des droits qu'il revendique. Autrement dit, l'appréciation de la plausibilité ne peut résider dans un choix binaire entre l'acceptation de l'existence des droits allégués et l'exigence que cette existence soit prouvée de façon définitive. Le juste milieu entre ces deux positions est celle qui a été exprimée dans l'affaire *Belgique c. Sénégal*, à savoir que les droits en cause doivent être fondés sur une interprétation possible de

⁹ *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. 137.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 138, par. 4.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, p. 140, par. 8.

l'instrument en question. La jurisprudence ultérieure de la Cour a confirmé que la plausibilité d'un droit découlant d'un traité pouvait être fondée sur une interprétation possible des dispositions de l'instrument en question¹³. Or, la Cour n'a pas, dans la présente ordonnance, déterminé si les droits revendiqués étaient fondés sur une interprétation possible de la convention contre la corruption, mais s'est livrée à un exercice d'interprétation et a choisi celle qu'elle jugeait correcte. Elle ne s'est pas penchée sur d'autres interprétations pour rechercher si elles étaient fondées sur une lecture possible des dispositions en cause.

14. Je précise que, à mon sens, l'interprétation que fait la Cour de la disposition à l'examen est, en définitive, correcte. Cependant, tel n'est pas l'exercice d'interprétation qui lui est demandé au stade des mesures conservatoires. Pour illustrer ma réserve concernant l'approche de la Cour, j'évoquerai une autre question d'interprétation qui est, selon moi, essentielle dans la présente affaire, à savoir celle du terme « biens » à l'article 57. J'estime, à ce stade, et sans pouvoir compter sur l'éclairage de toute l'argumentation au fond, que l'alinéa c) du paragraphe 3 de l'article 57 n'établit pas l'existence du droit invoqué par la Guinée équatoriale, principalement parce que les biens visés à l'article 57 sont les fonds détournés, et non l'immeuble qu'ils ont servi à acquérir. Cependant, si cette interprétation est pour moi la plus raisonnable, je ne pense pas pour autant qu'elle exclue (c'est-à-dire qu'elle rende impossible) une interprétation qui ouvre un droit à la restitution de l'immeuble. Pour ce qui est de l'interprétation retenue par la Cour dans la présente ordonnance, que j'appellerai l'interprétation « fondée sur la latitude », il convient de relever que cette dernière n'est pas absolue. Si la France a l'obligation d'« envisager » trois possibilités ou plus, une interprétation au moins de cette disposition est que l'élimination d'une ou plusieurs de ces possibilités porterait atteinte au droit de la Guinée équatoriale à ce que toutes les possibilités soient, en fin de compte, envisagées. Ce n'est que si l'on considère que la latitude laissée par l'alinéa c) est absolue qu'une possibilité peut être éliminée sans qu'il soit porté atteinte aux droits du défendeur. La Cour ne tient cependant pas compte de cette interprétation possible, à savoir que le droit en question requiert le maintien de toutes les options devant être envisagées à titre prioritaire.

15. Le problème qui se pose dans la présente affaire est qu'aucune des conditions pour l'indication de mesures conservatoires ne suffit à elle seule à rejeter la demande de la Guinée équatoriale. Dès lors, je pense que la Cour aurait pu choisir entre deux approches. *Premièrement*, elle aurait pu adopter l'approche souple que j'ai exposée, et conclure que les droits revendiqués, bien qu'improbables (sans qu'elle ait à le dire explicitement, étant donné qu'il ne lui est pas demandé d'apprécier la probabilité), sont au moins plausibles. Pour tenir compte de l'argument du juge Abraham concernant les droits du défendeur, la Cour aurait pu rappeler qu'il n'est pas porté atteinte aux droits de la France puisque celle-ci, si la requête se révélait infructueuse, conserverait le droit de vendre le bien. Sur cette base, la Cour aurait pu indiquer certaines des mesures conservatoires demandées.

16. *Deuxièmement*, la Cour aurait pu apprécier les faits pertinents de l'affaire — sans les relier à quelque condition pour l'indication de mesures conservatoires — et conclure que, sur la base de ces faits dans leur ensemble, il n'y avait pas lieu d'indiquer des mesures conservatoires à ce stade. Les faits pertinents à cet égard sont, notamment, le fait qu'il n'est pas du tout évident que la Guinée équatoriale puisse être considérée comme un « État requérant » au regard de la convention et le fait qu'il n'est pas possible, comme cela a été précisé par la France, que le bien soit vendu de façon imminente. Selon moi, telle est l'approche que la Cour a adoptée dans l'affaire *Nicaragua*

¹³ Voir, par exemple, *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018, C.I.J. Recueil 2018 (II)*, p. 643, par. 67 et 70.

c. Allemagne, et ce n'est que le « remords de l'acheteur » qui l'a empêchée de faire de même en la présente espèce.

CONCLUSION

17. Je peux m'accommoder de la décision de la Cour de ne pas avoir indiqué de mesures conservatoires, car je suis d'avis que, en définitive, la portée de cette affaire dépasse largement la question de la restitution d'un immeuble. Ce qui me gêne, c'est que la Cour, par commodité, ait choisi au hasard une condition pour l'indication de mesures conservatoires et, sur la base d'une évaluation de cette condition, rejeté les mesures sollicitées d'une manière qui pourrait préjuger une question importante qui relève du fond de l'affaire. Dans l'affaire *Nicaragua c. Allemagne*, la Cour n'a pas accordé les mesures conservatoires sollicitées, mais elle a surtout formé sa décision sans préjuger le fond de l'affaire. Elle aurait pu faire de même en la présente espèce, mais en a, hélas, décidé autrement.

(Signé) Dire TLADI.
