

OPINION DISSIDENTE DE M. THIERRY

L'article 41 du Statut de la Cour porte que :

« La 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 l'article 75, paragraphe 2, du Règlement de la Cour énonce que :

« Lorsqu'une demande en indication de mesures conservatoires lui est présentée, la Cour peut indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées, ou des mesures à prendre ou à exécuter par la partie même dont émane la demande. »

Ces dispositions sont parfaitement claires. Elles laissent à la Cour une grande latitude dans l'exercice de sa fonction judiciaire au titre des mesures conservatoires. C'est ce qui apparaît quant à la condition requise pour que de telles mesures puissent être indiquées, quant à leur but, leur objet, leur nature.

Une seule condition est nécessaire pour que des mesures puissent être adoptées. (Il ne faut pas confondre, en effet, la condition et l'objet des mesures.) Cette condition unique est que les mesures soient exigées par les circonstances. Mais dès lors que les circonstances exigent de telles mesures, elles « *doivent* » être prises (art. 41).

Le but des mesures est également unique. Il est défini par l'article 41 de façon simple et forte qui doit retenir toute l'attention. Il est de conserver et donc de protéger le « *droit de chacun* ». L'article 41 aurait pu être rédigé autrement et de façon plus restrictive. Il aurait pu, par exemple, se référer aux droits (au pluriel)¹ des parties, ou aux droits invoqués par les parties. Tel n'est pas le cas. L'expression le « *droit de chacun* » va plus loin. Elle invite la Cour à exercer dans sa plénitude, au titre des mesures conservatoires, sa fonction judiciaire.

Mais si le but des mesures est de protéger le droit de chacun, elles peuvent avoir différents objets comme cela résulte de la jurisprudence élaborée par la Cour permanente de Justice internationale et par la Cour, selon les circonstances des affaires qui leur ont été soumises et sur lesquelles elles se sont prononcées. Les mesures peuvent avoir pour objet d'empêcher l'aggravation du différend — cela tombe sous le sens. Elles peuvent

¹ Le texte anglais de l'article 41 (« to preserve the respective rights of either party ») est sensiblement différent du texte français.

DISSENTING OPINION OF JUDGE THIERRY

[Translation]

Article 41 of the Statute of the Court provides that

“The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party”,

while Article 75, paragraph 2, of the Rules of Court is to the effect that

“When a request for provisional measures has been made, the Court may indicate measures that are in whole or in part other than those requested, or that ought to be taken or complied with by the party which has itself made the request.”

These provisions are perfectly clear. They leave the Court a great deal of latitude in the exercise of its judicial function in the sphere of provisional measures. This is apparent from the condition to be fulfilled in order that such measures may be indicated, and from their aim, their object, and their nature.

Only one condition has to be fulfilled in order that measures may be taken. (It is important not to confuse the condition with the object of the measures.) This single condition is that the measures be required by the circumstances. But, if the circumstances actually require such measures, they “ought” to be taken (Art. 41).

The measures have also a single aim. It is defined by Article 41 in a simple and straightforward manner that deserves the most careful attention. The aim of the measures is the preservation and therefore the protection “*du droit de chacun*”. Article 41 could have been formulated differently and more restrictively. It could, for example, have referred to the rights (in the plural¹) of the parties, or to the rights claimed by the parties. This is not the case. The expression “*droit de chacun*” goes further. It invites the Court to exercise, in adopting provisional measures, its judicial function to the full.

But while the aim of the measures is the protection “*du droit de chacun*”, they can have different objects, as shown by the case-law of the Permanent Court of International Justice and of the present Court, depending on the circumstances of the cases which have been brought before them and on which they have pronounced. The object of the measures may be to prevent the aggravation of the dispute — this is obvious. They may

¹ The English version of Article 41 (“to preserve the respective rights of either party”) differs substantially from the French version.

être destinées à prévenir un préjudice irréparable. Elles peuvent avoir pour objet de préserver l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire en évitant que les parties n'anticipent la décision que la Cour est appelée à prendre ultérieurement sur le fond. Cette dernière préoccupation a été souvent manifestée par la Cour. Ces objectifs peuvent être envisagés séparément mais ils sont complémentaires. Quel que soit toutefois l'objet immédiat des mesures, leur but est, en tout état de cause, de préserver le « droit de chacun ».

Enfin, quant à leur nature ou substance les mesures peuvent être diverses et rien, si ce n'est leur adéquation aux circonstances et leur caractère provisoire, ne limite le pouvoir de la Cour de choisir les remèdes appropriés. Les mesures peuvent être celles que la partie demanderesse sollicite mais elles peuvent être partiellement ou « totalement » différentes, sans qu'il soit nécessaire de se fonder à cet égard sur le paragraphe 1 de l'article 75 du Règlement de la Cour, qui concerne le cas où la Cour agit *proprio motu*, c'est-à-dire sans avoir été saisie d'une demande.

Telles sont brièvement rappelées les règles fondamentales, découlant du Statut de la Cour et de son Règlement, qui régissent le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires.

La Cour, dans la présente affaire, n'a pas cru devoir user de son pouvoir, comme la Guinée-Bissau le lui demandait. Cette décision négative est à mon avis regrettable et je ne peux pas, quel qu'ait été mon souhait, m'y associer pour les raisons qui sont brièvement exposées ci-dessous.

Il me paraît en effet :

- 1) que les circonstances exigeaient que des mesures conservatoires fussent indiquées et qu'elles devaient donc l'être ;
- 2) qu'aucun obstacle juridique ne s'opposait en l'espèce à l'exercice par la Cour de son pouvoir et de son devoir ;
- 3) que les mesures auraient dû avoir pour objet d'engager les Parties à négocier, sur la base de l'intention du Sénégal telle qu'elle a été exprimée par son conseil, afin de prévenir le renouvellement des incidents qui ont suscité la demande de la Guinée-Bissau, et par là même l'aggravation du différend.

Je ne traiterai pas de la compétence *prima facie*, au sujet de laquelle je suis en accord, pour l'essentiel, avec la position prise par la Cour.

I. LES CIRCONSTANCES EXIGEAIENT QUE DES MESURES CONSERVATOIRES SOIENT INDIQUÉES

L'examen des circonstances appelle la prise en considération des faits qui ont suscité la demande de mesures conservatoires. Il s'agit de l'arraisonnement par les autorités sénégalaises de navires de pêche (en l'occurrence d'un navire chinois et d'un navire japonais) dans la région maritime

be directed to preventing irreparable damage. Their object may be to preserve the exercise by the Court of its judicial function by preventing the parties from anticipating the subsequent decision of the Court on the merits. The latter concern has often been expressed by the Court. These objectives can be envisaged separately, but they are complementary. Regardless, however, of the immediate object of the measures, their aim is, in any event, the preservation "*du droit de chacun*".

Finally, so far as their nature or substance is concerned, the measures may be diverse and, except for the need that they be suited to the circumstances and for their provisional character, there is no limit to the power of the Court to select the appropriate remedies. The measures may be the ones that the party asking for them requests; but they may be different "in whole" or in part, without it being necessary to rely in this respect on Article 75, paragraph 1, of the Rules of Court, which concerns the case where the Court acts *proprio motu*, that is to say, without having received a request for provisional measures.

Such are, in brief outline, the fundamental rules, deriving from the Statute and Rules of Court, that govern the power of the Court to indicate provisional measures.

In the present case the Court has not considered that it should make use of its power to indicate such measures, as requested by Guinea-Bissau. This negative decision is, in my opinion, regrettable and I cannot, much as I would have liked to do so, associate myself with it. The reasons for this position are, in brief, the following.

It appears to me that :

- (1) the circumstances required that provisional measures be indicated and hence they ought to have been indicated;
- (2) there was no legal obstacle in this case to the exercise by the Court of its power and the fulfilment of its obligation;
- (3) the measures should have had as their object to bring the Parties to the negotiating table, on the basis of the intention of Senegal as conveyed by its counsel, in order to prevent a recurrence of the incidents that motivated Guinea-Bissau's request and, by the same token, the aggravation of the dispute.

I shall not deal with the question of *prima facie* jurisdiction, with regard to which I share, in essence, the opinion of the Court.

I. THE CIRCUMSTANCES REQUIRED THAT PROVISIONAL MEASURES BE INDICATED

An examination of the circumstances involves a review of the facts that have given rise to the request for provisional measures. The Senegalese authorities had boarded fishing vessels (a Chinese and a Japanese one) in the maritime area where the rights of the Parties are the subject of the

où les droits des Parties sont l'objet du différend principal, ou fondamental, qui les oppose. Ces faits — il y a lieu de le remarquer — ne sont pas contestés par le Sénégal. Leur gravité peut être qualifiée de différentes façons. Le conseil de la Guinée-Bissau a évité à cet égard toute exagération. Mais on ne peut guère mettre en doute leur importance au regard du différend et des intérêts de la Guinée-Bissau. Ils sont de nature à aggraver le différend, à provoquer des réactions de la part de la Guinée-Bissau. Selon les informations dont il a été fait état devant la Cour, de telles réactions se sont déjà produites et risquent de se produire à nouveau. Comme on le dit dans le langage courant « les choses s'enveniment ». En termes juridiques on dira que ces faits compromettent les relations de bon voisinage entre deux Etats appelés à coopérer aux fins de l'exploitation des ressources maritimes des régions avoisinantes de leurs rivages, conformément aux normes du droit international. Bref, si les circonstances n'appellent pas des mesures du type de celles qui peuvent être prises par le Conseil de sécurité au titre du maintien de la paix ou du règlement des différends « dont la prolongation semble devoir menacer la paix », ils appellent en revanche des mesures conservatoires du type de celles qui ont été indiquées par la Cour dans différentes affaires où elle a été sollicitée à cette fin.

Ce sont de telles mesures qui sont exigées par les circonstances dès lors que l'on considère que les incidents qui se sont produits ne sont pas dénués de toute importance et de toute incidence sur les droits des Parties. Or, en vertu de l'article 41 du Statut de la Cour, dès lors qu'elles sont exigées par les circonstances les mesures *doivent* être prises.

Ayant un caractère provisoire et pour autant qu'elles soient bien conçues, de telles mesures ne sauraient comporter d'effets négatifs quant aux droits des parties. Le refus de les indiquer, au contraire, opposé à une demande, ne va pas sans risques quant à l'aggravation du différend. Ce n'est donc que si des raisons juridiques déterminantes s'opposaient à l'indication de mesures conservatoires que celles-ci auraient dû être refusées. Tel n'était pas le cas.

II. AUCUNE RAISON JURIDIQUE DÉTERMINANTE NE S'OPPOSE, EN L'ESPÈCE, À L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

Le *non possumus*, lorsque les circonstances exigent que la Cour indique des mesures conservatoires, doit être fortement justifié. Il faut des raisons juridiques incontournables, impérieuses, pour ne pas faire ce que la prudence conseille de faire.

Deux considérations ont été invoquées à ce sujet, fondées sur la jurisprudence davantage que sur les termes de l'article 41 du Statut. La première, largement évoquée au cours des débats devant la Cour mais que celle-ci n'a pas retenue dans les considérants de son ordonnance, a trait à l'absence de *préjudice irréparable*. Les arraisonnements de navires n'auraient pas, en effet, entraîné de préjudice de cette nature, justifiant que des mesures conservatoires fussent indiquées. La seconde considération, qui

principal or fundamental dispute dividing them. These facts — it should be noted — are not disputed by Senegal. There is room for different opinions as to their gravity. Counsel for Guinea-Bissau took pains not to exaggerate in this respect. But it is impossible to question their importance in connection with the dispute and with the interests of Guinea-Bissau. They are such as to lead to an aggravation of the dispute, to provoke reactions on the part of Guinea-Bissau. According to the information made available to the Court, such reactions have already occurred and are liable to repeat themselves. To use common parlance, “things are getting out of hand”. In legal terms one can say that the incidents in question are jeopardizing the neighbourly relations between two States called upon to cooperate with each other in the exploitation of the maritime resources of the areas off their coasts, in conformity with the norms of international law. In short, although the circumstances do not require measures of the type the Security Council may take in connection with the maintenance of peace or for the settlement of disputes “the continuance of which is likely to endanger the maintenance of peace”, they do call for provisional measures such as those that have been indicated by the Court in various cases where it has been requested to do so.

Such are the measures required by the circumstances if one considers that the incidents that have occurred are not altogether minor and without incidence on the rights of the Parties. By virtue of Article 41 of the Statute of the Court, if they are required by the circumstances the measures *ought* to be taken.

Given their provisional nature, such measures cannot, provided they are properly conceived, produce any negative effects on the rights of the Parties. On the other hand, the denial of a request for them involves some risk of aggravation of the dispute. It is therefore only if decisive legal reasons existed for not indicating provisional measures that a request for them should have been denied. But there are no such reasons here.

II. THERE IS, IN THIS CASE, NO DECISIVE LEGAL REASON AGAINST THE INDICATION OF PROVISIONAL MEASURES

A *non possumus* must, whenever the circumstances require the Court to indicate provisional measures, be very solidly grounded. Legal reasons that are compelling and incontrovertible are necessary if the dictates of prudence are to be justifiably set aside.

Two arguments have been advanced in this connection, based on case-law rather than on the terms of Article 41 of the Statute. The first, which was commented upon at length at the hearings but not adopted by the Court in the reasoning of its Order, relates to the absence of an *irreparable damage*. The boarding of vessels has not, it is alleged, caused damage of this nature that would have justified the indication of provisional measures. The second argument, which, on the contrary, the Court specifi-

au contraire a directement motivé la décision de la Cour, concerne l'absence de lien suffisant entre l'intérêt juridique qui fonde la demande principale de la Guinée-Bissau aux fins de la reconnaissance de la nullité ou de l'inexistence de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 et celui qu'elle invoque au titre de la demande de mesures conservatoires touchant à la situation dans la région maritime où elle réclame des droits. Ce sont ces deux raisons qu'il convient d'envisager.

L'existence d'un préjudice irréparable (quel qu'en soit la définition), qui aurait été déjà subi n'est pas, à l'évidence, la condition de l'octroi de mesures conservatoires. Les mesures ont pour objet (entre autres) de *prévenir* un préjudice irréparable, d'empêcher qu'il ne se produise. Faire de l'existence d'un préjudice irréparable la condition de l'indication de mesures conservatoires confinerait à l'absurde, tant il est vrai que si le mal était déjà fait (le préjudice irréparable consommé), les mesures conservatoires ne seraient plus utiles. Les mesures conservatoires ont pour objet de faire face au *risque* de survenance d'un préjudice irréparable et tel est bien le sens de la jurisprudence clairement formulée dès 1927 par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de la *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865* (C.P.J.I. série A n° 8, p. 7) et plus récemment par la Cour dans celle de la *Compétence en matière de pêcheries* (C.I.J. Recueil 1972, p. 16, par. 21). Un glissement regrettable s'opère toutefois dans les commentaires entre le risque de préjudice irréparable et le préjudice résultant de faits déjà accomplis. Or, un risque est par définition aléatoire et il est dangereux de fonder une décision sur l'absence d'un risque ou son caractère improbable. De plus, le risque de préjudice irréparable doit être envisagé au regard de la situation de l'Etat en danger de le subir. Comme on le sait, la Guinée-Bissau est un petit Etat dont les ressources sont très limitées. La privation éventuelle de ressources biologiques maritimes, ou à plus forte raison d'autres ressources maritimes sur lesquelles il peut avoir des droits, peut constituer pour cet Etat un préjudice irréparable. A cet égard des comparaisons pourraient être faites entre le risque de dommage irréparable dans la présente affaire et ceux encourus par des Etats demandeurs dans des affaires où des mesures ont été effectivement indiquées par la Cour. Il a été dit par exemple que, dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, un dommage irréparable aurait résulté de l'enlèvement et de la vente de certaines quantités de pétrole appartenant à cette compagnie, tandis que dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* le préjudice irréparable aurait résulté de l'exclusion des flottes de pêche britannique et allemande de la zone affectée par la réglementation islandaise. On peut douter que ces préjudices fussent « plus irréparables » que celui que la Guinée-Bissau redoute de supporter.

C'est aussi en considération de la situation de la Guinée-Bissau qu'il faut envisager la relation de la demande principale et de la demande incidente. La requête principale de la Guinée-Bissau a trait à la validité ou à l'existence juridique de la sentence du 31 juillet 1989; la demande en indication de mesures conservatoires a trait aux droits qui sont l'objet de cette sentence et qu'elle détermine tout au moins pour ce qui est de la mer terri-

cally cites as the basis of its decision, is grounded on the alleged absence of a sufficiently close connection between the legal interest underlying Guinea-Bissau's principal request, namely, that the arbitral award of 31 July 1989 be declared null and void or inexistent, and the legal interest on which it has based its request for provisional measures, relating to the situation in the maritime area wherein it claims rights. These are the two arguments to which we must address ourselves.

The existence of irreparable damage (however defined) which has already been sustained is obviously not the precondition for granting provisional measures. These measures are intended (among other things) to *prevent* irreparable damage, i.e., to ensure that it does not occur. To require the existence of irreparable damage as the condition for the indication of provisional measures would be virtually an absurdity because, if the harm has already been done (i.e., irreparable damage has been caused), the provisional measures would not serve any useful purpose. Provisional measures are intended to counter the *risk* of any irreparable damage occurring. This is indeed the very clear meaning of the relevant jurisprudence, first expressed in 1927 by the Permanent Court of International Justice in the case concerning the *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium* (*P.C.I.J., Series A, No. 8, p. 7*) and, more recently, by the Court in the *Fisheries Jurisdiction* case (*I.C.J. Reports 1972, p. 16, para. 21*). The commentators have however created an unfortunate confusion between the risk of irreparable damage and the damage resulting from events which have already taken place. A risk is by definition a matter of chance, and it is dangerous to rely for a decision on the absence of a risk or on its improbability. Moreover, the risk of irreparable damage must be viewed in the light of the situation of the State which is in danger of sustaining it. As is well known, Guinea-Bissau is a small State having very limited resources. To be deprived of maritime biological resources, and *a fortiori* of other maritime resources to which it might be entitled, can constitute an irreparable damage for that State. In that connection, the risk of irreparable damage in the present case can thus be regarded as comparable to the risk incurred by the applicant States in the cases where measures were actually indicated by the Court. In the *Anglo-Iranian Oil Co.* case for example, irreparable damage would have been caused by the removal and sale of certain quantities of petroleum belonging to that company, while in the *Fisheries Jurisdiction* cases, the irreparable damage would have resulted from the exclusion of the British and German fishing fleets from the zone affected by the Icelandic regulations. It may well be questioned whether the damage in those cases was really "more irreparable" than that which Guinea-Bissau is threatened with.

It is likewise in the light of Guinea-Bissau's situation that the relationship between the Application and the subsidiary request must be viewed. The Application by Guinea-Bissau relates to the validity or the legal existence of the award of 31 July 1989; the request for the indication of provisional measures relates to rights which are the subject-matter of that award and which that award determines, at least with respect to the terri-

toriale, de la zone contiguë et du plateau continental. Mais il est clair que la Guinée-Bissau ne défend qu'un seul droit dans tout le processus contentieux où elle s'est engagée. Il s'agit du droit à une délimitation équitable des espaces maritimes, et particulièrement du plateau continental et de la zone économique exclusive, adjacents à ses côtes et à celles du Sénégal. C'est aux fins d'une telle délimitation équitable, dont elle estime avoir été frustrée par le traité de 1960 conclu par échange de lettres entre la France et le Portugal, qu'un compromis d'arbitrage a été conclu en 1985. Mais faute, aux yeux de la Guinée-Bissau, que la sentence rendue par le Tribunal soit valide, la question de la délimitation de la frontière maritime demeure ouverte. Dans le cas (que la Cour ne saurait exclure) où elle se prononcerait dans le sens de la nullité de la sentence, la question de la frontière maritime serait appelée à être réglée soit par accord entre les Parties — solution éminemment souhaitable — soit par une nouvelle procédure arbitrale, soit par la Cour elle-même, si elle était saisie à cette fin. C'est donc pour préserver les droits qui résulteraient de la décision de la Cour sur le fond (sur la validité de la sentence) que la Guinée-Bissau a formulé une demande en indication de mesures conservatoires. Si la décision de la Cour était, en effet, conforme aux vœux de la Guinée-Bissau, la question de l'opposabilité à cet Etat du traité de 1960 serait réouverte et par là même celle de la définition de sa frontière maritime et de ses droits aussi bien quant à la mer territoriale, à la zone contiguë et au plateau continental, qu'au sujet de la zone économique exclusive. C'est dire que la décision de la Cour sur le fond affectera directement les droits respectifs des Parties dans les zones maritimes en cause. C'est cet effet dont le paragraphe 26 de l'ordonnance ne tient pas compte dès lors qu'il se borne à constater que la Cour n'est pas appelée, pour le moment, à déterminer elle-même la frontière maritime entre le Sénégal et la Guinée-Bissau.

Ainsi, au stade du compromis, de la procédure d'arbitrage, de la contestation de la sentence et de la demande en indication de mesures conservatoires, ce sont les mêmes droits que la Guinée-Bissau s'efforce de faire reconnaître avec une obstination que sa condition économique explique et justifie. Ni le caractère « insuffisamment irréparable » du préjudice encouru ni le défaut de lien substantiel, fondamental, entre les deux demandes ne justifiaient donc que la Cour s'abstienne d'indiquer les mesures conservatoires que les circonstances exigent.

III. QUELLES MESURES CONSERVATOIRES AURAIENT DÛ ÊTRE INDIQUÉES PAR LA COUR

Comme nous l'avons dès l'abord souligné, la Cour dispose, en vertu de l'article 41 de son Statut et de l'article 75, paragraphe 2, de son Règlement, d'une entière liberté quant au choix des mesures qu'elle peut indiquer afin de préserver le « droit de chacun ».

torial sea, the contiguous zone and the continental shelf. It is, however, clear that Guinea-Bissau is defending only one right in the whole process of litigation on which it has embarked. This is the right to an equitable delimitation of maritime areas, and in particular of the continental shelf and the exclusive economic zone adjacent to its coasts and to those of Senegal. It is with a view to such an equitable delimitation, of which it feels it has been deprived by the 1960 agreement concluded by an exchange of letters between France and Portugal, that an Arbitration Agreement was concluded in 1985. Since however, in the view of Guinea-Bissau, the award rendered by the Tribunal is not valid, the question of the delimitation of the maritime frontier remains open. In the event (which it cannot rule out) of the Court pronouncing the nullity of the award, the question of the maritime frontier will have to be settled either by an agreement between the Parties — an eminently desirable solution — or by new arbitral proceedings, or else by the Court itself if it is seised of the matter. It is therefore in order to preserve the rights which would flow from the decision of the Court on the merits (i.e., on the validity of the award) that Guinea-Bissau has submitted a request for the indication of provisional measures. For indeed, if the Court renders a decision favourable to Guinea-Bissau, the question of whether the 1960 agreement can be opposed to it would be reopened and, by the same token, that of whether it is possible to oppose to it the definition of its maritime boundary and of its rights with regard to the territorial sea, the contiguous zone and the continental shelf on the one hand and to the exclusive economic zone on the other. It follows that the Court's decision on the merits will directly affect the respective rights of the Parties in the maritime zones in question. It is this effect that paragraph 26 of the Order disregards inasmuch as it merely notes that the Court is not called upon, for the moment, itself to determine the maritime boundary between Senegal and Guinea-Bissau.

Thus at every stage, that of the Arbitration Agreement, that of the arbitration proceedings, that of the challenging of the award or that of the request for the indication of provisional measures, it is the same rights of which Guinea-Bissau is trying to ensure the recognition, with a persistence which its economic condition explains and justifies. Accordingly, neither the "insufficiently irreparable" character of the damage incurred, nor the absence of a substantial and fundamental connection between the Application and the request, justifies the Court in abstaining from indicating the provisional measures which the circumstances require.

III. THE PROVISIONAL MEASURES WHICH SHOULD HAVE BEEN INDICATED BY THE COURT

As we have emphasized from the outset, the Court, by virtue of Article 41 of its Statute and Article 75, paragraph 2, of its Rules, possesses a complete freedom of choice with regard to the measures which it can indicate for the preservation "*du droit de chacun*".

La Guinée-Bissau a demandé à la Cour d'inviter les Parties à s'abstenir dans la zone en litige « de tout acte ou action, de quelque nature que ce soit, pendant toute la durée de la procédure, jusqu'à la décision rendue par la Cour ».

Que cette formule méritait d'être amendée, la Cour a pu le penser raisonnablement. Il eût été en effet excessif de prohiber toute activité dans la zone et, en quelque sorte, de la « geler » pendant toute la durée, qui peut être longue, de la procédure. D'autres formules auraient donc dû être recherchées qui eussent mis l'accent, d'une part sur la nécessité de prévenir l'aggravation du différend, d'autre part sur le devoir des Parties de ne pas anticiper la décision de la Cour sur le fond. Cette dernière considération est importante, particulièrement sous l'angle de l'exercice par la Cour de sa fonction judiciaire.

En tout état de cause une grande attention devait être accordée à la déclaration faite, sur instructions de l'agent du Sénégal, à l'issue des débats. Cette déclaration a été formulée de la façon suivante par le conseil du Sénégal :

« J'ajouterais seulement, sur les instructions de l'agent du Sénégal, que la Cour a les assurances du Sénégal que, jusqu'à ce que ce différend malheureux ait été réglé, le Sénégal utilisera tous les moyens diplomatiques à sa disposition pour négocier avec la Guinée-Bissau un arrangement empêchant que ne se produisent des incidents préjudicant à un règlement pacifique du problème. »

C'est sur cette déclaration que la Cour aurait dû s'appuyer pour définir les mesures conservatoires que les circonstances exigent.

Quoi de plus conforme à la mission de la Cour, lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, que de se fonder sur la conjonction de cette demande et des intentions exprimées par l'autre partie, pour inviter l'une et l'autre à la modération et les encourager à entreprendre des négociations afin, dans un premier stade, de prévenir toute aggravation du différend ?

Une décision en ce sens eut été, me semble-t-il, pleinement en harmonie avec l'esprit et la lettre des articles 41 du Statut et 75 du Règlement de la Cour.

(Signé) Hubert THIERRY.

Guinea-Bissau has requested the Court to invite the Parties to abstain in the disputed area “from any act or action of any kind whatever, during the whole duration of the proceedings until the decision is given by the Court”.

The Court could reasonably have considered that the foregoing formula required amendment. It would have been going too far to prohibit all activities in the area and, in a manner of speaking, to “freeze” them throughout the duration of the proceedings, which could be lengthy. Other formulas should therefore have been sought which would have laid stress, on the one hand on the need to prevent the aggravation of the dispute and on the other on the duty of the Parties not to anticipate the decision of the Court on the merits. That last consideration is important, particularly from the standpoint of the exercise by the Court of its judicial function.

At all events, great attention should have been paid to the statement made at the close of argument on the instructions of the Agent for Senegal. That statement, by counsel for Senegal, was worded as follows :

“Now I would only add on the instructions of the Agent for Senegal, that the Court has the assurance of Senegal that until such time as this unfortunate dispute is resolved, Senegal, for its part, will use all diplomatic means available to it to negotiate with Guinea-Bissau an arrangement which will preclude incidents prejudicial to a peaceful resolution of the matter.”

The Court should have relied on that declaration to determine the provisional measures required by the circumstances.

Can there be anything more in conformity with the mission of the Court, when it is seised of a request for the indication of provisional measures, than to rely on the convergence of that request with the intentions expressed by the other Party, in order to invite both of them to exercise moderation and encourage them to undertake negotiations with the aim, initially, of preventing any aggravation of the dispute ?

Such a decision would, in my opinion, have been in perfect harmony with the spirit and the letter of Article 41 of the Statute and Article 75 of the Rules of Court.

(Signed) Hubert THIERRY.
