

LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE : COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

Antoine Ollivier, Mario Prost et Loubna Farchakh

Volume 16, numéro 1, 2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1069361ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1069361ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Ollivier, A., Prost, M. & Farchakh, L. (2003). LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE : COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 16(1), 127–162. <https://doi.org/10.7202/1069361ar>

LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE : COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

Par Antoine Ollivier*, Mario Prost** et Loubna Farchakh***

Introduction

Lors du premier semestre 2003, la Cour a accueilli en son sein 3 nouveaux juges, suite à l'élection du 21 Octobre 2002 effectuée par l'Assemblée Générale et le Conseil de Sécurité¹. Les juges Oda (Japon), Fleischhauer (Allemagne) et Herczegh (Hongrie) ont cédé leur place aux juges Owada (Japon), Simma (Allemagne) et Tomka (Slovaquie). Les juges Shi et Koroma ont eux été reconduits pour un nouveau mandat de 9 ans.

Le 6 février 2003, la Cour a élu un nouveau président, M. Shi Jiuyong (Chine), et un nouveau vice-président, M. Raymond Ranjeva (Madagascar), pour des mandats de trois ans².

La composition de la Cour est donc désormais la suivante :

M. Shi Jiuyong (Chine), président
M. Raymond Ranjeva (Madagascar), vice-président
MM. Gilbert Guillaume (France)
Abdul G. Koroma (Sierra Leone)
Vladlen S. Vereshchetin (Fédération de Russie)
Mme Rosalyn Higgins (Royaume-Uni)
MM. Gonzalo Parra-Aranguren (Venezuela)
Pieter H. Kooijmans (Pays-Bas)
Francisco Rezek (Brésil)
Awn Shawkat Al-Khasawneh (Jordanie)

* Allocataire Moniteur en Droit Public à l'Université Paris X – Nanterre et prépare actuellement une thèse de doctorat en Droit international public; D.E.A. Droit des relations économiques, internationales et communautaires (Université Paris X – Nanterre); LL.M.-Magister Legum (Université de Potsdam, Allemagne). L'auteur, seul responsable des vues exprimées dans ce commentaire, était assistant de recherche du Professeur Alain Pellet, conseil de la Bosnie-Herzégovine dans cette affaire. Il est l'auteur du chapitre I de ce présent texte.

** Assistant d'enseignement et Doctorant, Institut de droit comparé, Faculté de Droit – Université McGill; Maîtrise (Université Panthéon-Sorbonne – Paris I), D.E.A. Droit international public et organisations internationales (Université Panthéon-Sorbonne – Paris I). Il est l'auteur du chapitre II de ce présent texte.

*** Maîtrise de droit européen et international (Université Paris V René-Descartes - La Sorbonne); D.E.A. Droit des relations économiques internationales et communautaires (Université Paris X - Nanterre) ; LL.M. (McGill). Elle est l'auteure du chapitre III de ce présent texte.

¹ Pour la procédure complète d'élection des juges voir Articles 4 à 12, *Statut de la Cour internationale de Justice*, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocumentbase/basictext/cbasicstatute.html>>.

² *Communiqué de Presse* 2003/14 de la Cour internationale de Justice du 6 février 2003, en ligne : C.I.J. <http://www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/cpresscom2003/cpresscom2003-10_admin_20030206.htm>.

Thomas Buergenthal (États-Unis d'Amérique)
Nabil Elaraby (Égypte)
Hisashi Owada (Japon)
Bruno Simma (Allemagne)
Peter Tomka (Slovaquie).

Durant ces six premiers mois de l'année, la Cour n'a inscrit que deux nouvelles affaires à son rôle, qui compte désormais, au 31 juillet 2003, 25 affaires. Ces affaires proviennent de toutes les parties du monde puisque quatre d'entre elles opposent des États africains, une des États asiatiques, onze des États européens et trois des États latino-américains, tandis que six ont un caractère intercontinental³.

Le 10 janvier 2003, le Mexique a, pour la première fois de son histoire, introduit une instance devant la C.I.J.. Cette instance, à l'encontre des États-Unis, résulte de prétendues violations des articles 5 et 36 de la *Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires*, concernant cinquante-quatre ressortissants mexicains condamnés à mort dans 10 États de la fédération américaine. Le Mexique a demandé à la Cour, avant de se pencher sur le fond du litige, d'indiquer des mesures conservatoires pour éviter l'exécution de ses ressortissants. Dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, la Cour a donc rendu une ordonnance le 5 février 2003, ordonnance qui fait l'objet d'un commentaire dans cette chronique.

Le 11 avril 2003, la République Française a pour sa part accepté de reconnaître la compétence de la Cour suite à la requête déposée le 9 décembre 2002 par la république du Congo eu égard à *Certaines procédures pénales engagées en France*⁴. L'ordonnance en indication de mesures conservatoires, rendue le 17 juin 2003, fait aussi l'objet d'un commentaire dans cette chronique.

Outre ces deux ordonnances, l'activité de la Cour est demeurée relativement calme. La Cour n'a rendu qu'un seul arrêt entre janvier et juin 2003, *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'application de la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro), Exceptions préliminaires (Serbie et Monténégro c. Bosnie-Herzégovine)*, qui fait également l'objet d'une analyse dans cette chronique.

Julien FOURET et Mario PROST

³ *Rapport annuel de la Cour internationale de Justice à l'Assemblée générale des Nations Unies – 1^{er} août 2002/31 juillet 2003*, paragraphe 10; en ligne : C.I.J. <<http://212.153.43.18/cijwww/cinformatiiongenerale.htm>>.

⁴ *Communiqué de Presse* 2003/10 de la Cour internationale de Justice du 11 avril 2003, en ligne : C.I.J. : <http://www.icj-cij.org/cijwww/cpresscom/cpresscom2003/cpresscom2003-14_xx_20030411.htm>.

I. L’Affaire *Serbie et Monténégro c. Bosnie-Herzégovine*⁵

Plus de dix ans après le dépôt par la Bosnie-Herzégovine d’une requête introductive d’instance contre la République fédérative de Yougoslavie - ci-après « R.F.Y. » ou « Yougoslavie » -, la Cour internationale de Justice (C.I.J.) est en mesure d’entendre les plaidoiries orales des parties et de rendre son arrêt sur le fond de l’affaire de l’*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. La demande de révision introduite par la R.F.Y. a en effet été jugée irrecevable par la Cour de La Haye dans un arrêt en date du 3 février 2003 et adopté par dix voix contre trois⁶. Cette décision intervient alors que l’affaire a déjà connu un long cheminement⁷.

La Bosnie-Herzégovine entame la procédure en soumettant à la Cour, le 20 mars 1993, une requête visant à établir la responsabilité de la R.F.Y. pour des violations de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Le même jour, la Bosnie-Herzégovine adresse à la Cour une demande en indication de mesures conservatoires. La Cour rend une ordonnance le 8 avril 1993, après que la Yougoslavie eut également demandé l’indication de mesures conservatoires. Les juges de La Haye retiennent leur compétence, *prima facie*, sur le fondement de l’article IX de la convention sur le génocide, et indiquent des mesures aux fins de protéger les droits conférés par ladite convention contre l’imminence d’un préjudice irréparable.

Une seconde demande en indication de mesures conservatoires est formulée par la Bosnie-Herzégovine, le 23 juillet 1993, encore une fois suivie par une demande similaire de la Yougoslavie. Dans une ordonnance du 13 septembre 1993, la Cour réaffirme les premières mesures indiquées en insistant sur leur mise en œuvre effective et immédiate. Statuant sur les exceptions préliminaires soulevées par la R.F.Y., la Cour, dans un arrêt du 11 juillet 1996, reconnaît sa compétence sur la base de la clause compromissoire de la *Convention sur le génocide*. Un nouvel incident de procédure intervient toutefois avec la présentation, par la Yougoslavie, de demandes reconventionnelles dans son contre-mémoire. Dans une ordonnance du 17 décembre 1997, la Cour accueille ces demandes⁸.

Alors que la réplique et la duplique sont déposées respectivement le 23 avril 1998 et le 22 février 1999, les changements politiques survenus à Belgrade au cours

⁵ *Demande en révision de l’arrêt du 11 juillet 1996 en l’affaire relative à l’Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, (*Serbie et Monténégro c. Bosnie-Herzégovine*), arrêt du 3 février 2003, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org>>.

⁶ *Demande en révision de l’arrêt du 11 juillet 1996 en l’affaire relative à l’Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, (*Serbie et Monténégro c. Bosnie-Herzégovine*), arrêt du 3 février 2003, en ligne : C.I.J. <<http://212.153.43.18/cijwww/cdoocket/cybh/cybhframe.htm>> avec les pièces de procédure écrite et orale.

⁷ *Ibid.* aux para. 54-64.

⁸ Tous les éléments de cette procédure peuvent être trouvés sur le site de la Cour à l’adresse suivante <<http://212.153.43.18/cijwww/cdoocket/cbhy/cbhyframe.htm>>.

de l'automne 2000, conduisent la Yougoslavie à redéfinir sa stratégie judiciaire. La R.F.Y. retire tout d'abord ses demandes reconventionnelles par une lettre datée du 20 avril 2001 et reçue au Greffe le 23 avril 2001⁹. En outre, par une requête introductive d'instance du 23 avril 2001, la Yougoslavie, sur la base de l'article 61 du Statut de la Cour, demande la révision de l'arrêt rendu le 11 juillet 1996. Enfin, le 4 mai 2001, la R.F.Y. soumet à la Cour une « initiative aux fins d'un réexamen *ex officio* de sa compétence »¹⁰.

La demande de révision formulée par la Yougoslavie ne constitue pas une procédure incidente¹¹, et a bien été enregistrée séparément au rôle de la Cour. Elle présente toutefois la particularité de se greffer sur une procédure elle-même incidente : l'examen par la Cour des exceptions préliminaires soulevées par la R.F.Y. Si rien dans l'article 61 n'interdit la révision d'un arrêt sur des exceptions préliminaires, les caractéristiques d'un arrêt reposant davantage sur l'interprétation d'instruments juridiques que sur la qualification de « purs » faits, doivent, semble-t-il, minimiser les probabilités d'un tel recours. Dans la présente affaire, c'est précisément la frontière à tracer entre ce qui relève de l'ordre du factuel et ce qui constitue une représentation, ou une reconstruction, d'une réalité factuelle qui va nourrir l'essentiel des débats devant la Cour.

Avant cette affaire, une seule demande en révision avait été faite dans l'histoire des deux Cours de La Haye, et concernant un arrêt rendu au fond¹². De manière générale il est donc possible d'inscrire la demande yougoslave dans la tendance croissante des États à utiliser toutes les ressources disponibles dans le Statut de la Cour¹³. Cette tendance est d'autant plus remarquable ici que la demande s'insère dans une affaire qui a elle-même fait l'objet de nombreux incidents, comme nous venons de le rappeler.

Le problème sous-jacent à la demande de révision résidait dans la situation de la Yougoslavie à l'égard de l'Organisation des Nations Unies, et, par implication, au regard du Statut de la Cour et de la convention sur le génocide, jusqu'à son admission formelle en 2000. L'argumentation subtile développée par la R.F.Y. tentait de (res-)susciter le débat sur la compétence *ratione personae* de la Cour à l'époque où celle-ci a rendu son arrêt sur les exceptions préliminaires. Un tel débat ne pouvait

⁹ *Ibid* aux para. 64 de l'arrêt précité. La Cour a pris acte de ce retrait par une ordonnance de son Président en date du 10 septembre 2001.

¹⁰ *Ibid*. Cette initiative n'est toutefois pas traitée dans l'arrêt sur la demande en révision.

¹¹ Le Titre III du Règlement de la Cour rassemble en une section D l'ensemble des « procédures incidentes » : mesures conservatoires, exceptions préliminaires, intervention, demandes reconventionnelles, renvoi et désistement.

¹² Voir l'affaire de la *Demande en révision de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya Arabe Libyenne) (Tunisie c. Jamahiriya Arabe Libyenne)*, [1985] C.I.J. Rec. 190. Une troisième demande en révision a depuis été rejetée par une chambre de la Cour : v. l'affaire de la *Demande en révision de l'arrêt du 11 septembre 1992 en l'affaire du Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant)) (El Salvador c. Honduras)*, (Rôle général, n° 127), arrêt du 18 décembre 2003 (Chambre), en ligne : C.I.J. <<http://212.153.43.18/cijwww/cdoocket/cesh/ceshframe.htm>>.

¹³ Voir par exemple, Jean-Marc Sorel et Florence Poirat, dir., *Les procédures incidentes devant la Cour internationale de Justice : exercice ou abus de droits ?*, Paris, Pédone, 2001.

cependant avoir lieu, l'une des conditions principales de la révision n'étant pas remplie (I). La solution dégagée par la Cour, en privilégiant l'économie de moyens, se limite à une stricte application de l'article 61 du Statut. Elle permet toutefois de souligner les spécificités de la procédure de révision (II).

A. L'absence de « fait nouveau », motif du rejet de la demande en révision

1. LE CONTEXTE DE LA DEMANDE EN RÉVISION

Il est nécessaire de rappeler le contexte dans lequel la R.F.Y. a introduit sa requête en révision, en évoquant les « difficultés »¹⁴ causées par la prétention de cet État, constamment réaffirmée entre 1992 et 2000, d'assurer la continuité de l'ex-Yougoslavie. L'admission de la R.F.Y. aux Nations Unies, en qualité de nouveau Membre, comme les formalités accomplies par cet État pour accéder, comme successeur de la République fédérative et socialiste de Yougoslavie (R.F.S.Y.), à un certain nombre de traités multilatéraux auxquels cet État était partie avant sa désintégration, ont mis fin, en 2000 et 2001, à la période ouverte en 1992 par la prétention de la R.F.Y. d'assurer automatiquement la continuité de l'ex-Yougoslavie¹⁵. Sur la base de cette prétention et jusqu'en 2000, la R.F.Y. s'estimait Membre des Nations Unies et partie aux traités conclus antérieurement par la R.F.S.Y. La prétention à la continuité, rejetée par une très large majorité de la communauté internationale et en particulier par les États issus de l'ex-Yougoslavie et nouvellement indépendants, a conduit, au sein des organes des Nations Unies, à la prise de mesures visant à interdire la participation à leurs travaux de la R.F.Y. La situation résultant des résolutions 777 (1992) du Conseil de sécurité et 47/1 de l'Assemblée générale, par laquelle l'Assemblée « décide que la R.F.Y. (Serbie et Monténégro) devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation et qu'elle ne participera pas aux travaux de l'Assemblée générale »¹⁶, pouvait ainsi être résumée par le conseiller juridique de l'Organisation, dans un avis du 29 septembre 1992 :

[L]a résolution [47/1 de l'Assemblée générale] ne met pas fin à l'appartenance de la Yougoslavie à l'Organisation et ne la suspend pas.¹⁷

La complexité de la situation, répercutée, entre autres, au sein du Conseil économique et social et de l'Assemblée des États parties au pacte international relatif aux droits civils et politiques, où la R.F.Y. fut interdite de participation, fut particulièrement illustrée par les hésitations, contenues dans différentes publications

¹⁴ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, ordonnance de demande en indication de mesures conservatoires, [1993] C.I.J. Rec. 3 à la p. 14, au para. 18.

¹⁵ Voir la déclaration de la R.F.Y. du 27 avril 1992, et transmise dans une note au Secrétaire général des Nations Unies, citée aux para. 26 et 27 de l'arrêt *supra* note 5 : « La R.F.Y., assurant la continuité de l'État et de la personnalité juridique et politique internationale de la R.F.S.Y., respectera strictement tous les engagements que la R.F.S.Y. a pris à l'échelon international ».

¹⁶ Ces deux résolutions, respectivement en date du 19 septembre 1992 et du 29 septembre 1992, sont reproduites dans *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996, supra* note 6 aux para. 28 et 29.

¹⁷ *Ibid.*, *supra* note 6 au para. 31. [italiques d'origine].

du Secrétariat de l'Organisation, quant aux conséquences de la résolution de l'Assemblée générale sur le statut de la R.F.Y. à l'égard de traités multilatéraux conclus par l'ex-Yougoslavie¹⁸.

En 1996, la Cour avait pour sa part justifié sa compétence *ratione personae* à l'égard de la R.F.Y. dans les termes suivants :

L'instance introduite devant la Cour oppose deux États dont le territoire est situé à l'intérieur de l'ex-République fédérative socialiste de Yougoslavie. Celle-ci a signé la convention sur le génocide le 11 décembre 1948 et a déposé son instrument de ratification, sans réserves, le 29 août 1950. Lors de la proclamation de la République fédérative de Yougoslavie, le 27 avril 1992, une déclaration formelle a été adoptée en son nom, aux termes de laquelle :

La République fédérative de Yougoslavie, assurant la continuité de l'État et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international.

L'intention ainsi exprimée par la Yougoslavie de demeurer liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie a été confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies. La Cour observe en outre qu'il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide. Ainsi, la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présente affaire, le 20 mars 1993¹⁹.

Pour la R.F.Y., et aux fins de sa démonstration de la recevabilité de sa demande en révision, son admission aux Nations Unies²⁰, ainsi que les formalités d'accession à différents traités multilatéraux dont la convention sur le génocide²¹, remettaient en cause les fondements de la décision de la Cour de 1996 par laquelle celle-ci s'était reconnue compétente. La R.F.Y. ne pouvait être Membre des Nations Unies avant l'admission et ne pouvait pas plus être liée par la convention sur le génocide²². La Cour pouvait-elle voir dans cette conclusion « la découverte d'un fait de nature à exercer une influence décisive et qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la révision, sans qu'il y ait, de sa part, faute à l'ignorer »²³?

¹⁸ *Ibid.*, aux para. 38-39 et 44.

¹⁹ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, [1996] C.I.J. Rec. 595, à la p. 610, au para. 17.

²⁰ Voir les résolutions S/1326 du Conseil de sécurité et A/55/12 de l'Assemblée générale.

²¹ Accession que la R.F.Y. avait assortie d'une réserve portant sur la clause compromissoire de l'article IX ; voir *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996*, *supra* note 5 au para. 52.

²² L'article XI de la Convention sur le génocide prévoit que seuls les États membres des Nations Unies et les États non membres ayant reçu une invitation de l'Assemblée générale peuvent y être parties.

²³ *Statut de la Cour internationale de justice*, *supra* note 1 à l'art. 61(1). La Cour décompose ainsi l'article 61 en cinq conditions (voir *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996*, *supra* note 6 au para. 16) :

2. L'IRRECEVABILITÉ DE LA DEMANDE EN RÉVISION

Le critère principal de l'ouverture de la révision réside dans « la découverte d'un fait [...] qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la partie qui demande la révision » (article 61, § 1)²⁴. Au paragraphe 2 du même article, c'est le terme de « fait nouveau » qui est employé. La discussion entre les parties portait précisément sur la nature de ce « fait ». La deuxième expression, « fait nouveau », peut entraîner une confusion à ce sujet, puisqu'elle pourrait laisser entendre que l'article 61 vise tout aussi bien la découverte d'un fait existant au moment du prononcé de l'arrêt qu'un fait se produisant après la décision de la Cour. C'est sur ce terrain que s'était engagée tout d'abord la Yougoslavie, en affirmant, dans sa requête en révision, qu'« [i]l est incontestable que l'admission de la R.F.Y. à l'Organisation des Nations Unies le 1^{er} novembre 2000 en tant que nouvel État Membre constitue un fait nouveau »²⁵. La Yougoslavie a cependant corrigé sa position au cours des plaidoiries pour soutenir que son admission en qualité de nouveau Membre des Nations Unies avait seulement « révélé deux faits décisifs : 1) la R.F.Y. n'était pas Partie au Statut au moment de l'arrêt ; et 2) la R.F.Y. ne demeurait pas liée par l'article IX de la convention sur le génocide en continuant d'assumer la personnalité juridique de l'ex-Yougoslavie »²⁶. Comprendre le terme de « fait nouveau » de façon aussi large qu'elle l'avait fait dans sa requête, revenait en effet, pour la Yougoslavie, à méconnaître non seulement le texte même de l'article 61, paragraphe 1, du Statut, mais également le sens de la procédure en révision. Celle-ci ne vise pas le réexamen d'une décision sur la base de nouveaux arguments, ce qui constituerait un appel, mais seulement la rectification d'un arrêt prononcé dans l'ignorance de certains faits préexistants. Ces hésitations de la part de la Yougoslavie témoignent de sa difficulté à démontrer la découverte d'un véritable « fait » qui existait à l'époque du prononcé de l'arrêt. La Bosnie-Herzégovine a contesté la possibilité que l'admission aux Nations Unies ait permis de découvrir des « faits nouveaux » existant au moment du prononcé de l'arrêt. Selon le défendeur, il ne faudrait voir dans les allégations de la R.F.Y.

« a) la demande doit être fondée sur la 'découverte' d'un 'fait' ;

b) le fait dont la découverte est invoquée doit être 'de nature à exercer une influence décisive' ;

c) ce fait doit, avant le prononcé de l'arrêt, avoir été inconnu de la Cour et de la partie qui demande la révision ;

d) il ne doit pas y avoir eu 'faute' à ignorer le fait en question ; et

e) la demande en révision doit avoir été 'formée au plus tard dans le délai de six mois après la découverte du fait nouveau' et avant l'expiration d'un délai de dix ans à dater de l'arrêt ».

²⁴ *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996, supra note 5 au para. 67* : « La Cour relèvera [...] que la révision d'un arrêt ne peut être demandée qu' 'en raison de la découverte' d'un fait qui, 'avant le prononcé de l'arrêt', était inconnu. Tels sont les caractères que doit revêtir le fait 'nouveau' visé au paragraphe 2 du même article ».

²⁵ *Ibid* au para. 18.

²⁶ *Ibid* au para. 19. Dans ce sens et écartant toute confusion, pour la Yougoslavie, il s'agit bien de faits qui « n'ont pas eu lieu après le prononcé de l'arrêt », voir le para. 20.

qu'un changement de position de sa part, ce qui ne correspond pas aux prescriptions de l'article 61 du Statut²⁷.

La Cour n'a pas fait droit à la demande yougoslave. Aussi bien l'admission de la Yougoslavie aux Nations Unies en 2000, que les conséquences qu'il serait possible d'en tirer rétroactivement sur la situation prévalant en 1996, n'entrent pas dans les prévisions de l'article 61. Si l'admission aux Nations Unies constitue bien un « fait », celui-ci est toutefois postérieur à l'arrêt de la Cour²⁸. Les conséquences de cette admission, en revanche, ne sont tout simplement pas des « faits » mais des « conséquences juridiques que [la R.F.Y.] entend tirer de faits postérieurs à l'arrêt dont la révision est demandée »²⁹. La Cour conclut donc que :

Ces conséquences, à les supposer établies, ne sauraient être regardées comme des faits au sens de l'article 61.³⁰

Mais la Cour ne se limite pas à « supposer ces conséquences établies », et procède à une brève évaluation de la situation qui prévalait au moment où l'arrêt a été rendu. À cet égard, la Cour passe insensiblement de la condition de l'existence ou de la découverte d'un « fait » à celle relative à « l'influence décisive » des faits invoqués sur l'arrêt dont la révision est demandée. La Cour rejette ainsi de façon incidente³¹ les conclusions tirées rétroactivement par la R.F.Y. de son admission aux Nations Unies quant à la situation juridique qui prévalait auparavant (*i.e.* la R.F.Y. n'était pas Membre des Nations Unies, ni Partie au Statut de la Cour ni à la convention sur le génocide), pour en dresser un tableau plus nuancé. En particulier, les difficultés créées par la résolution 47/1 de l'Assemblée générale concernant le statut de la R.F.Y.

découlaient de la circonstance que, même si la prétention de la Yougoslavie à assurer la continuité de la personnalité juridique internationale de la R.F.S.Y. n'était pas 'généralement acceptée', les conséquences précises de cette situation (telles que la non-participation aux travaux de l'Assemblée générale ou du Conseil économique et social et aux réunions des États parties au pacte international relatif aux droits civils et politiques, etc.) étaient déterminés au cas par cas.³²

Et la Cour ajoute que :

[I]a résolution 47/1 ne portait notamment pas atteinte au droit de la R.F.Y. d'ester devant la Cour ou d'être partie à un différend devant celle-ci dans les conditions fixées par le Statut. Elle ne touchait pas davantage à la situation de la R.F.Y. au regard de la convention sur le génocide.³³

²⁷ Voir *Compte Rendu – ci après « CR »- 2002/41*, pp. 26-27, au para. 41 (Van den Biesen) et *CR 2002/43*, au para. 26 (Van den Biesen).

²⁸ *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996*, *supra* note 6 au para. 68.

²⁹ *Ibid* au para. 69.

³⁰ *Ibid*. C'est ici, logiquement, que les juges dissidents sont en désaccord avec la majorité de la Cour. Voir l'opinion dissidente du Juge Vereshchetin, aux para. 9-11, la déclaration du Juge Rezek au para. 5, et l'opinion dissidente du Juge *ad hoc* Dimitrijevic, au para. 11.

³¹ *Ibid* au para. 70 : « En outre la Cour relèvera [...] ».

³² *Ibid*.

³³ *Ibid*.

La Cour souligne enfin que :

la résolution 55/12 de l'Assemblée générale en date du 1^{er} novembre 2000 ne peut avoir rétroactivement modifié la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la R.F.Y. vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992-2000, ni sa situation à l'égard du Statut de la Cour et de la convention sur le génocide.

Ainsi, la prétention yougoslave à assurer la continuité yougoslave, aussi infondée qu'elle ait été, a créé une situation sur laquelle la R.F.Y. ne peut revenir³⁴. L'admission aux Nations Unies, comme les formalités conventionnelles accomplies par la Yougoslavie à partir de l'an 2000, mettent fin à cette situation sans la modifier rétroactivement³⁵.

Alors même que la Cour a écarté l'existence des « faits nouveaux » invoqués par la R.F.Y., la Cour souligne que « [t]out ces éléments [relatifs à la situation de cet État] étaient connus de la Cour et de la RFY au jour du prononcé de l'arrêt »³⁶, et renvoie ainsi à une autre condition prévue à l'article 61, à savoir l'ignorance de la Cour et de la Partie qui demande la révision³⁷. La Cour conclut ainsi qu'« il n'a pas été établi que la requête de la RFY reposerait sur la découverte 'd'un fait' qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et de la Partie qui demande la révision »³⁸. La requête yougoslave a toutefois permis de mettre en lumière certaines autres conditions attachées à l'ouverture de la révision d'un arrêt de la Cour internationale de Justice.

³⁴ Voir *Ibid* l'opinion individuelle du Juge *ad hoc* Mahiou, au para. 14.

³⁵ V. CR 2002/41, 5. 11. 2002, au para. 17 (Pellet) : « Pour reprendre une expression qui a fait fortune à un tout autre propos, le fait que constitue l'admission a 'arrêté la montre sans lui faire remonter le temps' (cf. C.I.J., arrêt du 22 décembre 1986, *Différend frontalier*, à propos du principe *uti possidetis*, Rec. 1986, au para. 30) ». Voir *ibid* l'opposition des juges dissidents pour qui l'admission aux Nations Unies en 2000 signifie nécessairement que la R.F.Y. n'en était pas Membre auparavant : Vereshchetin, opinion dissidente, aux para. 26 et 27 ; Rezek, déclaration au para. 5 ; Dimitrijevic, opinion dissidente, au para. 49.

³⁶ *Ibid* au para. 70. La Cour ajoute : « Ce qui toutefois demeurerait inconnu en juillet 1996 était la réponse à la question de savoir si et quand la RFY présenterait une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies et si et quand cette demande serait accueillie, mettant ainsi un terme à la situation créée par la résolution 47/1 de l'Assemblée générale ».

³⁷ Le lien entre l'existence d'un « fait nouveau » et l'ignorance de la Partie qui l'invoque est souligné par le Juge *ad hoc* Mahiou dans son opinion individuelle, au para. 6 : « Car finalement, c'est de cela qu'il s'agit : ce n'est pas le fait lui-même qui est intrinsèquement nouveau, c'est sa connaissance qui doit être nouvelle pour la partie qui s'en prévaut et pour la Cour qui a rendu l'arrêt ».

³⁸ *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996, supra* note 5 au para. 72.

B. La requête yougoslave et les autres conditions de l'article 61

1. NATURE DÉCISIVE DES FAITS INVOQUÉS ET « PROCÉDURE EN DEUX TEMPS »

Dans son arrêt, la Cour, reprenant le précédent de l'affaire du *Plateau continental* (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne), rappelle qu'une demande de révision doit être préalablement déclarée recevable :

Aux termes de l'article 61 du Statut, la procédure en révision s'ouvre par un arrêt de la Cour déclarant la requête recevable pour les motifs envisagés par le Statut ; l'article 99 du Règlement de la Cour prévoit expressément une procédure sur le fond au cas où, dans son premier arrêt, la Cour aurait déclaré la requête recevable.

Le Statut et le Règlement de la Cour organisent ainsi une « procédure en deux temps » (*Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental* (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne) (*Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne*), arrêt, C.I.J. Recueil 1985, p. 197, par. 8). Dans un premier temps, la procédure relative à la demande en révision d'un arrêt de la Cour doit être « limité[e] à la question de sa recevabilité » (*ibid.*, p. 197, par. 10)³⁹.

La Cour limite ainsi sa décision « à la question de savoir si la requête satisfait aux conditions prévues »⁴⁰ par l'article 61, autrement dit à sa recevabilité. Pourtant, la demande yougoslave a permis d'illustrer comment cette recevabilité entretient des liens étroits avec le « fond » éventuel de la révision, ici un réexamen de la compétence *ratione personae* de la Cour à l'égard de la R.F.Y. En effet, en admettant la découverte de l'existence d'un fait nouveau, il faudrait également, aux termes de l'article 61, rechercher si ce fait, ou sa découverte, est « de nature à exercer une influence décisive ». Cette « influence décisive » doit porter sur l'arrêt dont la révision est demandée, et cela implique donc un réexamen de celui-ci. S'il est possible de distinguer, sur le plan théorique les deux étapes, elles ont naturellement vocation à se confondre matériellement⁴¹. La Bosnie-Herzégovine a ainsi été amenée à soutenir, en admettant aux fins de la discussion que de véritables faits nouveaux soient découverts par la Cour, que ceux-ci n'étaient pas « de nature à exercer une influence décisive » puisque la Cour aurait tout aussi bien pu retenir des bases alternatives à sa compétence *ratione personae* à l'égard de la Yougoslavie⁴².

³⁹ *Ibid* au para. 15.

⁴⁰ *Ibid* au para. 16.

⁴¹ Voir dans *Ibid*, la plaidoirie du Professeur Pellet, CR/2002/43, 7. 11. 2002, au para. 20, notant que, si la Cour admettait les faits nouveaux invoqués par la R.F.Y., elle serait tenue d'établir, « au stade de la recevabilité », leur nature décisive. Partant, elle devrait chercher s'il n'existait pas des moyens alternatifs de fonder sa compétence sur l'article IX : « Ce ne serait que si vous constatiez que l'article IX n'est pas applicable que les prétendus faits nouveaux invoqués par la Yougoslavie pourraient vous conduire à déclarer la demande recevable ».

⁴² Voir CR 2002/41, aux para. 46-47 (Pellet). Sur ce motif, la Bosnie-Herzégovine demandait à la Cour de traiter, dans un même arrêt, des deux phases de la procédure de révision (*ibid.*, au para. 44). À l'inverse, si la R.F.Y. a également présenté des arguments sur ce point (CR 2002/40, 4.11.2002, au para. 2.32-2.65, Djeric), en soulignant que c'était uniquement pour répondre aux arguments de la Bosnie-Herzégovine, elle a toutefois précisé que cela relevait de la seconde étape de la procédure (*ibid.*, au para. 2.41). Voir également la déclaration du Juge Koroma, au para. 11, et l'opinion

La Cour écarte toute recherche supplémentaire concernant les autres conditions de l'article 61⁴³, évitant par là d'entrer à nouveau dans un débat sur sa compétence pour connaître de l'affaire. Il est toutefois permis de voir dans les deux paragraphes que consacre la Cour dans son arrêt à la « situation *sui generis* » de la R.F.Y., le rappel que la décision de la Cour, en 1996, n'était pas fondée sur la qualité d'État membre des Nations Unies et partie à la convention sur le génocide de la R.F.Y. en tant qu'État continuateur, mais seulement sur l'engagement pris par la R.F.Y. de respecter les traités qui liaient l'ex-Yougoslavie⁴⁴.

Ainsi, même en admettant les « faits nouveaux » allégués par la R.F.Y., il était peu probable qu'ils aient été « de nature à exercer une influence décisive » sur l'arrêt de 1996⁴⁵. L'arrêt de la Cour illustre particulièrement le lien qui unit les différentes conditions de recevabilité d'une demande en révision, d'une part, et la particularité de la « procédure en deux temps » d'autre part. Concernant le lien entre la découverte d'un fait nouveau et son influence décisive, il semble que les caractéristiques de l'arrêt dont la révision était demandée, un jugement relatif aux exceptions préliminaires, l'aient particulièrement renforcé en mêlant arguments juridiques et factuels. S'agissant de la division de la procédure de révision en deux phases, il apparaît que le « fond » de la demande est déterminant dès le stade de la recevabilité. En sens inverse, il est possible de s'interroger sur l'effet qu'aurait, « au fond », la décision préliminaire de la Cour reconnaissant l'influence décisive du fait nouveau invoqué par une partie⁴⁶.

2. « IGNORANCE FAUTIVE » ET PRINCIPE DE L'ESTOPPEL

La Cour, ayant déjà rejeté la demande sur un autre fondement, n'évoque qu'incidemment la condition de recevabilité de la requête tenant à ce que le fait nouveau était « inconnu de la Cour et de la Partie qui demande la révision, sans qu'il

dissidente du Juge *ad hoc* Dimitrijevic, au para. 57, qui évoquent d'autres bases à la compétence de la Cour.

⁴³ *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996*, *supra* note 5 au para. 73 : « La Cour rappelle cependant que, 'dès lors qu'il est établi que la demande en révision ne remplit pas l'une des conditions de recevabilité prévues, la Cour n'a pas à aller plus loin et à se demander si les autres sont satisfaites' (*Demande en révision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 dans l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne) Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne, arrêt*, [1985] C.I.J. Rec. 207, au para. 29) ».

⁴⁴ Voir *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *supra* note 19 à la p. 610, au para. 17. Repris dans l'arrêt *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996*, *supra* note 5 au para. 62. Sur ce point, v. la plaidoirie de l'Agent adjoint de la Bosnie-Herzégovine qui souligne la distinction entre la prétention de la R.F.Y. à assurer la continuité de l'ex-Yougoslavie et son engagement à respecter les obligations assumées par cet État (CR 2002/41, (Van den Biesen), aux p. 14-25, au para. 10-34).

⁴⁵ *Supra*, I, 1.

⁴⁶ Voir R. Geiss, « Revision Proceedings before the International Court of Justice » (2003) 63/1 Z.a.δ.R.V. 167 à la p. 184. Cet auteur fait une distinction entre l'appréciation en quelque sorte *prima facie* de l'influence décisive des faits invoqués au stade de la recevabilité et le véritable examen au fond de l'influence de ces faits. Cette distinction paraît justifiée par la formulation de l'article 61 qui n'évoque qu'un fait « *de nature* à exercer une influence décisive » [italiques ajoutées].

y ait, de sa part, faute à l'ignorer»⁴⁷. Cette condition est intrinsèque à la notion de « fait nouveau » visée à l'article 61. La Cour, estimant que la situation de la Yougoslavie était déjà connue en 1996⁴⁸, n'a pas en outre à rechercher si l'ignorance invoquée par la R.F.Y. résultait de sa propre faute⁴⁹. Là encore, toutefois, en admettant l'allégation de la R.F.Y. selon laquelle des faits nouveaux auraient été révélés par son admission aux Nations Unies en 2000 et que ces faits étaient ignorés de la Cour et de la Yougoslavie, la question de « l'ignorance fautive » de la Yougoslavie pouvait être soulevée⁵⁰. La Bosnie-Herzégovine s'est fondée sur différents principes généraux du droit international pour objecter au droit de la Yougoslavie de changer sa position quant à sa situation juridique entre 1992 et 2000⁵¹. La R.F.Y. a soutenu que seule était exigée par l'article 61 l'absence de faute (ou de négligence) à l'exclusion de tout autre principe de droit international, notamment celui d'*estoppel*. L'article 61 aurait ainsi constitué une *lex specialis* excluant l'application de principes généraux⁵². S'il n'est certes pas contestable que l'article 61 permet d'invoquer une erreur, il ne doit cependant pas autoriser une partie à se prévaloir de sa *propre* erreur lorsqu'elle pouvait y remédier. La question relevait encore, dans la présente affaire, de la conception qu'il était possible d'avoir des « faits » à la base du jugement de 1996. Alors que la Bosnie-Herzégovine soutenait que les seuls « faits » à prendre en compte étaient les déclarations de la R.F.Y., déclarations sur lesquelles il n'est pas possible de revenir sans heurter le principe de bonne foi, la Yougoslavie estimait au contraire qu'il fallait rechercher, au-delà de ses déclarations, la situation objective qui aurait dû prévaloir en 1996 et que seule l'admission aux Nations Unies permettait de connaître. Toutefois, dès lors que la Cour ne s'était pas fondée, pour affirmer sa compétence, sur la prétention de la R.F.Y. à assurer la continuité de la R.F.S.Y., ni sur son caractère bien-fondé, mais sur l'engagement pris en 1992 de respecter la convention sur le génocide, il n'était pas nécessaire d'évaluer l'ignorance, ou l'« erreur », de la R.F.Y. lorsqu'elle affirmait continuer la personnalité juridique internationale de l'ex-Yougoslavie.

En définitive, si l'arrêt de la Cour apporte quelques éclaircissements sur la procédure de révision, les enseignements qu'il est possible d'en tirer semblent limités par les circonstances particulières de l'affaire en cause qui mêlaient étroitement considérations de fait et raisonnements en droit. La décision de la Cour en rend compte, indirectement, lorsqu'elle s'appuie sur la « situation » de la R.F.Y. prévalant en 1996 plutôt que sur des distinctions claires entre ce qui relève d'une part du fait et d'autre part des différentes représentations juridiques que l'on peut s'en faire⁵³. Il

⁴⁷ La Cour avait rejeté sur ce fondement la demande en révision formulée par la Tunisie dans l'affaire du *Plateau continental*, *supra* note 12 au para. 19.

⁴⁸ *Supra*, I, 2., et la note 36.

⁴⁹ Ou « *was not due to negligence* », selon la version anglaise du Statut de la Cour.

⁵⁰ CR 2002/41, au para. 13 (Pellet).

⁵¹ CR 2002/41, au para. 15 ; p. 36, aux para. 17 et 19 (Pellet). Le conseil de la Bosnie-Herzégovine invoque ainsi les principes *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et *allegans contraria non est audiendus*, et, en exprimant quelques réserves, le principe de l'*estoppel*, voir *ibid.*, au para. 40.

⁵² CR 2002/40, au para. 5.13-5.23 (Zimmermann).

⁵³ Certains juges ont souligné que l'arrêt de la Cour, *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996*, *supra* note 5, ne définit pas ce que doit être un « fait » au sens de l'article 61 du Statut : déclaration du

reste que les strictes conditions de l'article 61 du Statut s'opposent à la transformation de la révision en voie d'appel des arrêts de la Cour. Ainsi, l'utilisation croissante de cette procédure par les États ne paraît pas devoir remettre en cause son caractère exceptionnel⁵⁴.

II. L'Affaire Avena et autres ressortissants mexicains⁵⁵

L'affaire *Avena*⁵⁶ est l'épisode le plus récent dans la vaste offensive judiciaire lancée par le Mexique contre les États-Unis pour obtenir une amélioration du sort des immigrés latino-américains sur le sol américain. Après la procédure engagée devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme, visant à obtenir un avis consultatif sur la question du respect des droits de l'homme par les États-Unis à l'égard des travailleurs migrants mexicains en situation irrégulière⁵⁷, le Mexique saisit, le 9 janvier 2003, la Cour internationale de Justice d'une demande en indication de mesures conservatoires afin d'obtenir la suspension de l'exécution de 54 de ses ressortissants se trouvant dans le couloir de la mort.

Après le Paraguay⁵⁸ et l'Allemagne⁵⁹, le Mexique, donc, entend, par la saisine de la Cour, repousser l'exécution de ses ressortissants en alléguant le non respect, par les États-Unis, du devoir d'information des détenus étrangers en matière d'assistance consulaire.

Le Mexique soutient que ses ressortissants ont été arrêtés, détenus, jugés, reconnus coupables et condamnés à la peine capitale à l'issue de procédures au cours desquelles les autorités américaines compétentes ont manqué aux obligations qui leur incombaient en vertu de l'article 36 paragraphe 1 de la *Convention de Vienne sur*

Juge Koroma, au para. 9, opinion dissidente du Juge Vereshchetin, au para. 11. Le Juge *ad hoc* Dimitrijevic conteste « the view of the majority, based as it is mostly on dictionaries for general use, that a fact is only something that can be perceived by human senses as a part of physical reality », opinion dissidente, au para. 3. Membre de la majorité, le juge *ad hoc* Mahiou souligne en revanche que les « faits » dont se prévaut la Yougoslavie « n'apparaissent pas au premier abord et ne se découvrent pas dans leur réalité matérielle ou objective ; en quelque sorte ils ne sont pas des faits bruts dont l'existence et la constatation s'imposent d'elles-mêmes, ils sont plutôt le résultat d'un processus d'interprétation et de représentation », opinion individuelle, au para. 3.

⁵⁴ Voir le rejet par une chambre de la Cour de la demande en révision formulée par El Salvador au sujet de l'arrêt rendu en 1992 dans l'affaire du *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))*, *supra* note 12.

⁵⁵ (*États-Unis du Mexique contre États-Unis d'Amérique*), Ordonnance de demande en indication de mesures conservatoires du 5 février 2003, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org>>.

⁵⁶ *Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (États-Unis du Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, Ordonnance de demande en indication de mesures conservatoires du 5 février 2003, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org>>.

⁵⁷ *Request for Advisory Opinion submitted by the Government of the United Mexican States to the Inter-American Court of Human Rights* (2003), Requête pour un Avis consultatif OC-18, en ligne: C.I.J. <<http://www.corteidh.or.cr/index-ingles.html>>.

⁵⁸ *Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, Ordonnance du 8 juin 1998, [1998] C.I.J. Rec. 271.

⁵⁹ *Affaire LaGrand relative à la convention de Vienne sur les relations consulaires (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, ordonnance de demande en indication de mesures conservatoires du 3 mars 1999, [1999] C.I.J. Rec. 7 [affaire *LaGrand*].

*les relations consulaires*⁶⁰. Toutes les procédures internes engagées aux États-Unis par les ressortissants mexicains ou par le Mexique lui-même afin de remédier aux violations de la convention de Vienne n'ayant pas abouti, le Mexique invite la Cour à constater que les conditions d'arrestation, de détention, de jugement et de condamnation de ses ressortissants constituent une violation des obligations internationales des États-Unis et que cette violation lui cause un double préjudice, en son droit propre, et en celui qu'il a de protéger ses ressortissants⁶¹.

En conséquence, le Mexique prie la Cour de reconnaître son droit à la *restitutio in integrum* et d'ordonner aux États-Unis la restauration du *statu quo ante*. Sans toutefois que cela soit explicitement demandé, il s'agira concrètement, afin de rétablir la situation qui existait avant les actes illicites, d'obtenir l'annulation ou la révision des verdicts de culpabilité.

À titre complémentaire, le Mexique entend obtenir les garanties que de tels actes ne se reproduiront pas et que les États-Unis prendront toutes les mesures nécessaires et suffisantes pour permettre la pleine réalisation, à l'avenir, des droits conférés par la *Convention de Vienne*.

Afin de protéger ses droits, et sur le fondement de l'article 41 du Statut de la Cour, le Mexique, après avoir déposé sa requête principale, a présenté une demande en indication de mesures conservatoires afin d'obtenir la suspension provisoire de toute exécution. C'est l'ordonnance délivrée par la Cour le 5 février 2003, en réponse à cette demande, que nous analyserons ici.

Disons le franchement : il n'y a rien de révolutionnaire dans l'ordonnance *Avena*. Le non juriste y verra sans doute une redite parfaite des ordonnances rendues en la matière dans les affaires *Breard* et *LaGrand*. Respectant scrupuleusement son mandat et refusant de rentrer dans les questions de fond qui devront être examinées à un stade ultérieur de l'affaire, la Cour rend une ordonnance sobre et discrète qui conclut à l'unanimité, et comme dans les deux affaires précédentes, à l'obligation pour les États-Unis de prendre toute mesure nécessaire afin que les ressortissants mexicains visés ne soient pas exécutés tant que l'arrêt définitif n'aura pas été rendu⁶².

Le juriste attentif y trouvera toutefois non seulement la confirmation des solutions adoptées par la Cour jusqu'alors, notamment en ce qui concerne la *compétence* de la Cour pour indiquer des mesures conservatoires (**A**), mais également des développements nouveaux relatifs à la *recevabilité* des demandes en indication de mesures conservatoires (**B**).

⁶⁰ *Affaire Avena supra* note 56 au paragraphe 2. Cette disposition prescrit aux autorités de l'État de résidence d'informer sans retard tout ressortissant d'un autre État partie qui est placé en détention de son droit de contacter son consulat. Si le détenu en fait la demande, la convention de Vienne oblige également l'État de résidence à avertir sans retard le poste consulaire le plus proche de l'État concerné.

⁶¹ *Ibid, supra* note 56 au para. 8.

⁶² *Ibid* au para. 59. Seuls trois ressortissants mexicains sont visés par les mesures conservatoires. Les autres condamnés n'ont pas été considérés par la Cour, à ce stade de l'affaire, vu le caractère non urgent de leur situation.

Au-delà même de ces questions purement juridiques, l'ordonnance présente une parfaite photographie de l'état d'esprit de la Cour face à un problème extrêmement délicat mêlant considérations humanitaires, questions ayant trait à la relation entre droit international et droit interne, et qui, plus largement, pose la question des rapports entre la Cour, organe judiciaire principal des Nations Unies, et les États-Unis, particulièrement défiants ces derniers mois vis-à-vis de l'ONU et du droit international en général, mais néanmoins État souverain, principal bailleur de fond de l'Organisation mondiale, et superpuissance dont on sent qu'elle doit être conservée dans le giron de l'organisation et de l'ordre juridique international afin que sa force exprime le droit plutôt qu'elle ne le prime. Ainsi la Cour prend-elle soin de ménager l'État défendeur en s'assurant, notamment, de ne pas empiéter sur ses prérogatives souveraines (C). Elle le fait, cependant, sans s'interdire d'énoncer une obligation stricte de résultat à la charge des États-Unis, et en rappelant subtilement au défendeur que son ordonnance est obligatoire et qu'elle fait partie du corpus juridique international qui s'impose à lui, dans l'indifférence de son organisation constitutionnelle interne (D).

A. La compétence de la Cour : existence d'un différend sur l'interprétation ou l'application de la *Convention de Vienne*

En présence d'une demande en indication de mesures conservatoires la Cour n'a pas besoin de s'assurer d'une manière définitive qu'elle a compétence au fond de l'affaire. C'est un principe établi de longue date dans la pratique de la Cour⁶³. Elle ne peut cependant indiquer ces mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée⁶⁴.

En l'espèce, les États-Unis ont affirmé qu'ils ne prétendaient pas soulever, à ce stade de l'affaire, la question de savoir si la Cour a compétence *prima facie*, tout en se réservant le droit de contester la compétence de la Cour au stade opportun de la procédure. Ainsi la Cour se contente-t-elle de noter que le Mexique invoque comme base de compétence de la Cour l'article premier du protocole de signature facultative de la *Convention de Vienne* pour estimer, sans examen véritable de la question, qu'elle a *prima facie* compétence pour connaître de l'affaire⁶⁵.

Le juge Oda, dans ce qui constitue une véritable dissidence plutôt qu'une simple déclaration⁶⁶, nous alerte toutefois sur le fait que la Cour se déclare compétente en dépit de l'absence de différend entre le Mexique et les États-Unis sur l'interprétation ou l'application de la *Convention de Vienne*, condition *sine qua non*

⁶³ Voir Shabtaï Rosenne, *The Law and Practice of the International Court-1920-1996*, La Haye/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, à la p. 1425.

⁶⁴ *Affaire Avena supra* note 56 au para. 38.

⁶⁵ *Ibid* au para. 42.

⁶⁶ Le juge Oda explique dans sa déclaration qu'il a voté en faveur de l'ordonnance pour des raisons humanitaires qui ne sauraient pourtant, selon lui, masquer son désaccord profond avec le raisonnement et la décision de la Cour de se déclarer compétente.

pour que la Cour soit saisie de l'affaire en application de l'article premier du protocole de signature⁶⁷. Il relève que les États-Unis, dans cette affaire, comme dans les affaires *Breard* et *LaGrand*, ont reconnu leur violation des dispositions de la convention de Vienne, qu'ils s'en sont excusés, et que, dès lors, il n'existe aucun véritable différend sur l'interprétation ou l'application de la convention, mais seulement sur l'application des règles secondaires déterminant la consistance de l'obligation de réparer, qui relèvent du droit coutumier et ne sont pas incluses dans la convention de 1963. Ainsi, la Cour serait-elle manifestement incompétente sur la base du seul protocole.

Cette construction est basée sur une vision très rigide de la distinction « hartienne » des règles primaires (les obligations de faire ou de ne pas faire, les droits et obligations subjectifs) et des règles secondaires, ces « règles sur les règles » qui spécifient, entre autres, les conséquences de la violation des normes primaires. Si l'on privilégie une lecture autarcique et hermétique de ces deux corps de règles, on peut alors soutenir que, le protocole facultatif de signature n'attribuant compétence à la Cour que pour connaître des questions d'interprétation et d'application des règles primaires contenues dans la convention de Vienne, la position de la Cour est non fondée en droit. C'est la position qu'ont défendue les États-Unis dans les affaires *Breard* et *LaGrand*. Dans la première notamment, ils ont fait valoir qu'il

n'exist[ait] entre les Parties aucun différend quant à l'interprétation de [...] l'article 36 de la convention de Vienne et qu'il n'en exist[ait] pas davantage quant à son application, dès lors que les États-Unis reconnaiss[aient] que la notification qu'y est prévue n'[avait] pas été effectuée.⁶⁸

La Cour a rejeté cette analyse et a considéré qu'il

exist[ait] un différend sur la question de savoir si la solution recherchée par le Paraguay figur[ait] parmi les mesures possibles en vertu de la Convention de Vienne [...] ; et qu'il s'agi[ssait] là d'un différend relatif à l'application de la convention au sens de l'article premier du protocole de signature facultative.⁶⁹

C'est une solution heureuse. Elle refuse toute compartimentalisation excessive des règles primaires et secondaires qui ferait fi des liens consubstantiels entre les deux catégories de règles. Ce faisant, elle reste fidèle à l'esprit de la théorie de Hart qui, dans son ouvrage de référence, insiste sur le fait que les règles secondaires « are all concerned with the primary rules themselves »⁷⁰.

Mais surtout, la Cour interdit une interprétation qui donnerait naissance à une situation absurde où, en présence d'une clause compromissaire du type de celle

⁶⁷ L'article premier du protocole de signature dispose que « les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de la convention relèvent de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice », [nous soulignons].

⁶⁸ *Affaire relative à la convention de Vienne sur les relations consulaires*, supra note 58 au para. 28.

⁶⁹ *Ibid.*, au para. 31.

⁷⁰ H.L.A Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, à la p. 92.

qui nous intéresse ici, il suffirait au défendeur de ne pas contester l'illicite, d'acquiescer à la violation de ses obligations internationales, pour se soustraire à sa juridiction⁷¹.

Dans notre affaire, nous l'avons vu, la Cour, prenant note de l'absence de différend sur la question de sa compétence *prima facie*, évacue rapidement la question, sans véritable examen. Comme pour répondre au juge Oda ou pour couper court à toute polémique sur sa compétence, la Cour tient toutefois à souligner plus loin dans son ordonnance, quand elle traite de la recevabilité de la requête, qu'il « existe [...] un différend entre les Parties sur les droits du Mexique et de ses ressortissants quant aux remèdes qui doivent être apportés en cas de méconnaissance par les États-Unis de leurs obligations en vertu [...] de l'article 36 de la convention de Vienne »⁷². Elle semble reprendre son raisonnement tel que développé dans l'affaire *Breard* et, à ses yeux, donc, le différend relatif aux remèdes apportés par les États-Unis à la violation de leurs obligations internationales est bien un différend relatif à l'application de la *Convention de Vienne*. Et le plaidoyer de culpabilité des États-Unis, ainsi que leurs excuses, n'interdisent finalement en rien la compétence de la Cour sur la seule base du protocole.

Elle confirme ainsi implicitement la position que la Cour permanente de Justice internationale défendait déjà en 1927 : « s'il est établi que la Cour a compétence pour connaître d'un différend portant sur une question déterminée, elle n'a pas besoin d'une base de compétence distincte pour examiner les remèdes demandés par une partie pour la violation en cause »⁷³.

B. La recevabilité de la requête : appréciation du risque d'atteinte aux droits des parties

Les mesures conservatoires ont pour objet de sauvegarder les droits des parties au différend en attendant l'arrêt par lequel la Cour tranchera définitivement le différend (ou se déclarera incompétente). Pour décider de l'opportunité de mesures conservatoires, la Cour doit être convaincue de l'imminence d'un préjudice irréparable causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire et, ainsi, du risque d'une aggravation du différend.

Pour ce faire, la Cour a, de façon constante, établi l'existence d'une exigence d'urgence pour venir justifier l'indication de mesures conservatoires. Elle le rappelle en l'espèce en soulignant que « les mesures conservatoires visées à l'article 41 du Statut sont indiquées 'en attendant l'arrêt définitif' de la Cour au fond et ne sont par conséquent justifiées que s'il y a urgence »⁷⁴.

⁷¹ Sur la position de la Cour dans l'affaire *Breard*, voir Carlo Santulli, « Une administration internationale de la justice nationale ? À propos des affaires *Breard* et *LaGrand* » (1999) 45 A.F.D.I. 101 aux p. 102-107.

⁷² *Affaire Avena supra* note 56 au para. 46.

⁷³ *Usine de Chorow (Allemagne c. Pologne)* (1927) C.P.J.I. (sér. A) n°9 à la p. 22.

⁷⁴ *Affaire Avena supra* note 56 au para. 50.

On se souvient que dans l'affaire *LaGrand*, la requête en indication de mesures conservatoires avait été déposée par l'Allemagne la veille même de la date fixée pour l'exécution de son ressortissant. La condition d'urgence était donc absolument indiscutable et la Cour avait conclu, en se contentant de noter que l'exécution de M. Walter LaGrand « porterait un préjudice irréparable aux droits revendiqués par l'Allemagne au cas particulier », que « les circonstances exig[aient] qu'elle indique de toute urgence et sans autre procédure des mesures conservatoires »⁷⁵.

La situation est tout autre dans l'affaire *Avena*. Les États-Unis ont contesté l'urgence de la situation par une double argumentation. En premier lieu, ils avancent qu'aucune date n'a encore été fixée pour l'exécution des ressortissants mexicains visés par la demande en indication de mesures conservatoires⁷⁶. En second lieu, ils font valoir que la procédure dans chacune des cinquante et une affaires concernées suit son cours et en particulier que, suite à l'affaire *LaGrand*, les États-Unis ont engagé des réformes visant à assurer, le cas échéant, un réexamen du verdict de culpabilité, par un recours aux commissions de grâce notamment, recours qui demeure ouvert, au moment où la Cour est saisie, à tous les ressortissants visés dans la demande mexicaine.

Ainsi, du fait de l'absence de date d'exécution et du fait également de l'existence de remèdes, en droit américain, autorisant un réexamen des affaires, la demande mexicaine serait prématurée⁷⁷.

La Cour rejette cette argumentation. Elle considère qu'une « bonne administration de la justice exige qu'une demande en indication de mesures conservatoires [...] soit présentée en *temps utile* »⁷⁸. Rappelant que, dans l'affaire *LaGrand*, la requête avait été déposée bien trop tard, forçant la Cour à se prononcer sans même entendre les parties, elle considère que « la circonstance que [les dates des exécutions capitales] n'aient été fixées dans aucun des cas soumis à la Cour n'est pas en soi de nature à interdire à celle-ci d'indiquer des mesures conservatoires »⁷⁹. Ce faisant, la Cour indique clairement qu'il suffit que le risque soit suffisamment avéré, sans être définitivement confirmé, pour qu'il vienne justifier l'indication de mesures conservatoires. Et dans l'esprit de la Cour, il semble qu'une demande déposée trop tôt soit bien moins préjudiciable qu'une demande déposée trop tard⁸⁰.

Toutefois, et c'est là un élément fondamental dans le raisonnement de la Cour, la Cour ne vide pas l'impératif d'urgence de tout son sens. Elle ne reçoit en

⁷⁵ *Affaire LaGrand*, *supra* note 59 aux para. 24 et 26.

⁷⁶ *Affaire Avena supra* note 56 au para. 31.

⁷⁷ *Ibid* au par 53.

⁷⁸ *Ibid* au para. 54 (nous soulignons).

⁷⁹ *Ibid*.

⁸⁰ Le Mexique a insisté, lors des exposés oraux, sur le fait que les demandes de grâce sont très souvent entendues le jour même de l'exécution, voire même, comme au Texas, dans la demi-heure précédant la mise à mort. On comprend mieux, dès lors, que la Cour n'ait pas estimé que l'existence des commissions de grâce constituait une garantie suffisante de sauvegarde des droits des ressortissants mexicains.

effet la demande mexicaine qu'à l'égard des condamnés dont l'exécution peut être raisonnablement appréciée comme imminente, soit trois ressortissant mexicains « qui risquent d'être exécutés dans les prochains mois, voire dans les prochaines semaines »⁸¹. Pour juger de l'imminence de l'exécution, la Cour se fonde sur les « règles et délais gouvernant l'exercice du droit de grâce et la fixation de la date des exécutions capitales dans plusieurs États des États-Unis »⁸². Elle considère que « les autres personnes énumérées dans la requête du Mexique, bien que se trouvant à l'heure actuelle dans le couloir de la mort, sont dans une situation différente de celle des trois personnes citées dans le paragraphe précédent de l'ordonnance » et se réserve le droit, le cas échéant et comme son règlement l'y autorise⁸³, de se saisir plus tard de leur cas pour indiquer des mesures conservatoires à leur égard avant que l'arrêt définitif ne soit rendu⁸⁴.

La Cour offre donc une interprétation équilibrée de la notion de « temps utiles », en insistant sur le fait qu'il suffit d'un risque de survenance d'un préjudice irréparable, même non définitif, pour justifier une mesure de sauvegarde, mais que ce préjudice doit être suffisamment imminent. Ce faisant, elle demeure fidèle à l'esprit qui animait les rédacteurs de la Charte lorsqu'ils ont imaginé le procédé des mesures conservatoires en tant que « technique juridique permettant de stériliser la situation entre deux parties et d'éviter une aggravation du litige »⁸⁵.

C. Conserver les droits conventionnels du Mexique sans empiéter sur les prérogatives souveraines des États-Unis

Plus encore que les affaires *Breard* et *LaGrand*, l'affaire *Avena* pose la question de l'atteinte potentielle au droit des États-Unis d'organiser leur procédure pénale de manière souveraine. Cette affaire marque en effet un changement d'ordre de grandeur par rapport aux deux affaires précédentes puisqu'en lieu et place d'un unique ressortissant paraguayen ou allemand, ce sont ici 54 ressortissants mexicains dont il s'agit. Si bien que « le demandeur conteste une *pratique* des autorités judiciaires et administratives dont ses ressortissants seraient systématiquement les victimes »⁸⁶ et non pas seulement un cas isolé ou individualisé.

Cette impression est fortement renforcée par le fait, déjà mentionné en introduction, que la procédure engagée devant la Cour mondiale fait partie d'une « offensive judiciaire » lancée par le Mexique contre les États-Unis. Dès lors, la question de l'ingérence de la Cour dans les prérogatives souveraines américaines se pose avec plus de poids encore. Les États-Unis n'ont d'ailleurs pas manqué d'insister sur ce point durant la procédure, en faisant remarquer que

⁸¹ *Affaire Avena*, *supra* note 56 au para. 55.

⁸² *Ibid* au par 54.

⁸³ Articles 75 et 76 du Règlement de la Cour.

⁸⁴ *Affaire Avena*, *supra* note 56 au para. 56.

⁸⁵ Moncef Kdhir, *Dictionnaire juridique de la Cour internationale de Justice*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 229.

⁸⁶ Philippe Weckel, « Chronique de jurisprudence internationale » (2003) 107 R.G.D.I.P. 465, à la p. 470.

l'ordonnance en indication de mesures conservatoires demandée par le Mexique constituerait une ingérence sans précédent et totalement injustifiée dans les droits souverains des États-Unis puisqu'elle irait bien au-delà de la protection des droits que le Mexique tire de la Convention.⁸⁷

Les ordonnances en indication de mesures conservatoires sont traditionnellement courtes et neutres, puisqu'il s'agit d'apporter des solutions provisoires à des situations urgentes, sans préjuger de la solution à apporter au fond du litige. L'ordonnance *Avena* est de ce point de vue tout à fait exemplaire. La Cour a en effet manifestement cherché à ménager les États-Unis et a fait preuve de beaucoup de précaution pour ne pas être taxée d'ingérence. C'est un fait vérifiable à deux égards notamment.

Tout d'abord, la Cour évite soigneusement les considérants de principe et les *obiter* généraux pour favoriser un exposé neutre des faits, un résumé sommaire des prétentions contradictoires et des développements ne touchant qu'aux questions techniques de compétence et de recevabilité. Elle ne fait que reprendre un *obiter* de l'affaire *LaGrand* où elle déclare que « les questions portées devant la Cour en l'espèce ne concernent pas le droit des États fédérés qui composent les États-Unis de recourir à la peine de mort pour les crimes les plus odieux » et qu'elle ne saurait « agir en tant que cour d'appel en matière criminelle »⁸⁸. Elle reste enfin relativement sourde à la demande du Mexique « de spécifier avec la plus grande exactitude le résultat exigé [de la part du défendeur] »⁸⁹ puisqu'elle se contente d'indiquer aux États-Unis de prendre « toute mesure pour que MM. César Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos et Osvaldo Torres Aguilera ne soient pas exécutés tant que l'arrêt définitif en la présente instance n'aura pas été rendu »⁹⁰.

Le message est clair : la Cour ne désire pas, en tous cas à ce stade de l'affaire, porter de jugement sur le choix souverain des États-Unis de recourir à la peine capitale.

Mais plus significatif encore est le rejet, par la Cour, de certaines prétentions manifestement abusives du Mexique. On pensera notamment au fait que le Mexique souhaitait l'indication de mesures conservatoires particulièrement générales puisqu'il demandait à la Cour d'indiquer que

- a) le gouvernement des États-Unis d'Amérique prenne toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte qu'aucun ressortissant mexicain ne soit exécuté;
 - b) le gouvernement des États-Unis d'Amérique prenne toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte qu'aucune date d'exécution ne soit fixée pour aucun ressortissant mexicain.⁹¹
- [Nous soulignons].

⁸⁷ *Affaire Avena*, *supra* note 56 au para. 32.

⁸⁸ *Ibid* au par 48.

⁸⁹ *Ibid* au para. 15.

⁹⁰ *Ibid* au para. 59.

⁹¹ *Ibid* au para. 18.

Ainsi le Mexique demande-t-il la suspension de toutes les exécutions visant ses ressortissants, indépendamment de la question de la violation des droits que leur confère la convention de Vienne.

La Cour relève avec insistance que la demande du Mexique, telle que formulée, excède à l'évidence l'objet du litige. Elle rappelle que

la compétence de la Cour est limitée en l'espèce au différend né entre les Parties en ce qui concerne l'interprétation et l'application de la *Convention de Vienne* pour ce qui est des personnes que le Mexique a mentionnées comme ayant été victimes d'une violation de la convention, qu'elle ne saurait par suite se prononcer sur les droits de ressortissants mexicains dont il n'est pas allégué qu'ils aient été victimes d'une violation de ladite convention.⁹²

La Cour prouve donc qu'elle est sensible à l'argumentation du défendeur et démontre qu'elle entend, dans toute procédure en indication de mesures conservatoires, protéger le droit de chacun, et non pas uniquement les droits revendiqués par le demandeur. De la sorte, elle sauvegarde les droits conventionnels du Mexique sans empiéter sur les prérogatives souveraines des États-Unis. Elle s'assure ainsi de ne pas outrepasser sa fonction judiciaire et confirme son impartialité.

D. Une obligation stricte de résultat à la charge des États-Unis

La Cour, par tous ces motifs, indique à l'unanimité les mesures conservatoires suivantes :

- a) Les États-Unis d'Amérique prendront toute mesure pour que MM. César Roberto Fierro Reyna, Moreno Ramos et Osvaldo Torres Aguilera ne soient pas exécutés tant que l'arrêt définitif en la présente instance n'aura pas été rendu;
- b) Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique portera à la connaissance de la Cour toute mesure prise en application de la présente ordonnance.⁹³

On peut remarquer un double changement terminologique par rapport aux mesures conservatoires indiquées par la Cour dans les affaires *Breard* et *LaGrand*. Le changement est subtil, certes, mais dénote un ton nouveau et la volonté claire de la Cour d'affirmer, ou de réaffirmer, aux yeux de la communauté internationale et des États-Unis, la force obligatoire de ses décisions.

En premier lieu, on observe que la Cour indique que les États-Unis « prendront » toute mesure pour empêcher l'exécution, alors qu'elle indiquait dans les

⁹² *Ibid* au para. 51.

⁹³ *Ibid* au para. 59.

deux affaires précédentes que les États-Unis « doivent prendre » toutes les mesures nécessaires. La formule semble vaguement suggérer une certitude plus grande dans l'obligation à la charge des États-Unis. Mais la version française de l'ordonnance ne permet pas de conclure de façon satisfaisante à ce sujet. Comme bien souvent, donc, il est utile de se référer à la version anglaise de l'ordonnance. Le changement terminologique y est bien plus riche en enseignements puisque dans *Avena*, la Cour indique que « the United States shall take all measures necessary [...] » là où elle indiquait dans *Breard* et *LaGrand* que « the United States should take all measures necessary [...] ». On rappellera qu'en anglais juridique, le verbe « shall » est utilisé pour signifier une obligation stricte et impérative de résultat alors que « should », signifiera plutôt une obligation conditionnelle de comportement⁹⁴. *Avena* présente donc un changement dans le degré de l'obligation pesant sur les États-Unis.

La Cour vient en fait ponctuer une très ancienne controverse sur la valeur obligatoire des ordonnances en indication de mesures conservatoires⁹⁵. Le Statut de la Cour est en effet ambigu puisqu'il prévoit 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 »⁹⁶ sans préciser s'il faut « faire prévaloir le caractère impératif du verbe 'devoir' ou le caractère permissif d'une 'indication' »⁹⁷. Les travaux préparatoires ne sont malheureusement pas plus concluants sur ce point⁹⁸.

On a longtemps affirmé le caractère non obligatoire des ordonnances en indication de mesures conservatoires, en insistant sur la nature typiquement provisoire des mesures, les déclarations souvent évasives de la Cour à cet égard⁹⁹, et la répugnance répétée des États à se conformer aux ordonnances¹⁰⁰. Mais dans l'affaire

⁹⁴ Voir *Black's Law Dictionary*, 5th ed., St. Paul, West Publishing Co., 1979, aux pp. 1233 et 1237.

⁹⁵ Sur cette controverse, voir Ake Hammarskjöld, « Quelques aspects de la question des mesures conservatoires en droit international positif » (1935) 5 *Z.a.ö.R.V.* 20 ; Jerome B. Elkind, *Interim Protection. A Functional Approach*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1981 ; Edvard Hambro, « The Binding Character of Provisional Measures of Protection Indicated by the International Court of Justice » in *Rechtsfragen der Internationalen Organisationen : Festschrift fuer Hans Wehberg*. Frankfurt, Klosterman, 1956, p. 167 ; Maurice H. Mendelson, « Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction » (1972) 36 *B.Y.I.L.* 259 ; Hugh W.A. Thirlway, « The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice » in R. Bernhardt ed., *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin, Springer-Verlag, 1994, p. 28 ; Sigheru Oda, « Provisional Measures. The Practice of the International Court of Justice » in *Fifty Years of the International Court of Justice – Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 555 ; Mariano J. Aznar-Gomez, « À propos de l'affaire relative à la convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)... » (1998) 102 *R.G.D.I.P.* 915.

⁹⁶ *Statut de la Cour internationale de Justice*, *supra* note 1, à l'art. 41 [Nous soulignons].

⁹⁷ Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^{ème} ed., Paris, L.G.D.J., 2002, à la p. 904.

⁹⁸ Voir Abdelhamid El Ouali, *Effets juridiques de la sentence internationale*, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 95 et s.

⁹⁹ Comme dans l'affaire *Nicaragua* où la Cour déclare qu'« il incombe à chaque partie de prendre sérieusement en considération les indications ainsi données », *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. Rec. 14 à la p. 144 (nous soulignons).

¹⁰⁰ Mariano J. Aznar-Gomez, *supra* note 95, aux p. 925-936.

LaGrand, la Cour a, pour la première fois, été appelée à se prononcer sur les effets juridiques des ordonnances rendues en vertu de l'article 41 du Statut. Elle a tranché cette controverse de façon catégorique, en faveur du caractère obligatoire des ordonnances, dans son arrêt du 27 juin 2001.

Prenant acte du fait que le texte français et le texte anglais ne sont pas en parfaite harmonie¹⁰¹, la Cour décide de dégager le sens de cette disposition à la lumière de l'objet et du but du traité. Elle fait valoir que le caractère obligatoire des mesures conservatoires est le seul qui puisse lui permettre de « s'acquitter de sa mission fondamentale, qui est le règlement judiciaire des différends internationaux au moyen de décisions obligatoires »¹⁰². Elle en conclut, sans réserve, que « les ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'article 41 ont un caractère obligatoire »¹⁰³.

La Cour ayant tranché de façon si catégorique le débat dans son arrêt au fond dans l'affaire *LaGrand*, il est normal qu'elle mette dorénavant en évidence la portée obligatoire de ses décisions lorsqu'elle rédige le dispositif de ses ordonnances. C'est ce qu'elle a fait en opérant ce premier changement terminologique dans l'ordonnance *Avena*...

Le second changement terminologique tient au fait que la Cour indique aux États-Unis, dans *Avena*, de prendre « toute mesure pour que [les trois ressortissants mexicains] ne soient pas exécutés » alors qu'elle avait indiqué, dans *Breard* et *LaGrand*, « toutes les mesures dont ils disposent pour que [MM. Breard et LaGrand] ne soi[ent] pas exécuté[s] »¹⁰⁴.

Là encore, le glissement terminologique n'est pas anodin. On sait que l'une des grandes difficultés qui s'est posée dans les affaires *Breard* et *LaGrand* tient au fait que, suite aux ordonnances en indication de mesures conservatoires, le Secrétaire d'État américain s'était borné à demander aux gouverneurs des États intéressés d'exercer leur pouvoir de suspension, souvent avec réticence et en présentant

¹⁰¹ En français : Article 41

1. 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.

2. En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité.

En anglais : Article 41

1. 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.

2. Pending the final decision, notice of the measures suggested shall forthwith be given to the parties and to the Security Council.

¹⁰² *Affaire relative à la convention de Vienne sur les relations consulaires (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 27 juin 2001, en ligne : C.I.J. <<http://212.153.43.18/cijwww/cdoocket/cgus/cgusframe.htm>> au para. 102.

¹⁰³ *Ibid* au para. 109.

¹⁰⁴ *Affaire relative à la convention de Vienne sur les relations consulaires, supra* note 58 au para. 41 et *Ibid* au para. 29.

l'ordonnance de la Cour comme non obligatoire¹⁰⁵. Les deux condamnés avaient en conséquence, et sans grande surprise, été exécutés aux dates prévues.

C'est qu'en réalité, le gouvernement fédéral est constitutionnellement incompétent pour faire plus, en l'état du droit américain. Ce sont les États fédérés qui sont compétents en matière criminelle. Les États-Unis n'ont d'ailleurs pas manqué de le faire valoir après que l'ordonnance *Breard* fut rendue, en prétendant que la suspension de l'exécution se trouvait entre les mains d'organes internes, fédéraux ou fédérés, et que le gouvernement fédéral ne pouvait intervenir à propos d'actes qui ne relevaient pas de sa compétence¹⁰⁶.

Le problème avec la formulation « toutes les mesures dont ils disposent » est justement qu'elle laisse entrouverte la possibilité pour les États-Unis de se justifier en faisant valoir que la simple communication de l'ordonnance aux gouverneurs compétents est précisément la seule mesure « dont ils disposent ».

En supprimant ce membre de phrase, la Cour semble donc interdire cette interprétation. Elle rappelle ainsi implicitement, discrètement, mais assurément au bon souvenir des États-Unis l'indifférence du droit international à l'égard des excuses fondées en droit interne, principe qui permet d'engager la responsabilité internationale d'un État « même dans le cas où la Constitution fédérale dénierait au gouvernement central le droit de contrôle sur les États particuliers, ou le droit d'exiger d'eux qu'ils conforment leur conduite aux prescriptions du droit international »¹⁰⁷. Et elle fait de l'obligation pesant sur les États-Unis une obligation stricte de résultat et non une simple obligation de moyens.

* * *

Dans l'arrêt *LaGrand* et dans l'ordonnance *Avena*, la Cour balaye les doutes pesant sur la valeur obligatoire des ordonnances en indication de mesures conservatoires. Cela va-t-il produire un changement dans le comportement des États-Unis à l'égard d'ordonnances qu'il a, jusqu'à ce jour, largement bafouées?

Il y a fort à parier que non. Citons simplement le gouverneur de l'État du Texas, où deux des ressortissants mexicains doivent être exécutés, qui, peu de temps après que l'ordonnance ait été publiée, a fait valoir que, « conformément à notre

¹⁰⁵ Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel, « Chronique de jurisprudence de la Cour internationale de Justice – 1998 » (1999) 126 J.D.I. 861.

¹⁰⁶ Mariano J. Aznar-Gomez, *supra* note 95 à la p. 941.

¹⁰⁷ *Successions de Hyacinthe Pellat c. États-Unis mexicains (France c. Mexique)*, 5 R.I.A.A. 536. Ce principe est aujourd'hui codifié à l'article 4 du projet d'article sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite de la CDI qui dispose : « le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement centre ou d'une collectivité territoriale de l'État ».

interprétation du droit, cette Cour [la C.I.J.] n'a aucune autorité pour nous interdire de mettre en œuvre les lois votées par notre Parlement ». En Oklahoma, où le troisième mexicain attend son exécution, l'Attorney General Miller a pour sa part déclaré : « je ne dirais pas que nous ignorons l'ordonnance de la Cour. C'est juste qu'elle ne nous affecte pas à ce jour »¹⁰⁸.

Est-ce à dire que ce type de procédure est vain? Certainement pas. Tout d'abord, il permet de cristalliser le droit dans une ordonnance obligatoire dont la violation, comme dans l'affaire *LaGrand*, engagera la responsabilité internationale des États-Unis. Si le Mexique ne parvient pas à engager la responsabilité des États-Unis sur la base de la convention de Vienne ou sur celle du droit international général, il aura dorénavant la possibilité de le faire sur la base de l'ordonnance *Avena*.

On peut imaginer un certain nombre de conséquences plus politiques également. À une époque où les États-Unis tentent, tant bien que mal, de justifier aux yeux de la communauté internationale un certain nombre de leurs actions sur la scène internationale, on peut penser qu'il n'est pas de bon aloi d'être l'objet d'une série de condamnations par la Cour mondiale, en particulier maintenant que le monde a les yeux rivés sur les 15 sages de La Haye, invités à se prononcer sur « les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé »¹⁰⁹. Peut-être les États-Unis vont-ils ainsi décider d'infléchir leur comportement à l'égard des décisions de la Cour et reconsidérer, si ce n'est sa pratique de la peine capitale, tout du moins son application des obligations internationales en matière d'assistance consulaire.

Si l'on considère enfin l'affaire *Avena* dans le contexte plus large de la campagne lancée par le Mexique contre les États-Unis pour améliorer le sort de ses ressortissants en sol américain, on ne peut oublier de mentionner la proposition faite par le Président Bush le 7 janvier 2004 visant à régulariser la situation des 8 à 12 millions d'immigrés clandestins vivant aux États-Unis, dont 70% sont mexicains¹¹⁰. La manœuvre vise, certes, à débarrasser le parti républicain de son image de parti anti-immigrants, à quelques mois des élections présidentielles. Elle rencontre toutefois probablement certaines des attentes du Mexique au moment où il a saisi la Cour internationale de Justice. De là à dire que l'ordonnance *Avena* est directement à l'origine de cette décision politique, il y a un pas que nous ne franchirons pas. Mais c'est un élément de pression qui, peut-être, commence à porter ses fruits.

¹⁰⁸ Notre traduction. En ligne : Center for International Human Rights <<http://www.law.northwestern.edu/depts/clinic/ihr>>.

¹⁰⁹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé (requête pour avis consultatif)*, Ordonnance organisant la procédure du 19 décembre 2003, en ligne: C.I.J. <<http://212.153.43.18/cijwww/cdoCKET/cmwp/cmwpframe.htm>>.

¹¹⁰ Patrick Jarreau, « George Bush propose une régularisation à des millions d'immigrés », *Le Monde* (9 janvier 2004).

III. L’Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France¹¹¹

A. Introduction

Le 17 juin 2003, la Cour internationale de Justice -ci-après « C.I.J. »- a rendu une ordonnance dans l’affaire opposant la République du Congo -ci-après « Congo »- à la France, relative à certaines procédures pénales engagées en France. L’ordonnance fait suite à la demande du Congo de prendre des mesures conservatoires face aux procédures pénales menées en France contre différents représentants du Congo. Ainsi, la requête du Congo prie la Cour de « faire ordonner la suspension immédiate de la procédure suivie par le juge d’instruction du tribunal de grande instance de Meaux »¹¹².

Il est important de resituer cette ordonnance dans le contexte dans lequel celle-ci a été rendue. En effet, l’ordonnance rendue ici par la Cour ne concerne qu’un des aspects de l’affaire opposant le Congo à la France. Le Congo a introduit une instance contre la France le 9 décembre 2002 au motif que celle-ci aurait, en premier lieu, violé le « principe de l’égalité souveraine entre tous les Membres de l’Organisation des Nations Unies » en s’attribuant une compétence universelle en matière pénale et, en second lieu, violé l’immunité pénale d’un chef d’État étranger en engageant une procédure pénale à son encontre.

L’ordonnance étudiée ici ne reflète donc que l’aspect procédural de l’affaire opposant le Congo à la France. La C.I.J. ne va en effet statuer que sur la demande de mesures conservatoires, en urgence, pour se pencher plus longuement et plus tard sur le fond de l’affaire. Ce qui montre bien que « [l]es mesures conservatoires présentent de toute façon un caractère provisoire en attendant l’arrêt définitif »¹¹³. Cette possibilité pour la Cour d’indiquer des mesures conservatoires découle de l’article 41 § 1 de son Statut : « 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 »¹¹⁴. Si les termes de cet article font planer une certaine ambiguïté sur la valeur contraignante de telles mesures, la jurisprudence de la Cour a clairement établi dans l’affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires, dite LaGrand*, leur caractère obligatoire. Ainsi, la Cour, à l’appui de la mission assignée à l’article 59 du Statut de régler judiciairement les différends internationaux au moyen de décisions obligatoires, déclare qu’

[i] ressort de l’objet et du but du Statut, ainsi que des termes de l’article 41 lus dans leur contexte, que le pouvoir d’indiquer des mesures conservatoires emporte le caractère obligatoire desdites mesures, dans la mesure où le pouvoir en question est fondé sur la nécessité, lorsque les circonstances l’exigent, de sauvegarder les droits des parties, tels que

¹¹¹ (République du Congo c. République française), ordonnance du 17 juin 2003, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org>>.

¹¹² *Ibid.* au para. 4.

¹¹³ Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public* 3^e éd., Paris, Dalloz, 1995, à la p. 430.

¹¹⁴ *Statut C.I.J.* article 41 § 1.

déterminés par la Cour dans son arrêt définitif, et d'éviter qu'il y soit porté préjudice. Prétendre que des mesures conservatoires indiquées en vertu de l'article 41 ne seraient pas obligatoires serait contraire à l'objet et au but de cette disposition.¹¹⁵

Les parties savent donc à quoi s'attendre dans le cas où la Cour ferait droit à la demande du Congo.

B. L'utilisation inédite de l'article 38 § 5 du Règlement de la Cour

Plusieurs procédures ont dû être accomplies avant que la Cour ne puisse se réunir en urgence pour statuer sur la demande en mesures conservatoires introduite par le Congo. La première procédure mérite toute l'attention que l'on peut lui porter puisque que c'est la première fois qu'elle est utilisée. Le Congo a en effet saisi la C.I.J. par le biais de l'article 38 § 5 du Règlement de la Cour. En d'autres termes, cela signifie que le Congo a saisi la Cour mondiale sans avoir préalablement consulter le gouvernement français afin de s'assurer du consentement de celui-ci à porter le différend devant la Cour. Ce fut donc à la Cour d'effectuer les démarches nécessaires pour informer la France du dépôt de la plainte et recueillir son consentement quant à la saisine de la Cour pour juger de l'affaire l'opposant au Congo, accord sans lequel la compétence de la Cour ne pouvait être établie. Cette procédure suit les indications données à l'article 38 § 5 du Règlement de la Cour qui stipule :

[I]orsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement non encore donné ou manifesté par l'État contre lequel la requête est formée, la requête est transmise à cet État. Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et aucun acte de procédure n'est effectué tant que l'État contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de la présente affaire.

Il est bon, au stade où nous nous trouvons, de rappeler que la C.I.J. ne possède qu'une juridiction facultative, c'est-à-dire qu'un État ne peut être soumis à la juridiction de la Cour sans y consentir¹¹⁶. Ce principe a été affirmé par la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale¹¹⁷ et de la C.I.J.¹¹⁸ à plusieurs reprises.

¹¹⁵ *Supra* note 102 au para. 102.

¹¹⁶ Nguyen Quoc Dinh, *supra* note 97 à la p. 895.

¹¹⁷ *Affaire des Droits des minorités en Haute-Silésie*, (1928) C.P.J.I. (sér. A) n°15, à la p. 22 : « La juridiction de la Cour dépend de la volonté des Parties ».

¹¹⁸ *Affaire de l'Or monétaire pris à Rome en 1943 (Italie c. France, Royaume-Uni et États-Unis)* [1954] C.I.J. rec. 19, à la p 32. : « La Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un État si ce n'est avec le consentement de ce dernier ».

Habituellement, la saisine de la C.I.J. se fait par le biais d'un compromis entre les parties au litige¹¹⁹. Ici, en revanche, le Congo a saisi la C.I.J. sans s'assurer antérieurement du consentement de la France à soumettre le litige à la cour mondiale ; on peut donc considérer qu'elle a « tenté sa chance » en suivant la procédure de l'article 38 § 5 plutôt que celle du compromis. Pour Philippe Weckel, « [c]e précédent devrait en tout cas inciter les États demandeurs à tenter leur chance devant la Cour en espérant une acceptation du défendeur »¹²⁰.

Néanmoins, il convient de nuancer les choses ; s'il est vrai que c'est la première fois que l'affaire va devant la Cour par ce moyen, nous n'en sommes en revanche pas aux premiers essais. Ainsi, l'article 38 du Règlement a déjà été utilisé par les États-Unis contre l'Union soviétique et ses satellites¹²¹ ou encore par le Royaume-Uni contre l'Argentine et le Chili¹²². Comme le signale Shabtaï Rosenne, « during the fifties a number of attempts were made to bring cases before the Court by means of unilateral invitation to the respondent to confer jurisdiction on the Court, contained in an application instituting proceedings »¹²³. Néanmoins, il est vrai qu'aucun des défendeurs n'a jamais accepté cette invitation et que, par conséquent, ces affaires ont été rayées du rôle de la Cour.

L'article 38 § 5 a subi d'importantes modifications au cours de la réforme que le Règlement de la C.I.J. a connue en 1978 (deuxième réforme dans l'histoire de la Cour, après celle de 1972¹²⁴). Si les quatre premiers paragraphes n'ont pas essuyé de grands changements, le cinquième retient en revanche l'attention par les modifications qui lui ont été apportées. Avant que cette réforme ne soit effectuée, le simple dépôt d'une requête suffisait à inscrire une affaire au rôle de la Cour. Dorénavant, lorsqu'un État déposera une requête contre un autre État, sans s'assurer à l'avance du consentement de celui-ci à saisir la C.I.J., l'affaire ne pourra être inscrite au rôle de la Cour. Seule l'acceptation de la juridiction de la Cour par l'État visé par la requête permettra l'inscription au rôle de l'affaire opposant les deux parties. Selon Geneviève Guyomar, l'ancienne procédure

[a]vait l'énorme désavantage d'officialiser les faits, de provoquer une publicité à certains égards regrettable et de mettre l'État contre lequel la requête était dirigée dans une position internationalement très désagréable,

¹¹⁹ Nguyen Quoc Dinh, *supra* note 97 à la p. 895 : « Dans le cadre de la juridiction facultative, la Cour est saisie en règle générale par voie de compromis, document où s'exprime le consentement des parties ».

¹²⁰ Philippe Weckel, « Chronique de Jurisprudence internationale » (2003) 107 R.G.D.I.P. 741 à la p. 742.

¹²¹ *Incident aérien du 10 mars 1953 (États-Unis c. Tchécoslovaquie)*, ordonnance 14 mars 1956, [1956] C.I.J. rec. 6 ; *Incident aérien du 7 octobre 1952 (États-Unis c. U.R.S.S.)*, ordonnance 14 mars 1956, [1956] C.I.J. rec. 9 ; *Incident aérien du 4 septembre 1954 (États-Unis c. U.R.S.S.)*, ordonnance 9 décembre 1958, [1958] C.I.J. rec. 158 ; *Incident aérien du 7 novembre 1954 (États-Unis c. U.R.S.S.)*, ordonnance 7 octobre 1959, [1959] C.I.J. rec. 276.

¹²² *Antarctique (Royaume Uni c. Argentine)*, ordonnance 16 mars 1956, [1956] C.I.J. rec. 12 ; *Antarctique (Royaume Uni c. Chili)*, ordonnance 16 mars 1956, [1956] C.I.J. rec. 15.

¹²³ Shabtaï Rosenne, *The World Court, What It Is and How It Works*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, à la p. 88.

¹²⁴ Geneviève Guyomar, « La révision du règlement de la Cour internationale de Justice » (1973) 77 R.G.D.I.P. 751, à la p. 751.

surtout lorsque, comme il arrivait le plus souvent, celui-ci refusait absolument de plaider devant la Cour.¹²⁵

Shabtaï Rosenne a une vision plus nuancée qui consiste à dire que l'ancienne procédure de l'article 38 § c recelait « new possibilities in opening up ways of access to the Court »¹²⁶. Néanmoins, il est vrai que cette possibilité ouvrait le champ à des manœuvres politiques, voire politiciennes : « some regarded this type of proceeding as politically motivated and an abuse of Court procedures »¹²⁷. C'est pourquoi la nouvelle rédaction de l'article 38 § 5 semble être plus consensuelle, puisque, « tout en laissant à l'État intéressé la possibilité d'accepter s'il le souhaite la compétence de la Cour, [elle supprime] la majeure partie de ces inconvénients »¹²⁸.

Une seconde procédure a du être suivie avant que la Cour ne puisse statuer sur la demande en mesures conservatoires. Le Congo a, en effet, procédé à la nomination d'un juge *ad-hoc* de nationalité congolaise, usant ainsi du droit conféré par l'article 31 § 2 du Statut de la C.I.J., qui prévoit les cas où la Cour ne compterait pas de juge de même nationalité qu'une des parties à l'instance¹²⁹. Ces procédures une fois remplies, la C.I.J. a pu se pencher sur la demande en indication de mesures conservatoires adressée par le Congo en raison des procédures pénales engagées à l'encontre de divers représentants de l'autorité congolaise.

C. L'origine du différend : des procédures judiciaires internes contestées

Les procédures ont été engagées en France à la suite de plaintes déposées par des associations de défense des droits de l'homme (la Fédération internationale des ligues de droits de l'Homme – ci-après « FIDH »-, la ligue des droits de l'Homme et du citoyen, et l'Observatoire congolais des droits de l'Homme) auprès du tribunal de grande instance de Paris. Ces associations accusent le président du Congo, Monsieur Denis Sassou Nguesso, le ministre de l'intérieur de la sécurité publique et de l'administration du territoire, le général Pierre Oba, l'inspecteur général des forces armées, le général Norbert Dabira, ainsi que le commandant de la garde présidentielle, le général Blaise Adoua d'avoir commis des crimes contre l'humanité et des actes de torture contre des personnes de nationalité congolaise, sur le territoire congolais¹³⁰. D'après la FIDH,

¹²⁵ Geneviève Guyomar, « Le nouveau règlement de procédure de la Cour internationale de Justice » (1978) 24 A.F.D.I. 321, à la p 324.

¹²⁶ Rosenne, *supra* note 123 à la p. 88.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Guyomar, *supra* note 125 à la p 324.

¹²⁹ *Statut de la C.I.J.*, *supra* note 1 art. 31 § 2 : « Si la Cour compte sur le siège un juge de la nationalité d'une des parties, toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge. Celle-ci devra être prise de préférence parmi les personnes qui ont été l'objet d'une présentation en conformité des Articles 4 et 5 ».

¹³⁰ *L'affaire des disparus du Beach*, Groupe d'Action Judiciaire de la FIDH n°1, en ligne : Fédération internationale des droits de l'homme <<http://www.fidh.org/afriq/dossiers/sassou/>> à la p. 4.

[e]ntre le 5 et le 14 mai 1999 des disparitions à grande échelle ont eu lieu à l'encontre de personnes qui, réfugiées dans la région du Pool ou en République Démocratique du Congo, revenaient vers Brazzaville par le port fluvial, suite à la signature d'un accord tripartite entre le République Démocratique du Congo, la République du Congo et le Haut Commissariat aux réfugiés (HCR) définissant un couloir humanitaire censé garantir leur sécurité. Cependant, c'est à leur arrivée à Brazzaville que des agents publics les ont arrêtés pour interrogatoire et que plus de cinquante personnes ont dispar[u] entre le 5 mai et plus de deux cents le 14 mai 1999.¹³¹

Ces accusations remontent aux événements de la troisième guerre civile qui a déchiré le Congo en 1998. À cause de ce conflit, des centaines de milliers de personnes ont cherché refuge en République démocratique du Congo. Selon Philippe Weckel, il est important de souligner

la gravité de ces allégations qui, si elles étaient vérifiées, révéleraient une violation grave du droit international humanitaire, mais aussi un comportement dolosif de l'État qui aurait utilisé un engagement international sanctionné par l'ONU pour capturer et liquider les réfugiés. Il ne fait guère de doute que cet élément serait qualifié de circonstance aggravante devant une juridiction pénale internationale qui ne manquerait pas d'envisager une responsabilité indirecte du Président de la République, voire son implication directe.¹³²

Ces plaintes ont été transmises par le procureur de la République du tribunal de grande instance de Paris au procureur du tribunal de grande instance de Meaux, lieu de résidence de l'inspecteur général des forces armées, Norbert Dabira. À la suite de l'information qui a été ouverte par le juge d'instruction de Meaux, le général Dabira a été placé en garde à vue et interrogé par des officiers de police judiciaire en mai 2002, puis par le juge d'instruction deux mois plus tard, en qualité de témoin assisté. Cette notion de témoin assisté a été expliquée par la France comme ne visant pas « un simple témoin mais, dans une certaine mesure, un suspect, qui bénéficie à ce titre de certains droits procéduraux (assistance d'un avocat, accès au dossier de la procédure) dont ne jouit pas un témoin ordinaire »¹³³. À la suite de ces deux auditions, le général Dabira a finalement été convoqué pour être mis en examen le 11 septembre 2002 ; néanmoins, ce dernier, rentré au Congo et suivant les ordres de sa hiérarchie, a refusé de se présenter à cette convocation. Par conséquent, le juge d'instruction a délivré à son encontre un mandat d'amener, le 16 septembre 2002¹³⁴.

¹³¹ *Ibid* à la p. 2.

¹³² Weckel, *supra* note 120 à la p. 743.

¹³³ *Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France*, *supra* note 112 à la p. 4 au para. 14.

¹³⁴ Voir pour un résumé complet de la procédure : *L'affaire des disparus du Beach*, *supra* note 130 à la p. 4 et les *Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France* *supra* note 112 aux para. 10 à 16 de l'ordonnance de la C.I.J..

En outre, au cours d'une visite officielle en France du président de la République du Congo, Monsieur Sassou Nguesso, le juge d'instruction a fait savoir qu'il souhaiterait entendre ce dernier comme témoin dans l'affaire Dabira. Néanmoins, cette procédure n'a pas été menée à son terme, sous l'influence du Ministère des affaires étrangères français¹³⁵.

Les deux autres représentants de l'autorité congolaise, c'est-à-dire le ministre de l'intérieur, le général Pierre Oba et le commandant de la garde présidentielle, le général Blaise Adoua, n'ont quant à eux pas fait l'objet de procédures pénales françaises.

Face à ces événements, le Congo a donc introduit une instance contre la France visant au fond à

faire annuler les actes d'instruction et de poursuites accomplies par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris, le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Meaux, et les juges d'instruction de ces tribunaux.¹³⁶

En outre, le Congo demande à la Cour, à titre de mesure conservatoire, « [d']ordonner la suspension immédiate de la procédure suivie par le juge d'instruction du tribunal de grande instance de Meaux »¹³⁷.

D. Le cœur de l'ordonnance : l'éventualité d'un préjudice irréparable

L'article 41 attribue à la Cour le droit d'indiquer des mesures conservatoire afin de préserver les droits des parties jusqu'à ce qu'elle rende sa décision sur le fond de l'affaire. Deux conditions doivent être réunies pour que la Cour puisse délivrer de telles mesures. Ainsi, « [l]a Cour doit être convaincue de l'imminence d'un préjudice irréparable et du risque d'une aggravation du différend »¹³⁸. Si dans certaines affaires où ces conditions semblent d'emblée être réunies¹³⁹ la Cour n'hésite pas à recourir aux mesures conservatoires, ce recours n'est cependant pas systématique. Ainsi, dans plusieurs affaires, la Cour a préféré « espérer un apaisement de la tension entre les parties » grâce au vote de résolutions par le Conseil de Sécurité des Nations Unies¹⁴⁰.

¹³⁵ *Infra* à la note 44.

¹³⁶ *Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France*, *supra* note 111 au para. 2.

¹³⁷ *Ibid.* à la p. 2 para. 4.

¹³⁸ Nguyen Quoc Dinh, *supra* note 97 à la p. 904.

¹³⁹ Voir par exemple, les *Affaires relatives à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-herzégovine c. Yougoslavie)* Ordonnances des 8 avril et 13 septembre 1993, [1993] C.I.J. rec. 3 à la p. 325, *l'Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires*, *supra* note 102.

¹⁴⁰ Voir *l'Affaire du Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, Ordonnance du 11 septembre 1976 [1976] C.I.J. rec. 3 ou bien encore *l'Affaire de l'incident aérien de Lockerbie (Libye c. Royaume-Uni)*, Ordonnance du 14 avril 1992 [1992] C.I.J. rec. 114.

Comme préjudice, le Congo invoque plusieurs violations par la France du droit international. Ainsi, le Congo déclare d'abord que les procédures engagées en France violent le principe de droit pénal *non bis in idem* puisque des procédures reposant sur des faits similaires ont déjà été engagées au Congo. Il déclare ensuite qu'il y a également violation du principe de subsidiarité devant être appliqué aux procédures pénales internationales¹⁴¹.

En outre, les procédures pénales menées en France portent, aux yeux du demandeur, atteinte à l'image internationale du Congo. Selon le Congo,

l'information en cause trouble les relations internationales de la République du Congo par la publicité que reçoivent, au mépris des dispositions de la loi française sur le secret de l'instruction, les actes accomplis par le magistrat instructeur, lesquels portent atteinte à l'honneur et à la considération du chef de l'État, du ministre de l'intérieur et de l'inspecteur général de l'armée, et ; par là, au crédit international du Congo. De plus elle altère les relations traditionnelles d'amitié franco-congolaise. Si cette procédure délétère devait se poursuivre, le dommage deviendrait irréparable.¹⁴²

En plus du préjudice causé « à l'honneur et à la considération des plus hautes autorités du Congo »¹⁴³, la poursuite des procédures pénales en France contiendrait également un risque pour la stabilité interne du pays¹⁴⁴.

Pour le juge congolais Cara, toutes les conditions sont réunies dans cette affaire pour amener la Cour à indiquer des mesures conservatoires. Le préjudice irréparable est constitué par le déficit que subit l'image internationale et interne du Congo; il y a urgence à empêcher toute incarcération d'un représentant du Congo et l'aggravation consiste en la simple existence de l'acte de procédure français qui recèle en lui la possibilité de causer, à tout moment, un préjudice supplémentaire¹⁴⁵.

Le but des mesures conservatoires consiste à préserver les droits d'une des parties à l'instance qui pourraient lui être ultérieurement reconnus au fond¹⁴⁶. Or les droits au fond que revendique le Congo sont « en premier lieu, le droit à ce qu'un État, en l'occurrence la France, s'abstienne d'exercer une compétence universelle en matière pénale de manière contraire au droit international et, en second lieu, le droit au respect par la France des immunités conférées par le droit international »¹⁴⁷. Il

¹⁴¹ *Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France*, supra note 111 au para. 25.

¹⁴² *Ibid.* au para. 26.

¹⁴³ *Ibid.* au para. 27.

¹⁴⁴ *Ibid.* au para. 27.

¹⁴⁵ *Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France* supra note 112, Opinion dissidente de M. de Cara à la p. 15.

¹⁴⁶ Voir entre autres Maurice H. Mendelson, « Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction » (1972) 46 B.Y.I.L. 259 et Sigheru Oda, « Provisional Measures. The Practice of the International Court of Justice » in *Fifty Years of the International Court of Justice – Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 à la p. 555.

¹⁴⁷ *Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France* supra note 111 au para. 28.

apparaît donc que le préjudice irréparable dont se prévaut le Congo ne s'applique pas aux droits qui pourraient être reconnus par l'instance au fond. En effet, le préjudice irréparable mentionné par le Congo concerne le crédit international et la stabilité interne du pays, ce qui n'est pas comparable avec les droits prétendument violés au fond de l'affaire.

La Cour admet cependant qu'un préjudice irréparable causé à l'image du pays et à celle de ses plus hautes autorités pourrait avoir un impact sur les droits prétendument violés au fond de l'instance. Néanmoins, la Cour déclare ne pouvoir prendre en considération cet impact puisque aucune preuve ne lui a été fournie à ce sujet : « aucun élément tendant à prouver l'existence d'un préjudice ou d'une menace de préjudice grave de cette nature n'a été versé au dossier »¹⁴⁸.

Certains juges de la C.I.J. ont exprimé des réserves à l'encontre de ce raisonnement. Pour les juges Koroma et Vereshchetin, la Cour dans son ordonnance n'a pas donné toute son amplitude au terme « circonstances » présent dans l'article 41 du Statut. Si l'article 41 mentionne, en effet, la préservation des droits des parties, il ne saurait être bon de limiter ces droits aux seuls droits à l'instance. Autrement dit, il ne s'agirait pas seulement d'établir si les droits sont menacés d'un préjudice irréparable, mais encore faudrait-il prendre en considération les conséquences qui pourraient découler de la violation de ces droits. Ainsi, les juges expliquent que « the indication of provisional measures may become necessary not so much in view of the imminence of irreparable harm to the claimed rights, but rather because of the risk of grave consequences of their violation »¹⁴⁹. Et la Cour de conclure,

[o]ur contention is that when considering a request for interim measures of protection, the Court should consider all relevant aspects of the matter before it, including the extent of the possible harmful consequences of the violation of the claimed right.¹⁵⁰

Il faut noter que le juge congolais Cara partage la même vision que les juges Koroma et Vereshchetin puisqu'il indique, dans son opinion dissidente, qu'il est nécessaire « de considérer l'ensemble des conséquences que la violation alléguée des droits du Congo peut entraîner »¹⁵¹. En effet, selon lui, « la publicité qui entoure des faits de torture ou de disparitions forcées suscite inévitablement le soupçon dès lors qu'est mis en cause un chef d'État africain au sortir d'une série de guerres civiles cruelles »¹⁵². Aux yeux du juge Cara, en Afrique, où le sentiment d'appartenance à un groupe relève plus souvent de l'ethnie que de la nation, le chef d'État a un rôle très important puisqu'il « identifie le groupe, il incarne la volonté nationale, il exerce une

¹⁴⁸ *Ibid.* au para. 29.

¹⁴⁹ *Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France* supra note 111, Joint separate opinion of judges Koroma and Vereshchetin au para. 26.

¹⁵⁰ *Ibid.* au para. 8.

¹⁵¹ *Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France* supra note 111, Opinion dissidente du juge *ad hoc* M. de Cara, à la p. 1.

¹⁵² *Ibid.* à la p. 6.

fonction ‘solidarisante’, il symbolise l’existence de la nation »¹⁵³. Ainsi, toute atteinte à l’honneur du chef de l’État pourrait mettre en péril le pays tout entier et constituerait donc un préjudice irréparable, et « une fois le gouvernement ébranlé, une décision ultérieure de la Cour faisant droit à la demande du Congo pourrait être tardive »¹⁵⁴.

Il est vrai que la C.I.J. n’a pas pris en considération le préjudice relatif au crédit international du Congo et à l’image de ces représentants. Peut-être aurait-elle dû étudier avec plus d’attention les conséquences que les procédures françaises étaient susceptibles d’entraîner sur la paix interne du pays. Mais au-delà de l’argument soulevé par la C.I.J. qui consiste à dire qu’aucune preuve n’a été fournie à ce sujet par le Congo, il faut se demander si de telles allégations sont plausibles. En effet, le juge Cara parle à plusieurs reprises du risque que la France fait peser sur tout le pays en portant atteinte à la réputation du chef de l’État¹⁵⁵. Cependant il ne faut pas oublier que des procédures pénales sont menées de façon parallèle au sein du Congo lui-même, relativement aux disparus de Beach. Le juge Cara parle lui-même de ces procédures en plaidant la suspension des procédures françaises au nom, entre autre, du respect du principe *non bis in idem*. Ainsi, la vraie question que l’on doit se poser concerne la véracité de l’argument selon lequel ce sont les procédures françaises, et non congolaises, qui mettent en péril la paix civile du pays. Ne pouvons-nous pas arguer que les procédures congolaises paraissent aussi dangereuses pour la paix interne du pays que les procédures menées en France ? Comme le dit Philippe Weckel,

[o]n comprend mal pourquoi l’activité des juges de Meaux porterait atteinte au crédit du Chef de l’État congolais, risquerait de provoquer une guerre civile etc., alors que l’information menée par le Juge Patrice Nzouala n’aurait pas de telles incidences.¹⁵⁶

De son propre chef, la Cour procède ensuite à l’examen d’un préjudice irréparable qui aurait été causé aux droits relevant du fond de l’affaire, c’est-à-dire ceux reliés à la compétence universelle et des immunités. Elle commence par analyser les procédures pénales engagées en France à la lumière de la question des immunités. La Cour se penche sur le cas du président Sassou Nguesso. Elle retrace les différentes étapes procédurales engagées par les autorités françaises. La Cour constate effectivement que l’article 656 du Code de procédure pénale français prévoit la possibilité de demander à un représentant d’une puissance étrangère une déposition écrite. Néanmoins, cette demande doit passer par l’entremise du ministère français des affaires étrangères et doit être acceptée par la puissance étrangère. En l’espèce, le juge d’instruction français a bien adressé au ministère des affaires étrangères une demande de déposition écrite ; en revanche, cette demande n’a pas ensuite été transmise aux autorités congolaises. En conséquence, la Cour déclare que « dès lors,

¹⁵³ *Ibid.* à la p. 12.

¹⁵⁴ *Ibid.* à la p. 13.

¹⁵⁵ *Ibid.* aux pp. 1, 6, 8, 9, 12, 13.

¹⁵⁶ Weckel, *supra* note 120 à la p. 745.

les procédures en cours n'ont causé et ne sauraient causer aucun dommage au Congo du fait de violations des immunités du président Sassou Nguesso »¹⁵⁷.

En outre, la C.I.J. note que le droit français, par sa jurisprudence, consacre le principe coutumier de droit international relatif à l'immunité des chefs d'État et que le gouvernement français reconnaît « que le président Sassou Nguesso bénéficie, en tant que chef d'un État étranger, d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales »¹⁵⁸. Ce principe de l'immunités des chefs d'État peut être illustré par l'affaire Yerodia¹⁵⁹. Dans cet arrêt, la Cour consacre l'immunité des hauts représentants de l'État en affirmant

qu'il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales.¹⁶⁰

Cette vision des immunités est partagée par les juridictions françaises, comme le montre la jurisprudence de la Cour de Cassation. Ainsi, dans son arrêt du 13 mars 2001 relatif à l'affaire Kadhafi, la Haute Cour casse et annule un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait décidé que

l'immunité ne couvre que les actes de puissance publique ou d'administration publique accomplis par le chef de l'État, à condition qu'ils ne soient pas considérés comme des crimes internationaux ; Qu'il en résulte qu'aucune immunité ne saurait couvrir des faits de complicité d'homicides volontaires et de destruction de biens par substance explosive ayant entraîné la mort.¹⁶¹

Selon la Cour de Cassation,

en se prononçant ainsi, alors qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en soit la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étrangers en exercice, la chambre d'accusation a méconnu le principe susvisé.¹⁶²

Il est donc clair que la jurisprudence française est en accord avec le droit international sur la question des immunités.

De ce raisonnement relatif au président Sassou Nguesso, la Cour tire un parallèle avec le ministre de l'intérieur, le général Oba, et déclare qu'il n'existe « aucun risque de préjudice irréparable justifiant l'indication d'urgence de mesures conservatoires »¹⁶³.

¹⁵⁷ *Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France*, supra note 111 au para. 31.

¹⁵⁸ *Ibid.* au para. 33.

¹⁵⁹ *Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org>>.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Paris, 20 octobre 2000, reproduit dans (2000) 104 R.G.D.I.P. 475, à la p. 476.

¹⁶² Cass. Crim. 1^{ère} et 2^{ème} Sections réunies, 13 mars 2001, reproduit dans (2001) R.G.D.I.P. 2001 474 à la p. 474.

¹⁶³ *Affaire relative à certaines procédures pénales engagées en France*, supra note 111 au para. 35.

En second lieu, la C.I.J. examine le risque d'un préjudice irréparable concernant la violation alléguée par le Congo du droit international par la France du fait de son attribution unilatérale d'une compétence universelle en matière pénale. En ce qui concerne le président Sassou Nguesso, le général Oba et le général Adoua, ces trois représentants de l'autorité congolaise n'étant pas menacés actuellement par des actes de procédures, aucune mesure conservatoire des droits du Congo ne s'impose de façon urgente.

En revanche, en ce qui concerne le général Dabira, les actes de procédure français ont eu une incidence sur sa situation juridique puisque celui-ci a été placé en garde-à-vue, puis, ne s'étant pas présenté à la dernière convocation en date du juge d'instruction français, celui-ci a délivré à son encontre un mandat d'amener. Néanmoins, le Congo n'a pas démontré quelle incidence cette situation juridique du général Dabira avait sur les droits dont il se prévaut. En conséquence, la Cour déclare que les circonstances « ne sont pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer, en vertu de l'article 41 du Statut, des mesures conservatoires »¹⁶⁴.

* * *

Au-delà de la demande en mesures conservatoires, l'affaire opposant le Congo à la France est prometteuse. Elle semble en effet constituer la suite de l'affaire qui avait opposé la République démocratique du Congo à la Belgique au sujet, entre autre, de la compétence universelle¹⁶⁵. Dans cette précédente affaire, les lois belges permettaient l'ouverture d'une procédure pénale alors même qu'aucune des personnes inculpées ne se trouvaient sur le territoire belge. C'était donc une compétence universelle *in absentia* que les lois belges avaient instaurée¹⁶⁶. En revanche, dans l'affaire qui nous concerne ici, la compétence universelle que prétend exercer la France n'est pas de nature aussi extraterritoriale puisqu'elle ne s'applique qu'aux personnes qui se trouveraient sur le territoire français. Cette compétence en matière pénale n'est donc pas aussi révolutionnaire que celle alors offerte par les lois belges¹⁶⁷. D'autant plus qu'il faut rappeler que la convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, à laquelle la France est partie, fait jouer dans son article 5, la possibilité pour chaque État signataire d'exercer sa compétence « dans le cas où l'auteur présumé [desdites infractions] se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas »¹⁶⁸. Le texte de la Convention ouvre donc la porte à la compétence universelle ; il reste à espérer que la Cour respecte l'essence de ce texte.

¹⁶⁴ *Ibid.* au para. 41.

¹⁶⁵ *Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, supra* note 159.

¹⁶⁶ Loi de 1993 telle que modifiée par la *loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire*, en ligne : Centre de droit international de l'Université Libre de Bruxelles <<http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/legislation.html>>.

¹⁶⁷ Voir l'analyse sur les récentes modifications réduisant la portée de ces lois, en ligne : Centre de droit international de l'Université Libre de Bruxelles <<http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/legislation.html>>.

¹⁶⁸ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Rés. AG 39/46, Doc. Off. AGNU, 39^e sess., supp. n° 51, Doc. NU A/39/51(1984) à l'art. 5.