

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional



COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

José Joaquín Caicedo Demoulin

Volume 22, numéro 2, 2009

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068699ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068699ar>

[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

Caicedo Demoulin, J. (2009). COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 22(2), 137–229.
<https://doi.org/10.7202/1068699ar>

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

*José Joaquín Caicedo Demoulin**

L'année 2009 a tout d'abord vu la Cour internationale de justice (« la Cour », ou CIJ) modifier le 30 janvier les instructions de procédure III et VI, et promulguer la nouvelle instruction de procédure XIII. Ces modifications ont principalement pour but d'améliorer le déroulement des procédures et notamment de les accélérer en demandant expressément aux parties de veiller à ce que leurs écritures soient aussi concises que possible, dans des limites compatibles avec une présentation exhaustive de leurs positions, et de veiller similairement à ce que les plaidoiries soient aussi brèves que possible¹.

En outre, la Cour a également élu, le 6 février 2009, un nouveau président, Monsieur Hisashi Owada (Japon) ainsi qu'un vice-président, Monsieur Peter Tomka (Slovaquie)². La Cour a également élu les nouveaux les membres de la Chambre de procédure sommaire et de la commission administrative et budgétaire de la Cour³.

En matière d'activité judiciaire, face à l'absence d'affaires enregistrées lors de l'exercice 2007, et la recrudescence de l'année 2008 avec six affaires, l'année 2009 fait figure d'année classique, dans la norme haute, avec trois affaires enregistrées⁴.

Le 31 décembre 2009, le rôle de la Cour comptait ainsi dix-sept affaires pendantes⁵. Entre le 2 mai 1947 et le 31 décembre 2009, cent quarante-six affaires ont été inscrites au rôle de la Cour. La stabilité de l'activité judiciaire de la Cour est confirmée par les quatre décisions qui ont été rendues en 2008, dont trois feront l'objet d'un commentaire dans la présente chronique⁶.

Julien Fouret

* Avocat aux Barreaux de Paris et de Colombie. Docteur en droit (Université Paris I); Docteur en jurisprudence (Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá, Colombie); D.E.A. en droit international et organisations internationales (Université Paris I Panthéon-Sorbonne); D.E.A. en philosophie du droit (Université Paris II Panthéon-Assas). L'auteur peut être contacté à jcaicedo@mayerbrown.com.

¹ Voir CIJ, Communiqué 2009/8, (30 janvier 2009), en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/presscom/files/2/14982.pdf>.

² Voir CIJ, Communiqué 2009/11, (6 février 2009), en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/presscom/files/8/15008.pdf>.

³ Voir CIJ, Communiqué 2009/12, (10 février 2009), en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/presscom/files/9/15049.pdf>.

⁴ *Compétence judiciaire et exécution des décisions en matière civile et commerciale (Belgique c. Suisse)* [2009], en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/docket/files/145/15766.pdf>; *Certaines questions en matière de relations diplomatiques (Honduras c. Brésil)* [2009], en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/docket/files/147/15586.pdf>; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)* [2009], en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/docket/files/144/15051.pdf>. Pour de plus amples informations sur ces affaires, CIJ, en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=2>.

⁵ Concernant l'évolution des affaires aux rôles, on pourra se référer aux neuf chroniques précédentes.

⁶ Seule l'affaire *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)* ne fera pas l'objet d'un commentaire car un article sur le sujet est déjà présent dans le présent numéro de la revue : Paul von Mühlendahl, « L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire de la Délimitation maritime en mer Noire : l'aboutissement d'un processus vieux de quarante ans ? » 22.2 R.Q.D.I. 1 [à paraître en 2011] à la p. 1.

I. *Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*⁷

Le 28 mai 2009 la Cour a rejeté la *Demande en indication de mesures conservatoires présentée par le Gouvernement du Royaume de Belgique*⁸ déposée le 19 février 2009 contre la République du Sénégal. La Demande était présentée dans le cadre d'une instance visant un jugement déclaratoire aux termes duquel il serait reconnu que le Sénégal a le devoir, en vertu des articles 5 et 7 de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*⁹, de poursuivre l'ex-président du Tchad Hissène Habré pour certains crimes contre l'humanité et les crimes de torture qui lui sont imputés.

La Demande de la Belgique fut présentée à la suite des déclarations publiques du président sénégalais menaçant de relâcher Monsieur Habré, réfugié au Sénégal depuis 1990, si la communauté internationale ne finançait pas les poursuites au Sénégal. Comme l'a souligné un commentateur de l'ordonnance de la Cour, « [l']affaire H. Habré semble ainsi débiter sur un différend financier mais derrière ce "rideau de fumée" [...], se cache un problème aux racines plus profondes »¹⁰. En effet, la Demande était le fruit d'une véritable saga judiciaire qui peut être résumée comme il suit :

– Le 3 février 2000, un juge d'instruction sénégalais, à la suite d'une plainte déposée par sept ressortissants tchadiens résidant au Tchad, avait inculqué Monsieur Habré pour complicité d'actes de torture.

– Le 4 juillet 2000, à la suite de déclarations du président sénégalais opposées à la poursuite de Monsieur Habré¹¹, cette inculpation a été annulée par la Cour d'appel de Dakar pour incompétence du juge saisi¹². Cet arrêt a été confirmé le 20 mars 2001 par la Cour de cassation du Sénégal au motif «

⁷ *Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Ordonnance du 28 mai 2009, [2009], en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/docket/files/144/15148.pdf> [*Belgique c. Sénégal*].

⁸ *Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, « Demande en indication de mesures conservatoires présentée par le Gouvernement du Royaume de Belgique » (17 février 2009) en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/docket/files/144/15055.pdf> [« Demande »].

⁹ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, 1465 R.T.N.U. 85 (entrée en vigueur : 26 juin 1987) [*Convention contre la torture*].

¹⁰ Mélanie Dubuy, « Rejet par la CIJ de la demande de la Belgique d'imposer des mesures conservatoires d'urgence relatives au maintien en résidence surveillée de H. Habré » (2009) 190 *Sentinelles*, en ligne : SFDI <www.sfdi.org/actualites/a2009/Sentinelles%20190.htm#senegal> au para. 3 [Rejet par la CIJ].

¹¹ Des rapporteurs spéciaux de l'Organisation des Nations Unies ont soulevé des doutes sur l'indépendance des tribunaux sénégalais chargés de l'affaire à l'égard du gouvernement. Voir Communiqué de presse du 2 août 2000, dans : *Suleymane Guengueng et autres c. Sénégal*, Doc. Off. CAT NU, 36^e sess., Communication 181/2001, *Convention contre la torture* Doc. CAT/C/36/D/181/2001.(2006), en ligne : HCDHNU <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/CAT.C.36.D.181.2001.Fr?Opendocument>> au para. 2.5 [Communication 181/2001].

¹² *Ibid.* La Communication 181/2011 indique aussi que : « les juridictions sénégalaises ne peuvent connaître des faits de torture commis par un étranger en dehors du territoire sénégalais quelque soit les nationalités des victimes ».

[q]u'aucun texte de procédure ne reconnaît une compétence universelle aux juridictions sénégalaises en vue de poursuivre et de juger [...] lorsque ces faits ont été commis hors du Sénégal par des étrangers ; que la présence au Sénégal d'Hissène Habré ne saurait à elle seule justifi[er] les poursuites intentées contre lui »¹³.

— En réaction à la décision de la Cour de cassation sénégalaise, des victimes belges d'origine tchadienne et des ressortissants tchadiens avaient déposé des plaintes auprès des juges belges contre Monsieur Habré pour actes de torture et crimes contre l'humanité¹⁴, notamment en vue d'obtenir son extradition vers la Belgique¹⁵. En même temps, les sept ressortissants tchadiens à l'origine des actions au Sénégal avaient introduit une plainte contre le Sénégal auprès du Comité contre la torture (CAT)¹⁶ visant à ce que celui-ci constate la violation de la *Convention contre la torture* par le Sénégal.

— Le 19 septembre 2005, à la suite de la levée de toute immunité de juridiction de Monsieur Habré par le Tchad¹⁷, un juge d'instruction belge, invoquant la compétence personnelle passive prévue par la législation belge¹⁸, a délivré un mandat d'arrêt à l'encontre de Monsieur Habré pour « violations graves du droit humanitaire international », ainsi qu'une demande d'arrestation immédiate adressée aux autorités sénégalaises par le biais d'Interpol. Les autorités belges ont en outre adressé au Sénégal une demande officielle d'extradition¹⁹.

¹³ *Ibid.* au para. 2.7. Voir par ex. Antonella Sampo, « Compétence universelle : la Belgique lance un mandat d'arrêt international contre l'ex Président tchadien Hissène Habré », (2005) 36 *Sentinelle*, en ligne : SFDI <www.sfdi.org/actualites/Sentinelle%2036.htm#habre>.

¹⁴ Les plaignants avaient invoqué la loi belge sur la compétence universelle. Au mois d'août 2003, le parlement belge a abrogé la loi de compétence universelle. Les modifications introduites n'ont en rien affecté le cas de Monsieur Habré puisque l'instruction avait déjà commencé et que des victimes de nationalité belge avaient porté plainte. Voir Requête des parties civiles au Ministre de la Justice concernant l'application de la loi de compétence universelle modifiée au cas Habré (8 mai 2003), en ligne : HRW <www.hrw.org/legacy/french/press/2003/tchad0603.htm>.

¹⁵ Human Rights Watch, « L'ancien dictateur du Tchad Hissène Habré inculpé en Belgique » (29 septembre 2005), en ligne : Libération Afrique <http://www.liberationafrique.org/IMG/article_PDF/article_855.pdf>

¹⁶ Le 17 mai 2006, le CAT a décidé que le Sénégal avait violé la *Convention contre la torture* et lui rappelait qu'il était de son obligation de mettre son droit interne en conformité avec cette Convention. *Communication 181/2001*, *supra* note 11 aux para. 9.1-11.

¹⁷ Lettre du Ministre de la Justice de la République du Tchad au juge Fransen, 7 octobre 2002, en ligne : HRW <<http://www.hrw.org/legacy/french/press/2002/tchad1205a.htm>>.

¹⁸ Aux termes de l'article 10 du Code d'instruction criminelle de la Belgique, « pourra être poursuivi en Belgique l'étranger qui aura commis hors du territoire du Royaume [...] [u]n crime contre un ressortissant belge, si le fait est punissable en vertu de la législation du pays où il a été commis d'une peine dont le maximum dépasse cinq ans de privation de liberté », en ligne : JUSTEL <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi.pl>.

¹⁹ Antonella Sampo, « Compétence universelle : la Belgique lance un mandat d'arrêt international contre l'ex-président tchadien Hissène Habré », (2005) *Sentinelle*, en ligne : SFDI <<http://www.sfdi.org/actualites/Sentinelle%2036.htm#habre>>. Le mandat d'arrêt international à l'encontre de Hissène Habré inculpe ce dernier d'actes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre, tortures et autres graves violations du droit international humanitaire se référant, entre autres, à la *Convention contre la*

- Le 25 novembre 2005, la Cour d'appel de Dakar s'est déclarée incompétente pour statuer sur la demande d'extradition de Monsieur Habré introduite par la Belgique.
- Le 26 novembre 2005, le Sénégal a placé Monsieur Habré « à la disposition du président de l'Union africaine » et a annoncé que Monsieur Habré serait expulsé dans les quarante-huit heures vers le Nigéria. Le lendemain, le ministre des affaires étrangères du Sénégal a annoncé que le Sénégal et le Nigéria étaient convenus qu'Hissène Habré resterait au Sénégal et que l'affaire serait portée à l'attention du prochain sommet des chefs d'états de l'Union africaine (UA)²⁰.
- Le 2 juillet 2006, la Conférence de l'UA décidait de « mandate[r] la République du Sénégal de poursuivre et de faire juger, au nom de l'Afrique, Hissène Habré par une juridiction sénégalaise compétente avec les garanties d'un procès juste »²¹.
- À la suite de la décision de la Conférence de l'UA, le Sénégal introduisait enfin des changements dans sa législation interne (intégration du crime de génocide, de crime de guerre, de crime contre l'humanité, et introduction de la compétence universelle). Considérant que ces réformes législatives et constitutionnelles étaient contraires au principe de non-rétroactivité de la loi pénale et à l'autorité de la chose jugée, les avocats de Monsieur Habré déposèrent des plaintes devant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (afin d'obtenir le « retrait de la procédure actuellement diligentée par la République et l'État du Sénégal en vue d'inculper, juger et condamner le sieur Hissene Habré, ex-chef d'État tchadien actuellement réfugié à Dakar au Sénégal »²²) et, en octobre 2008, devant la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CÉDEAO) (au motif qu'elles violaient les droits de l'homme de Monsieur Habré prévus par la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*).

En ce qui concerne les faits ayant déclenché le dépôt de la Demande de la Belgique, il doit être précisé que, depuis qu'il avait obtenu le « mandat » de l'UA, le

torture.

²⁰ Communication No. 181/2001, *supra* note 11 au para. 2.10.

²¹ Conférence de l'Union Africaine, *Décision sur le Procès d'Hissène Habré et l'Union africaine*, Doc. Assembly/AU/Dec.111-132 (VII), 7^e sess., Doc. Assembly/AU/Dec.127 (VII) (2006), en ligne : UA <www.africa-union.org/Official_documents/Assemblee%20fr/ASS06b.pdf> [*Mandat UA*]. Cette décision fut prise sur la base des conclusions d'une commission de juristes ayant été chargée « d'examiner tous les aspects et toutes les implications du procès d'Hissène Habré ainsi que les options disponibles pour son jugement. » Conférence de l'Union Africaine, *Décision sur le procès d'Hissene Habré et l'Union africaine*, Doc. Assembly/AU/Dec. 91-110 (VI), 6^e sess., Doc. EX.CL/Assembly/AU/8 (VI) (2006) , en ligne : UA <www.africa-union.org/Official_documents/Assemblee%20fr/ASS06a.pdf>.

²² Cette plainte, déposée le 18 août 2008, fut présentée en leur nom propre (*actio popularis*). Elle fut rejetée le 15 décembre 2009 pour incompétence. Voir Guy-Fleury Ntwary, « Note sur le premier arrêt de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », (2010) 18 *Afr. J. Int'l & Comp. L.* 233.

Sénégal avait affirmé que le financement des poursuites de Monsieur Habré relevait de la communauté internationale. L'engagement des poursuites « mandatées » par l'UA avait ainsi été suspendu *sine die* par le Sénégal. Après le refus des bailleurs de fonds de payer les vingt-sept millions d'euros exigés par le Sénégal pour la tenue des poursuites²³, le président sénégalais avait, au cours d'entretiens accordés à la presse fin janvier 2009, menacé de mettre fin à la résidence surveillée de Monsieur Habré si le budget réclamé par le Sénégal ne lui était pas versé.

Quelques jours plus tard, la Belgique, arguant qu'« un différend oppose le Royaume de la Belgique et la République du Sénégal en ce qui concerne le respect par le Sénégal de son obligation de poursuivre [M. Habré] »²⁴, déposait sa Demande. Selon la Belgique, la menace sénégalaise de mettre fin à la mise en résidence surveillée de Monsieur Habré permettrait à celui-ci de se soustraire à toute poursuite, ce qui « porterait un préjudice irréparable aux droits que le droit international confère à la Belgique (droit d'exercer des poursuites pénales pour des crimes de droit international humanitaire) et cela violerait les obligations que le Sénégal doit remplir (obligation de poursuivre à défaut d'extrader Monsieur Habré pour les crimes de droit international qui lui sont imputés) »²⁵.

Lors des plaidoiries devant la Cour, le Sénégal a fait la promesse solennelle de ne pas laisser Monsieur Habré quitter le Sénégal. Le Sénégal a, par ailleurs, reconnu obligation de poursuivre Monsieur Habré et a réaffirmé son intention de s'acquitter de son obligation. Seules des difficultés financières expliquaient, selon le Sénégal, le retard des poursuites.

Compte tenu des promesses sénégalaises, il n'est pas suprenant que la Cour ait rejeté la Demande. De prime abord, l'ordonnance ne paraît pas avoir un grand intérêt. Il ne s'agit là que d'une illusion.

En premier lieu, comme l'a précisé le juge ad-hoc Sur, « les demandes en indication de mesures conservatoires tendent à se développer, et [...], au-delà de leur contenu propre, elles correspondent fréquemment à une stratégie judiciaire »²⁶. Parmi les stratégies possibles utilisées par les parties à une instance internationale, il n'est pas rare que les mesures provisoires demandées constituent le seul objectif de l'action principale intentée par le demandeur. Or, contrairement à certains droits nationaux, dans le procès international, les mesures conservatoires ne peuvent être demandées et accordées que si une instance principale a été introduite²⁷.

²³ Selon une auteure, la somme exigée par le Sénégal « représente, selon le conseiller en droit international humanitaire du ministère de la justice belge, Gérard Dive, le quart du budget de la CPI, 400 fois le coût des procès organisés en Belgique contre des ressortissants rwandais poursuivis pour des violations du droit international humanitaire [...] L'Union européenne, par la voix du président du Comité d'experts chargé de ce dossier, a considéré que l'estimation ne reposait sur aucun élément judiciaire concret. » Rejet par la CIJ, *supra* note 10 au para. 3.

²⁴ *Belgique c. Sénégal*, *supra* note 7.

²⁵ « Demande », *supra* note 8.

²⁶ *Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, « Opinion individuelle de Monsieur le juge ad hoc Sur en ligne : < <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15157.pdf> > au para. 5 [Opinion juge Sur].

²⁷ Carlo Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, au para. 767.

En l'espèce, la Demande de la Belgique n'était-elle pas une tentative de contourner ce principe? En effet, les déclarations faites par le Sénégal lors de la procédure orale ne démontraient-elles pas qu'il n'existait pas de différend réel et sérieux avec la Belgique sur l'obligation de poursuivre ou d'extrader Monsieur Habré au titre de la *Convention contre la torture*? L'admettre aurait forcé la Cour à ordonner la radiation de l'affaire de son rôle et priver ainsi la Belgique et, à travers elle, la communauté internationale, d'un moyen de pression contre le Sénégal. C'est avec sagesse que la Cour s'est refusée à emprunter cette voie, tout en admettant que la Demande devait être rejetée (A).

En second lieu, l'affaire porte sur un traité emblématique dans la protection des droits de l'homme. L'interdiction de la torture consacrée par ce traité a été qualifiée par certains tribunaux internationaux de norme de *jus cogens* et d'obligation *erga omnes*. On sait à quel point ces deux notions sont à la base de théories doctrinales contemporaines cherchant à transformer le droit international en un droit universel applicable à tous les sujets de droit, quel que soit leur nature, à l'écart et à l'encontre même du caractère interétatique du droit international classique. La présente affaire constitue donc un test de validité pour ces théories. L'ancien président de la très engagée Cour interaméricaine de droits de l'homme (CIDH), le juge Cançado Trindade, a précisément profité de l'occasion pour présenter un vibrant plaidoyer en faveur de l'application par la Cour de sa théorie sur « l'humanisation du droit international public »²⁸, dont le but est de créer un droit universel applicable tant aux États qu'aux individus en vue de protéger les droits de l'homme. Un des éléments de cette mission est la transformation des mesures conservatoires en un outil de l'activisme du juge international qui « met l'accent sur la dimension préventive de la protection internationale des droits de l'homme »²⁹.

La Cour s'est pourtant refusée à s'engager dans le combat idéologique pour l'« humanisation du droit international » du juge Cançado Trindade, d'autant plus que les thèses avancées par le juge Cançado Trindade manquaient de pertinence pratique en l'espèce. Ce refus est-il symptomatique de l'absence d'enracinement de ce genre de théorie dans le droit international positif? (B).

A. La Demande de la Belgique relevait-elle d'un détournement de procédure ?

Il est de jurisprudence constante que l'octroi des mesures conservatoires sollicitées par une partie est soumis à une série de conditions que la Cour a le devoir de contrôler. En l'espèce, la Cour a non seulement analysé sa compétence *prima facie* pour connaître le fond de l'affaire mais aussi l'existence d'un différend réel et sérieux en tant que conditions de l'exercice de son pouvoir d'ordonner des mesures

²⁸ Hélène Tigroudja, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de "l'humanisation du droit international public" ». *Propos autour des récents arrêts et avis* (2006) 52 A.F.D.I. 617.

²⁹ Antônio Augusto Cançado Trindade, « Les Mesures Provisoires de Protection dans la Jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de L'Homme », (2003) 4 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 13 à la p. 19.

conservatoires (1). La Cour a également analysé deux autres conditions : le lien entre les mesures sollicitées et les droits faisant l'objet de l'instance principale (2) et l'urgence des mesures sollicitées (3).

1. L'EXISTENCE D'UN DIFFÉREND RÉEL ET SÉRIEX COMME CONDITION À L'EXERCICE DES FONCTIONS JUDICIAIRES DE LA COUR

Conformément à sa pratique jurisprudentielle habituelle³⁰, la Cour a rappelé que l'octroi des mesures provisoires sollicitées par la Belgique était conditionné à l'existence de sa compétence *prima facie* pour connaître le fond de l'affaire.

Il convient de souligner à ce sujet, avec le juge ad-hoc Sur, que l'article 41 de son Statut confère à la Cour un pouvoir autonome³¹ pour ordonner des mesures provisoires. Ce pouvoir découle de la saisine de la Cour mais, comme l'indique le professeur Santulli, « la "nécessité" des mesures conservatoires exige [...] une certaine appréciation de la compétence [...]. [I] est clair que si les conclusions principales sont manifestement irrecevables ou mal fondées, les mesures conservatoires ne sont pas nécessaires, car elles ne portent pas sur des droits que la juridiction pourrait connaître »³². Il serait donc préférable, comme le souligne le juge ad-hoc Sur, de substituer à la « démonstration positive » de la compétence et de la recevabilité *prima facie* qui pèse sur le demandeur, une « démonstration négative » d'incompétence et d'irrecevabilité manifestes qui pèserait sur le défendeur³³.

En tous les cas, en l'espèce, la compétence *prima facie* de la Cour était clairement prévue par l'article 30(1) de la *Convention contre la torture*³⁴.

La contestation principale³⁵ du Sénégal portait non pas sur cette compétence

³⁰ *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, Ordonnance du 15 mars 1996, [1996] C.I.J. rec. 13 au para. 30; *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Ordonnance du 10 mai 1984, [1984] C.I.J. rec. 169 au para. 24; *Affaire du passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, Ordonnance du 29 juillet 1991, [1991] C.I.J. rec. 12 au para. 14; *Affaire relative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, Ordonnance du 9 avril 1998, [1998] C.I.J. rec. 248 au para. 34.

³¹ Opinion juge Sur, *supra* note 26 au para. 8.

³² Santulli, *supra* note 27 au para. 764.

³³ Opinion juge Sur, *supra* note 26 au para. 10.

³⁴ *Convention contre la torture*, *supra* note 9 art. 30(1). L'article indique que : « Tout différend entre deux ou plus des États parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui ne peut pas être réglé par voie de négociation est soumis à l'arbitrage à la demande de l'un d'entre eux. Si, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice en déposant une requête conformément au Statut de la Cour. »

³⁵ Le titre de compétence invoqué par la Belgique (l'article 30 de la *Convention contre la torture*) prévoit que, à défaut d'accord entre les parties pour soumettre à arbitrage un différend sur l'interprétation ou l'application de la *Convention contre la torture* « qui ne peut pas être réglé par voie de négociation », ledit différend peut être soumis à la Cour. *Convention contre la torture*, *supra* note 9 à l'art. 30(1). Le Sénégal prétendait que des négociations n'avaient pas eu lieu tandis que la Belgique arguait que les nombreux courriers diplomatiques adressés au Sénégal (y compris une offre d'arbitrage qui, selon les

prima facie mais plutôt sur une condition préalable à l'exercice de cette compétence. En effet, afin d'exercer leur fonction judiciaire, ce qui inclut certainement d'ordonner des mesures conservatoires, les tribunaux internationaux exigent qu'un différend sérieux et réel existe entre les parties. Il s'agit là d'une limitation inhérente à l'exercice de la fonction judiciaire de la Cour³⁶, malgré sa compétence *prima facie* en vertu de l'article 30(1) de la *Convention contre la torture* et son pouvoir autonome pour ordonner des mesures conservatoires. C'est précisément sur cette base que la Cour, dans l'affaire sur les *Essais nucléaires*, a décidé d'analyser *motu proprio* l'existence d'un différend entre les parties : « la Cour doit examiner d'abord une question qu'elle estime essentiellement préliminaire, à savoir l'existence d'un différend, car que la Cour ait ou non compétence en l'espèce la solution de cette question pourrait exercer une influence décisive sur la suite de l'instance »³⁷.

À en croire le Sénégal, tel était le cas en l'espèce : « il n'existe manifestement pas de différend sur l'interprétation ou l'application de la Convention sur la torture dans la mesure où il ressort des termes de la requête que la Belgique demande à la Cour de dire et de juger qu'il est obligé de poursuivre pénalement Monsieur Habré, [et] que le Sénégal souligne qu'il a déjà pris les dispositions appropriées pour se conformer à cette obligation »³⁸.

Cette question du caractère réel et sérieux du différend de fond entre les parties sur l'application des articles 5 et 7 de la *Convention contre la torture* permet de découvrir le jeu de rôle auquel les parties se sont prêtées (a) ainsi que la réticence de la Cour à y participer afin de sauvegarder l'instance (b).

a) *L'étrange jeu de rôle des parties*

Les choix stratégiques de la Belgique dans la présente affaire peuvent paraître déconcertants, d'autant plus qu'ils ont facilement ouvert la voie au Sénégal pour contester le caractère réel et sérieux du différend de fond.

En effet, il est curieux que la Belgique ait intenté une action déclaratoire et non une action en responsabilité. D'une part, la Cour de cassation du Sénégal avait

avocats du Sénégal, aurait été égarée!) proposant des négociations puis un arbitrage pour trancher leur différend étaient restés sans réponse. Rejetant sèchement les arguments sénégalais, la Cour a décidé, d'une part, que les courriers diplomatiques « montre[nt] que la Belgique a tenté de résoudre le différend concerné par voie de négociation et que les négociations ainsi proposées ne sauraient être réputées avoir résolu ce différend » et, d'autre part, que « la note verbale en date du 20 juin 2006 contient une offre explicite de la Belgique au Sénégal de recourir à une procédure d'arbitrage [...] il suffit de constater que, même à supposer que ladite note verbale ne soit jamais parvenue à son destinataire, la note verbale du 8 mai 2007 s'y réfère explicitement ; et qu'il est confirmé que cette seconde note a été communiquée au Sénégal »; *Belgique c. Sénégal*, *supra* note 7 aux para. 50 et 52.

³⁶ *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, Exceptions préliminaires, [1963] C.I.J. rec. à la page 29. Voir aussi *Composition du Comité de la Sécurité maritime de l'Organisation intergouvernementale consultative de la Navigation maritime*, Avis consultatif, [1960] C.I.J. rec. 150 à la page 153; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, [1974] C.I.J. rec. 253 au para. 23 [*Essais nucléaires*].

³⁷ *Essais nucléaires*, *ibid.* au para. 24

³⁸ *Belgique c. Sénégal*, *supra* note 7 au para. 45.

mis fin à la possibilité de poursuivre Monsieur Habré au Sénégal en décidant que la *Convention contre la torture* ne pouvait pas lui être appliquée³⁹. D'autre part, les parties étaient d'accord sur le fait que l'arrêt de la Cour d'appel de Dakar du 25 novembre 2005 avait définitivement mis fin à toute possibilité d'extradition de Monsieur Habré vers la Belgique⁴⁰. Il est donc clair, comme l'a constaté par ailleurs le Comité contre la torture, que le Sénégal avait violé la *Convention contre la torture* dès le 25 novembre 2005, date à laquelle ni les poursuites ni l'extradition étaient possibles⁴¹.

Malgré le caractère évident des manquements du Sénégal, ce n'est pas une action en responsabilité que la Belgique a intenté devant la Cour. La Belgique n'a pas demandé à la Cour de constater cette violation et d'en tirer les conséquences au regard des règles sur la responsabilité internationale. Dans sa requête introductive d'instance, la Belgique demande à la Cour un jugement déclaratoire aux termes duquel il est reconnu que le Sénégal est obligé, en vertu de la *Convention contre la torture*, de poursuivre Monsieur Habré pour les actes qualifiés de crimes de torture et crimes contre l'humanité ou, à défaut de poursuites, de l'extrader vers la Belgique⁴². Il convient à ce titre de rappeler que, dans un arrêt déclaratoire, la Cour, au lieu d'exiger d'une partie la réalisation d'un certain comportement ou d'une prestation, se limite à « reconnaître une situation de droit une fois pour toutes et avec effet obligatoire entre les parties, en sorte que la situation ainsi fixée ne puisse plus être mise en discussion »⁴³. Comme l'a indiqué le professeur Monaco : « [d]ans tout jugement déclaratoire, le juge n'établit pas quelles sont les conséquences des constatations qu'il a faite : c'est aux parties qu'incombe cette tâche »⁴⁴.

Il était sans doute plus simple pour la Belgique d'obtenir une mesure conservatoire en demandant la préservation d'un droit à la poursuite ou à l'extradition

³⁹ Communication 181/2001, *supra* note 11 au para. 7.10. La Cour de cassation sénégalaise a précisé « que la ratification de la Convention faisait simplement peser sur chaque État partie l'obligation de prendre des mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4, ou d'extrader les auteurs d'actes tortueux. »

⁴⁰ *Belgique c. Sénégal*, *supra* note 7 aux para. 25 et 36.

⁴¹ *Ibid.* aux para. 9.5, 9.10, 9.11. Il est important de préciser que « [l]e Comité rappelle qu'en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la Convention, "tout État partie prend [...] les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit État ne l'extrade pas". Il note que l'État partie n'a pas contesté, dans ses observations sur le fond, qu'il n'avait pas adopté ces "mesures nécessaires" visées par l'article 5, paragraphe 2, de la Convention, et constate que la Cour de Cassation a considéré elle-même que ces mesures n'avaient pas été prises par l'État partie. De plus, il considère que le délai raisonnable dans lequel l'État partie aurait du remplir cette obligation est largement dépassé. [...] En outre, le Comité constate qu'à partir du 19 septembre 2005, l'État partie se trouvait dans une autre des situations prévues par ledit article 7 puisqu'une demande formelle d'extradition avait alors été formulée par la Belgique. L'État partie avait à ce moment l'alternative de procéder à cette extradition s'il décidait de ne pas soumettre l'affaire à ses propres autorités judiciaires pour l'exercice de poursuites pénales à l'encontre de Hissène Habré. Le Comité considère qu'en refusant de faire suite à cette demande d'extradition, l'État partie a une nouvelle fois manqué à ses obligations en vertu de l'article 7 de la Convention. »

⁴² *Ibid.* au para. 10.

⁴³ *Interprétation des arrêts n° 7 et 8 (Usine de Chorzow)*, (1927), C.P.J.I. (sér. A) n° 13 à la p. 20 [Arrêts n° 7 et 8].

⁴⁴ Riccardo Monaco, « Cours général de droit international public », (1968) R.C.A.D.I. 93 à la p. 303.

de Monsieur Habré dans la mesure où ce droit fera l'objet d'un jugement déclaratoire. Au contraire, dans le cadre d'une action en responsabilité, il était certainement plus difficile pour la Belgique de demander le maintien du statu quo que constituait les restrictions à la liberté de mouvement de Monsieur Habré pour préserver son droit à réparation.

Cela étant, en choisissant l'action déclaratoire, la Belgique se fondait sur un présupposé : en ne demandant pas à la Cour de constater la responsabilité internationale du Sénégal pour ne pas avoir mis en accord sa législation interne avec la *Convention contre la torture* et ne pas avoir extradé Monsieur Habré, la Belgique agissait comme si ces violations n'étaient pas consommées et comme si le Sénégal pouvait encore se conformer à ses obligations internationales. Les réformes constitutionnelles et législatives introduites tardivement par le Sénégal pouvaient donner cette impression (bien que les faits postérieurs à l'Ordonnance de la Cour aient démontré qu'il s'agissait d'une illusion puisque l'application du nouvel arsenal législatif sénégalais à Monsieur Habré exigeait la violation de deux principes cardinaux du droit pénal, à savoir le principe de non-rétroactivité de la loi pénale et le respect de l'autorité de la chose jugée, comme l'a constaté la Cour de justice de la CEDEAO)⁴⁵.

Il était donc facile pour le Sénégal de vider le différend de son objet en reconnaissant précisément ce que la Belgique demande à la Cour de reconnaître par le biais d'un jugement déclaratoire. Ainsi, au cours de la procédure orale, le Sénégal a reconnu que la *Convention contre la torture* s'imposait à lui et l'obligeait à poursuivre ou à extraditer Monsieur Habré. Le Sénégal a par ailleurs déclaré qu'il entendait bien s'acquitter de cette obligation internationale et aurait, dans ce sens, déjà pris des mesures concrètes en adaptant sa constitution et sa législation afin d'établir la compétence universelle de ses juges.

Ainsi, *a priori*, il semble bien que, au moment où la Cour fut appelée à se prononcer, les demandes belges étaient satisfaites et il n'existait plus de différend entre les parties. La situation semblait donc être similaire à celle qui existait dans l'affaire sur les *essais nucléaires* et on aurait pu s'attendre à ce que la Cour se déclare incompétente et mette fin à l'instance pour disparition de l'objet du différend⁴⁶. La Cour n'a, cependant, pas suivi le précédent de l'affaire des *essais nucléaires*.

⁴⁵ *Affaire Hissein Habré c. la République du Sénégal*, [2010] Arrêt No.: ECW/CCJ/JUD/06/10, en ligne : Derechos <www.derechos.org/nizkor/imp/habre.html> au para. 48. [*Habré c. Sénégal*]. La Cour explique que, « [t]outefois, en dépit des dénégations de pure forme du Défendeur, la Cour note, qu'au delà de la justification de la mise en conformité de sa législation avec ses engagements internationaux, l'État du Sénégal a gravement méconnu les dispositions de l'article 7.2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de l'article 11.2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui interdisent la rétroactivité d'une disposition d'ordre pénal. » La Cour de justice de la CEDEAO a ainsi : « Constat[é] l'existence d'indices concordants de probabilité de nature à porter atteinte aux Droits de l'Homme de Monsieur Hissein Habré sur la base des réformes constitutionnelles et législatives opérés par l'État du Sénégal. Dit qu'à cet égard l'État du Sénégal doit se conformer au respect des Décisions rendues par ses Juridictions Nationales notamment au respect de l'autorité de la chose jugée ; en conséquence, la Cour ordonne au Sénégal le respect du principe absolu de non rétroactivité. » *Ibid.* au para. 61.

⁴⁶ *Essais nucléaires*, *supra* note 36 à la p. 272.

b) *La préservation de l'instance : le refus de la Cour de participer au jeu de rôles des parties*

La Cour a opéré une analyse en deux temps afin d'établir s'il existait un différend réel et sérieux entre les parties sur l'obligation sénégalaise de poursuivre ou d'extrader.

En premier lieu, elle a affirmé qu' « il appartient à la Cour d'établir si, *prima facie*, un tel différend existait à la date du dépôt de la requête, puisque, en règle générale, c'est à cette date que, selon la jurisprudence de la Cour, sa compétence doit s'apprécier »⁴⁷. La Cour n'a eu aucun mal à constater qu'il existait bien un différend entre les parties à cette date. En effet, à la suite de la décision de la Cour d'appel de Dakar du 25 novembre 2005 qui a mis définitivement fin à toute possibilité d'extradition de Monsieur Habré, les parties étaient en désaccord sur l'étrange « mandat » octroyé par l'UA au Sénégal. Pour la Belgique, le Sénégal ne pouvait se défaire de son obligation de poursuivre ou d'extrader Monsieur Habré en déférant la question à l'UA.

En second lieu, la Cour a analysé si, « compte tenu de la façon dont les Parties ont présenté leurs positions à l'audience [...] un tel différend continue, *prima facie*, d'exister »⁴⁸. Selon la Cour,

les Parties semblent néanmoins continuer de s'opposer sur d'autres questions d'interprétation ou d'application de la *Convention contre la torture*, telles que celle du délai dans lequel les obligations prévues à l'article 7 doivent être remplies ou celle des circonstances (difficultés financières, juridiques ou autres) qui seraient pertinentes pour apprécier s'il y a eu ou non manquement auxdites obligations ; que les vues des Parties, par ailleurs, continuent apparemment de diverger sur la façon dont le Sénégal devrait s'acquitter de ses obligations conventionnelles ; et qu'en conséquence il appert que, *prima facie*, un différend de la nature de celui visé à l'article 30 de la *Convention contre la torture* demeure entre les Parties, même si sa portée a pu évoluer depuis le dépôt de la requête.⁴⁹

La Cour a donc estimé que la façon dont le Sénégal devait s'acquitter de ses obligations internationales demeurait controversée entre les parties, en particulier, le délai dans lequel le Sénégal devait s'acquitter de son obligation de poursuivre Monsieur Habré et la possibilité d'excuser l'inexécution pour des raisons financières.

Il est pourtant incertain, comme l'ont indiqué les juges Al-Khasawneh, Skotnikov et Sur, que la Belgique ait présenté des réclamations précises sur ces points contre le Sénégal. Ces derniers ont estimé que c'était la Cour qui avait « *inappropriately brings up a notion of the hypothetical failure of Senegal to comply with its obligations under the Torture Convention* »⁵⁰. En effet, pour des raisons qui lui sont propres, la Belgique n'a pas mis en cause la réalité et le bien fondé des

⁴⁷ *Belgique c. Sénégal*, supra note 7 au para. 46.

⁴⁸ *Ibid.* au para. 48.

⁴⁹ *Ibid.*

excuses financières avancées par le Sénégal pour ne pas engager les poursuites contre Monsieur Habré ni soutenu qu'un délai d'exécution de l'obligation de poursuivre ou d'extrader avait été violé.

Ainsi, la Cour semble bien avoir exercé le pouvoir qu'elle a pour redéfinir l'objet du litige⁵¹ en modifiant les questions qui lui sont soumises par les parties afin de dégager l'essence du différend⁵². Il doit être rappelé à ce sujet que la Cour, n'étant pas liée par les formulations des parties comme élément objectif de l'existence d'un différend, pouvait utiliser les arguments invoqués par la Belgique pour (re)définir l'objet du différend entre les parties. En effet, suivant la définition classique de la Cour dans l'*Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, un différend est « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »⁵³. L'existence de ce différend doit, par ailleurs, « être établie objectivement »⁵⁴, c'est-à-dire que la simple affirmation par l'une des parties de l'existence d'un différend ne suffit pas, tout comme, en sens inverse, la contestation de son existence par l'autre partie ne suffit pas⁵⁵.

La Cour aurait-elle fait preuve de méfiance envers le Sénégal sur son intention de remplir son obligation de poursuivre ou d'extrader?

La position du Sénégal n'était pas, en effet, exempte de contradictions. D'une part, il était quelque peu naïf de constater l'inexistence d'un différend sur la base des manifestations d'intention du Sénégal de s'acquitter de ses obligations alors que, à la suite du « mandat » de l'UA et des modifications législatives, il n'avait pris aucun acte de procédure pour poursuivre pénalement Monsieur Habré⁵⁶. D'autre part,

⁵⁰ *Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, Opinion individuelle commune des juges Al-Khasawneh et Skotnikov, en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/docket/files/144/15152.pdf> au para. 13.

⁵¹ *Différend territorial et maritime (exceptions préliminaires) (Nicaragua c. Colombie)*, [2007] C.I.J. rec. 832 au para. 38. La Cour explique que « c'est à elle qu'il appartient de déterminer, compte tenu des conclusions des Parties, quel est l'objet du différend dont elle est saisie » et « [c]'est ... le devoir de la Cour de circonscrire le véritable problème en cause et de préciser l'objet de la demande.

⁵² *Essais nucléaires*, supra note 36 à la p. 259 ; *Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, Avis consultatif, [1980] C.I.J. rec. 73 à la p. 88 ; *Interprétation de l'accord greco-turc du 1 décembre 1926 (1928)*, Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. B) n° 16 aux pp 14-16 ; *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig (1932)*, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 43 aux pp. 13-14.

⁵³ *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni) (1924)*, C.P.J.I. (sér. A) n°2 à la p. 11.

⁵⁴ *Interprétation des traités de paix*, Avis consultatif, [1950] C.I.J. rec. 65 à la p. 74 ; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de l'article 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, Avis consultatif, [1988] C.I.J. rec. 12 à la p. 27 ; *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, [1995] C.I.J. rec. 90 aux pp. 99-100 ; *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, [1998] C.I.J. rec. 115 au para. 22.

⁵⁵ *Affaires du Sud-ouest africain (Éthiopie c. Afrique du Sud ; Libéria c. Afrique du Sud)*, [1962] C.I.J. rec. 319 à la p. 328.

⁵⁶ Pire encore, devant la Cour de la CEDEAO, le Sénégal s'est précisément appuyé sur son inactivité pour arguer que les violations des droits de l'homme dont se plaignait Monsieur Habré étaient hypothétiques parce qu'« il n'existe devant les juridictions sénégalaises aucune procédure dirigée contre [Monsieur Habré], que non seulement il n'y a pas eu d'acte de poursuite, mais qu'aucune décision de condamnation en application des textes de réforme que Monsieur Hissène Habré vise dans

en flagrante contradiction avec son affirmation de prétoire selon laquelle « [c]’est bien en tant que partie à la convention que la République du Sénégal exécute ses obligations, et non en vertu d’un mandat de l’Union africaine »⁵⁷, le Sénégal affirmait qu’aucune procédure ne pourrait être réalisée par ses autorités judiciaires tant que la communauté internationale (à laquelle l’UA a demandé de financer le procès) n’aurait pas versé l’intégralité du financement, soit vingt-sept millions d’euros⁵⁸. Or, cette somme était réclamée non pas pour engager les poursuites contre Monsieur Habré au sujet des crimes pour lesquels il est poursuivi par les juges belges et qui sont à l’origine de l’action en justice de la Belgique devant la Cour, mais pour financer l’ensemble des procès pour la totalité des crimes dont Monsieur Habré serait responsable⁵⁹. L’invocation par le Sénégal de problèmes financiers comme seul motif pour expliquer son retard à remplir son obligation de poursuivre ou d’extrader Monsieur Habré pour les crimes faisant l’objet de poursuites en Belgique était donc hors-sujet, voire peu crédible⁶⁰.

sa requête n’est intervenue ». *Habré c. Sénégal*, *supra* note 45 au para. 23.

⁵⁷ *Affaire relative à des questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader (Belgique c. Sénégal)*, « Plaidoirie de Monsieur Sall » (8 avril 2009), en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/docket/files/144/15114.pdf> au para. 11 [Plaidoirie Sall].

⁵⁸ Le Sénégal réclamait cette somme pour la réfection du palais de justice, le paiement des salaires de ses magistrats et pour prendre en charge les victimes tchadiennes. Voir Amnesty International, *Sénégal : terre d’impunité* (2010), à la page 27, en ligne : Amnesty International <www.amnesty.org/en/library/asset/AFR49/001/2010/en/ef4b2e2b-9651-4db2-a76c-46d31490012010fr.pdf> [Amnesty International].

⁵⁹ *Affaire relative à des questions concernant l’obligation de poursuivre ou d’extrader (Belgique c. Sénégal)*, « Plaidoirie de Monsieur Thiam » (8 avril 2009), en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/15114.pdf>> aux pp. 10-11 aux para. 11-12. Le Sénégal a retenu des exposés de la délégation belge qu’au moins 3780 personnes auraient perdu la vie du fait des crimes attribués au régime Hissène Habré. Ce nombre ne représenterait que le dixième du nombre total des victimes qui se situerait ainsi aux environs de 40 000. Ce chiffre ne tient pas compte des 54 000 détenus politiques entre 1982 et 1990. Ainsi, au moins 94 000 victimes directes ou leurs ayants droit sont susceptibles d’être concernés par le procès de Monsieur Hissène Habré au Sénégal. C’est ce qui explique les difficultés financières exposées par le Sénégal quant à l’organisation du procès. C’est également l’explication qu’il faudra trouver dans la démarche entreprise par le Sénégal auprès de l’Union africaine ».

⁶⁰ Le Sénégal aurait sans doute pu utiliser l’argent qu’il a payé aux avocats d’un cabinet d’avocats américain pour le défendre devant la Cour pour juger Monsieur Habré pour les crimes commis contre les quelques victimes à l’origine des procédures pénales en Belgique. En fait, si l’on en croit certains auteurs africains, le refus de financer ce procès est dû à une position politique : « Si les tribunaux de Bruxelles manifestent tant de disponibilité et d’engouement à juger l’ancien président tchadien, libre à eux de débloquer et de transférer à Dakar la somme nécessaire afin d’accélérer le processus. » Bernard Kom, « Du jugement de l’ex-président tchadien Hissène Habré » *Agoravox – Le média citoyen* (10 mars 2009), en ligne : Agoravox <www.agoravox.fr/tribune-libre/article/du-jugement-de-l-ex-president-53246>.

2. LES DROITS DE LA BELGIQUE DEVANT ÊTRE PROTÉGÉS PAR LES MESURES CONSERVATOIRES

La Cour a rappelé que, conformément à l'article 41(1) de son Statut⁶¹, les mesures provisoires qu'elle peut ordonner doivent avoir pour objectif de protéger les droits des parties en attendant qu'elle rende une décision finale et « qu'un lien doit donc être établi entre les mesures conservatoires sollicitées et les droits qui font l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur le fond de l'affaire »⁶². En l'espèce, il était question de déterminer si la Belgique pouvait invoquer la protection de son prétendu droit à obtenir la poursuite ou l'extradition de Monsieur Habré (a) et, corrélativement, à quel titre le Sénégal était débitrice de cette obligation (b).

a) *Le droit de la Belgique à voir Monsieur Habré poursuivi par le Sénégal*

Le droit devant être protégé d'un dommage irréparable était, selon la Belgique, son droit à exiger du Sénégal la poursuite ou l'extradition de Monsieur Habré⁶³.

Le Sénégal a argué que la *Convention contre la torture* créait uniquement le droit pour un État partie de revendiquer l'extradition :

le seul droit qui pourrait être reconnu aux États parties à la *Convention contre la torture* serait le droit d'exiger d'un autre État partie qu'il juge l'auteur d'un acte de torture qui se trouverait sur son territoire ou, à défaut, de demander son extradition ; et que, en conséquence, s'il est estimé que les articles 5, paragraphe 2, et 7, paragraphe 1, de la convention créent un droit pour un État partie, ce ne peut être que celui de revendiquer l'extradition, un tel droit ne pouvant cependant prévaloir sur celui d'un État assumant son obligation de juger.⁶⁴

Le débat entre les parties sur les rapports entre l'extradition et la poursuite pénale de l'inculpé (outre le fait de prouver l'existence d'un différend entre les parties) touche à l'un des aspects les plus controversés de la règle *aut dedere aut judicare*.

En l'espèce, la Belgique soutenait que la règle *aut dedere aut judicare* impose une obligation alternative. Selon une position doctrinale sur le contenu et l'étendue de cette règle, les États parties ont une seule obligation, à savoir l'obligation de veiller à ce que l'auteur de l'infraction soit poursuivi et d'éviter ainsi son

⁶¹ *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, 15 C.N.U.O.I. 365, art. 41(1), en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>> art. 41(1) [*Statut de la CIJ*]. Le *statut de la CIJ* indique 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. »

⁶² *Belgique c. Sénégal*, *supra* note 7 au para. 56.

⁶³ *Convention contre la torture*, *supra* note 9, art. 7(1) La *Convention contre la torture* est claire : « L'État partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'art. 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. »

⁶⁴ *Belgique c. Sénégal*, *supra* note 7 au para. 59.

impunité⁶⁵. Pour remplir cette obligation, l'État requis a le choix entre deux prestations différentes : soit en l'extradant vers une partie qui exercera l'action pénale, soit en soumettant l'affaire à ses autorités judiciaires pour que l'action pénale soit exercée. Si l'État requis fournit l'une des deux prestations de cette obligation alternative, il remplit son obligation et ne devra pas fournir l'autre⁶⁶. Dans le cadre de cette interprétation de la règle *aut dedere aut judicare*, la position sénégalaise est irrecevable : s'il est vrai que la Belgique n'avait pas le droit d'exiger la poursuite plutôt que l'extradition (et *vice versa*), cette question relevant du choix du Sénégal, l'obligation alternative était devenue une obligation simple après que la Cour d'appel de Dakar avait mis fin à la possibilité d'extrader Monsieur Habré vers la Belgique⁶⁷. La Belgique aurait donc le droit d'exiger que le Sénégal remplisse la seule prestation possible : la poursuite pénale.

Le Sénégal, au contraire, s'est appuyé sur une autre interprétation de la règle *aut dedere aut judicare* que l'on retrouve, par exemple, dans la *Convention européenne pour la répression du terrorisme*, et selon laquelle l'obligation de poursuivre est une obligation subsidiaire⁶⁸ puisque conditionnée par l'absence d'extradition⁶⁹. Dans cette version de la règle *aut dedere aut judicare*, la Belgique n'aurait pas le droit d'exiger que Monsieur Habré soit poursuivi. Pourtant, même en acceptant cette interprétation de la règle *aut dedere aut judicare*, la position sénégalaise selon laquelle le Sénégal aurait l'obligation de poursuivre sans que la Belgique ait un droit corrélatif (c'est-à-dire une obligation sans créancier) demeure

⁶⁵ Voir par ex. Carlo Tiribelli, « *Aut dedere aut judicare* : a response to impunity in international criminal law? », (2009) 21 Sri Lanka J.Int'l L. 231 à la p. 234. Il explique que : « [t]he principle *aut dedere aut judicare* [...] imposes on a State an obligation to do one of two things: either extradite or prosecute. Despite which of the two alternative courses of action should be entitled to preference, it might be asserted that the obligation to extradite or prosecute is "alternative" in the sense that a State subject to this obligation is bound to adopt one choice: it must extradite if it does not prosecute, and prosecute if it does not extradite. It is a matter of fact that States have an alternative course of action between extraditing and prosecuting, both accepted as a compulsory choice. » Voir également Monsieur Cherif Bassiouni et Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare : the Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Boston, Martinus Nijhoff, 1995 à la p. 340. C'est cette position que le rapporteur spécial de la Commission du droit international des Nations Unies a adopté dans un premier temps : Commission du droit international, *Rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (« au dedere aut judicare »)*, Doc. off. AG NU, 58^e sess., Doc. NU A/CN.4/571, (2006) au para. 49.

⁶⁶ Art. 1548 C.c.Q. « L'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet deux prestations principales et que l'exécution d'une seule libère le débiteur pour le tout » et art. 1546 C.c.Q. « Le choix de la prestation appartient au débiteur, à moins qu'il n'ait été expressément accordé au créancier. » Art. 1189 C. civ. « Le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation » et art. 1190-1191 C. civ. « Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier » ; « Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises ; mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre ».

⁶⁷ Art. 1548 C.c.Q. « Le débiteur qui a le choix de la prestation doit, si l'une ou l'autre des prestations devient impossible à exécuter même par sa faute, exécuter la prestation qui reste » ; art. 1193 C. civ. « L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place. »

⁶⁸ Charles Vallée, « La Convention européenne pour la répression du terrorisme », (1976) 22 A.F.D.I. 756 à la p. 776.

⁶⁹ Gilbert Guillaume, « Terrorisme et droit international » (1989) 215 R.C.A.D.I. 287 à la page 351 ; Bertrand Bauchot, *Sanctions pénales et droit international*, thèse de doctorat en droit, Université de Lille 2, 2007 [non publiée] au para. 484.

difficile à accepter : l'obligation de poursuivre était bien née et la Belgique aurait le droit d'exiger du Sénégal qu'il poursuive Monsieur Habré. En effet, les obligations associées à la règle *aut dedere aut judicare* sont, corrélativement, des droits qui peuvent être invoqués par l'État contractant demandant l'extradition⁷⁰.

Or, les conventions internationales qui contiennent une clause sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre prévoient des solutions différentes et, comme l'a souligné le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies (ONU) dans son analyse sur la pratique conventionnelle en la matière : « [o]n ne saurait donc donner à cette question une réponse définitive en termes généraux, et il faudrait plutôt commencer par un examen au cas par cas de la formulation exacte de la disposition, du contexte dans lequel elle s'inscrit et des travaux préparatoires »⁷¹. En l'espèce, cette difficulté est d'autant plus grande que la formule employée par l'article 7 de la *Convention contre la torture* « ne résout pas sans la moindre ambiguïté la question de savoir si l'obligation de poursuivre naît *ipso facto* ou seulement à partir du moment où une demande d'extradition a été présentée et rejetée »⁷².

Dans ce contexte, l'objection du Sénégal aux mesures provisoires sollicitées pouvait difficilement être décidée dans le cadre de la procédure incidente sur les mesures provisoires. En effet, la Cour n'aurait pas pu se prononcer sans préjuger (voire trancher) le fond du litige. C'est donc tout naturellement que la Cour s'est contentée d'examiner si les menaces de relâcher Monsieur Habré étaient susceptibles d'affecter les droits revendiqués par la Belgique et qui pourraient lui être reconnus au fond. Cela était bien le cas et la Cour n'a eu aucun mal à constater que la demande belge remplissait la condition prévue par l'article 41(1)⁷³.

b) *À quel titre le Sénégal était redevable de l'obligation de poursuivre Hissène Habré ? L'artifice du « mandat » de l'UA*

Comme indiqué ci-dessus, à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel de Dakar ayant mis définitivement fin à toute possibilité d'extradition de Monsieur Habré vers la Belgique, le Sénégal avait décidé de le mettre « à la disposition du président de l'UA », le chef de l'État nigérian Olusegun Obasanjo, en attendant le Sommet de l'UA

⁷⁰ *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, Ordonnance du 14 avril 1992, Opinion dissidente du juge Ajibola, [1992] C.I.J. rec. 114, à la page 187 ; *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, Ordonnance du 14 avril 1992, Opinion dissidente du juge El-Kosheri, au para. 56.

⁷¹ Commission du droit international (Étude du secrétariat), *Examen des conventions multilatérales qui pourraient présenter un intérêt pour les travaux de la Commission du droit international sur le sujet intitulé « L'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare) »*, Doc. off. AG NU, 62^e sess., Doc. NU A/CN.4/630 (2010) au para. 131.

⁷² *Ibid.*, au para. 130. Le Comité contre la torture est d'avis que l'obligation de poursuivre pénalement prévue par l'article 7 existe *ipso facto* et indépendamment d'une demande d'extradition. Mais, une fois une demande d'extradition formulée, l'État requis a le choix entre extrader ou continuer avec l'action pénale. Voir : Communication No. 181/2001, *supra* note 11 aux para. 9.7 à 11.

⁷³ *Belgique c. Sénégal*, *supra* note 7 aux para. 60-61.

de Karthoum de janvier 2006 pour donner suite à l'affaire Habré. Lors de ce sommet de l'UA, le président sénégalais a précisé que la non-extradition était en réalité due à une politique panafricaine : « Nous avons pensé que le Sénégal était le pays le mieux placé pour le juger et je pense que nous ne devons pas fuir notre responsabilité. Les Africains doivent être jugés en Afrique, c'est pourquoi j'ai refusé l'extradition de Hissène Habré vers la Belgique »⁷⁴.

Le Sénégal a ensuite reçu de l'UA un « mandat » pour « poursuivre et [...] faire juger, au nom de l'Afrique, Hissène Habré par une juridiction sénégalaise compétente avec les garanties d'un procès juste »⁷⁵. Par ailleurs, l'UA demandait « à tous les États membres de coopérer avec le Gouvernement sénégalais sur cette question » et lançait un appel « à la communauté internationale pour qu'elle apporte son soutien au Gouvernement sénégalais »⁷⁶. Quelques mois plus tard, l'UA précisait que le Sénégal devait bénéficier de « la mobilisation de toutes les ressources, en particulier les ressources financières, nécessaires à la préparation et au bon déroulement de ce procès » aux frais des États membres de l'UA, des « partenaires internationaux et [de] l'ensemble de la communauté internationale »⁷⁷.

Ainsi, il ne faisait aucun doute que le financement exigé par le Sénégal pour poursuivre Monsieur Habré et la menace de le relâcher à défaut de financement étaient liés au « mandat » octroyé par l'UA. C'est bien en vertu de ce mandat « au nom de l'Afrique » et non en vertu de ses obligations au titre de la *Convention contre la torture* que le Sénégal a, si l'on en croit les organes de l'UA, réalisé des réformes à sa constitution et à sa législation⁷⁸.

L'idée de mandat implique en droit international – comme en droit interne – une représentation : le mandant donne à une autre personne, le mandataire, le pouvoir de faire un ou des actes juridiques en son nom et pour son compte⁷⁹. S'il est vrai qu'en principe les organisations internationales n'agissent pas comme mandataires des États membres⁸⁰, ni les États membres comme mandataires de l'organisation, il n'est pas

⁷⁴ *Amnesty International*, *supra* note 58 à la p. 26.

⁷⁵ *Mandat UA*, *supra* note 21.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Conférence de l'Union Africain, *Décision sur le Procès d'Hissène Habré et l'Union africaine*, Doc. Assembly/AU/Dec.134-165 (VIII), 8^e sess., Doc. Assembly/AU/Dec.157 (VIII) (2007), en ligne : UA < http://www.au.int/en/sites/default/files/ASSEMBLY_FR_29_30_JANUARY_2007_AUC_THE_AFRI CAN_UNION_EIGHTH_ORDINARY_SESSION.pdf >

⁷⁸ En effet, selon un communiqué de presse de l'UA, « Monsieur Dossou [Président de la Commission de l'UA pour l'affaire Habré] s'est également félicité des réformes constitutionnelles et législatives prises par le Sénégal afin de pouvoir juger Hissène Habré "au nom de l'Afrique" conformément au mandat conféré par l'UA en 2006 ». Union africaine, Communiqué N°/2010, « L'Union africaine réitère son engagement pour la tenue du procès de Hissène Habré » (24 novembre 2010), en ligne : UA < www.africa-union.org/root/au/Conferences/2010/November/pr/CP%20FR%20PROCES %20HISSENE%20HABRE%20TABLE%20RONDE%2024-11-10.doc >.

⁷⁹ Angelo Piero Sereni, « La représentation en droit international », (1948) 73 R.C.A.D.I. 69 aux pp. 87-88.

⁸⁰ Voir *MABK and Another c. Minister of Foreign Affairs*, (1988) 99 I.L.R. 38 aux pp. 40-41; *Senator Lines GmbH c. l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, l'Espagne, la Suède et le Royaume-Uni* [GC], n° 56672/00, [2004] IV C.E.D.H. 1 à la p. 6; *République arabe d'Égypte, The Arab Organization for Industrialization, The Arab British Helicopter Company c. Westland Helicopters*,

rare qu'un État membre soit mandaté par une organisation internationale pour agir pour son compte⁸¹. Un exemple est celui de l'accord de Rome du 23 avril 1977 sur les avoirs de la Commission du Danube. La liquidation de ces avoirs fut réalisée par une pluralité d'instruments juridiques parmi lesquels un accord entre la Roumanie, d'une part, la France, l'Italie et le Royaume-Uni, d'autre part, ces derniers agissant comme membres de la Commission du Danube et au nom de celle-ci, en vertu d'un mandat qu'ils avaient reçu de la Commission du Danube pour la représenter. Comme l'écrit un auteur, « [i]l s'agit d'un phénomène de représentation qui fait naître un lien juridique direct entre la Commission et la Roumanie [...] C'est la confirmation du fait qu'une organisation peut être représentée internationalement par ses membres sur mandat exprès de celle-ci »⁸².

La conséquence de ce mandat serait que, pour autant qu'il soit opposable aux tiers, les actes du Sénégal seraient attribuables à l'UA et ne pourraient, en principe, engager sa responsabilité internationale à défaut d'attribution du fait internationalement illicite⁸³. Comme le rappelle un auteur : « *The conduct of an organ of a State that performs the functions of an agent of an international organization under the rules of the organization shall be considered an act of that organization under international law if the organ is acting in the performance of those functions* »⁸⁴.

C'est donc assez logiquement que la Belgique a soutenu devant la Cour que le Sénégal ne pouvait pas éluder ses obligations au titre de la *Convention contre la*

(1989) 1989 *Revue de l'arbitrage* 514 à la p. 514, à la considération 3b).

⁸¹ Voir par ex. Le Luxembourg, « agissant pour le compte de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN), demanda à la Suisse d'autoriser le survol de son territoire par des avions radar AWAC affectés à la surveillance de l'espace aérien de la Bosnie-herzégovine », Communiqué de presse du Département fédéral des affaires étrangères, 22 décembre 1993, dans « *Pratique suisse de droit international* », [1994/5] R.S.D.I.E., aux pages 638-639, au para. 11.2. Voir également Trib. admin. Versailles, 9 mai 2001 en ligne : Legifrance <www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008279323&fastReqId=586062324&fastPos=1>; Benoît Tabaka, « La théorie du mandat peut donner compétence aux juridictions européennes pour contrôler les actes de personnes publiques françaises », (2001) *Revue de l'actualité juridique française*, en ligne : RAFJ <http://www.rajf.org/breve.php3?id_breve=153>.

⁸² Jean Paul Jacqué, « À propos de l'Accord de Rome du 23 avril 1977. Étude de la Commission européenne du Danube », (1981) 27 A.F.D.I. 747 à la p. 761.

⁸³ Dans l'affaire Chevreau, l'arbitre unique Beichmann était saisi d'une réclamation française relative aux préjudices causés à un ressortissant français en Perse, arrêté et déporté par les autorités britanniques. La question portait sur des biens, les livres et documents de Monsieur Chevreau dérobés de son domicile en Perse. L'arbitre devait déterminer si le Royaume-Uni était responsable de cette perte. Or, à cette époque, la France avait demandé au consul britannique de gérer le consulat de France en l'absence des autorités consulaires françaises. L'arbitre rejeta alors la réclamation française en déclarant que « le gouvernement britannique ne saurait être tenu responsable d'une négligence dont son consul, en sa qualité de gérant du consulat d'une autre puissance, aurait pu se rendre coupable », *Affaire Chevreau (France c. Grande-Bretagne)*, [1931]II Recueil des sentences arbitrales à la p. 1141. Selon la CDI, l'arbitre « excluait la possibilité d'attribuer au Royaume-Uni une négligence commise par un organe de l'État britannique à un moment où il exerçait une fonction publique typique de l'État français ». L'acte du consul britannique était attribuable à la France. *Commission du droit international, Annuaire de la Commission du droit international*, 26^e sess., Doc. NU A/CN.4/SER.A/1974/Add.I (Part 1) (1974) à la p. 300, au para. 13.

⁸⁴ Stefan Talmon, « Responsibility of International Organizations : Does the European Community Require Special Treatment? », dans Maurizio Ragazzi, *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 2005, à la p. 414.

torture en faisant appel à l'UA, ce que le Sénégal semblait vouloir faire en « transmettant » l'affaire Habré à cette organisation internationale. Or, un transfert de compétences par un État membre à une organisation internationale ne libère pas cet État de ses obligations conventionnelles⁸⁵. Qui plus est, quels que puissent être les effets de ce mandat entre les membres de l'UA, il est douteux que les droits de la Belgique au titre de la *Convention contre la torture*, pour lequel les résolutions de l'UA sont une *res inter alios acta*, puissent être affectés par les décisions de cette organisation internationale⁸⁶.

La Cour, néanmoins, n'a pas eu à se prononcer sur les délicates questions liées à ce « mandat » de l'UA dans la mesure où le Sénégal a déclaré lors des plaidoiries orales qu'il

tient à cet égard à préciser, de manière définitive, et pour lever toute équivoque ou malentendu, pour de bon, qu'il est bien lié, comme État, par la convention de 1984. [...] C'est bien en tant que partie à la convention que la République du Sénégal exécute ses obligations, et non en vertu d'un mandat de l'Union africaine⁸⁷.

Ainsi, selon le Sénégal, il s'agissait, en fait, d'une simulation de mandat, le rôle de l'UA étant limité, selon son exposé devant la Cour, à une « *implication* » dans « l'organisation du procès Habré » qui « n'enlève absolument rien des devoirs et droits qui résultent pour elle de la qualité de partie à cette convention »⁸⁸.

La Cour s'est contentée de prendre note de cette position sans en tirer de conséquences⁸⁹.

⁸⁵ *Affaire M. & Co. c. R.F.A.*, Requête n° 13258/87, décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 9 février 1990, D.R., Vol. 64, à la page 152 ; *Tete c. France* (1987), C.E.D.H., en ligne : CEDH <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=prof&source=tkp&highlight=11123/84&sessionId=70573191&skin=hudoc-fr>>. ; *Affaire Matthews c. Royaume-Uni*, n° 24833/94, [1999] I C.E.D.H. au para. 32. On rappellera que dans le cadre de l'affaire de Nauru, les trois États agissant comme autorité administrante de Nauru (Australie, Royaume-Uni et Nouvelle-Zélande), conclurent un traité en vertu duquel l'Australie « continuera à exercer dans ledit territoire pleins pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires », ce pays agissant donc en représentation des deux autres. *Accord de tutelle pour le territoire de Nauru*, 1^{er} novembre 1947, 10 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1^{er} novembre 1947 à l'art. 4. Le juge Oda y vit « une délégation de pouvoir de la part de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni » et surtout que « ni l'un, ni l'autre, ne fussent, par cette disposition, exonérés de toute responsabilité », *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, « Opinion dissidente de Monsieur Oda », [1992] C.I.J. rec. 240 au para. 5. Comme l'a écrit le professeur Brownlie, « a State cannot by delegation (even if this be genuine) avoid responsibility for breaches of its duties under international law », Ian Brownlie « State Responsibility: The Problem of Delegation », in *Völkerrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Realität. Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1994, à la p. 300.

⁸⁶ Comme l'a souligné l'International Law Association (ILA), « [t]he constituent instrument can only depart from otherwise applicable rules of international law as between the members of the international organisation », ILA, « Report of the seventy-first conference held in Berlin » (2004) 71 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. à la p. 186. Voir aussi Ian Brownlie, « The Responsibility of States for the Acts of International Organizations », dans Maurizio Ragazzi (dir.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 2005 à la p. 359.

⁸⁷ *Plaidoirie Sall*, supra note 57 à la p. 18 au para. 11.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Belgique c. Sénégal*, supra note 7 au para. 48.

Bien que sans rapport direct avec l'ordonnance de la Cour rejetant la Demande, il convient d'indiquer, afin d'être exhaustif sur cette question, que la nature et la portée du mandat furent discutées par la Cour de la CEDEAO dans son arrêt du 18 novembre 2010. En premier lieu, la Cour de la CEDEAO a souligné que c'était bien en vertu de ce « mandat » et non en vertu de ses obligations personnelles en tant que partie à la *Convention contre la torture* que le Sénégal devait poursuivre Monsieur Habré et avait pris les mesures législatives nécessaires à cette fin⁹⁰. En second lieu, la Cour de la CEDEAO a constaté que le Sénégal ne pouvait pas, en vertu du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale et du respect de l'autorité de la chose jugée, juger lui-même Monsieur Habré et, donc, que le « mandat » de l'UA ne pouvait pas être interprété comme ayant donné au Sénégal pour mission de juger Monsieur Habré. Enfin, la Cour a conclu que le « mandat » en question avait en réalité pour objet « une mission de conception et de suggestion de toutes les modalités propres à poursuivre et faire juger dans le cadre strict d'une procédure spéciale *ad hoc* à caractère international telle que pratiquée en droit international »⁹¹. Pour arriver à cette étonnante interprétation qui s'écarte manifestement du texte de la décision de l'UA, la Cour de la CEDEAO a avancé l'argumentation suivante :

dans la mesure où l'objet essentiel de la présente affaire découle du mandat donné par l'Union Africaine au Sénégal pour juger « *au nom de l'Afrique par une juridiction compétente avec les garanties d'un procès juste* », la Cour se doit de rechercher l'équation ou l'équilibre entre le fond du mandat et les méthodes qu'emprunte généralement le droit international dans pareilles situations.

La Cour relève que le fond du mandat de l'Union Africaine exprime ce que le *Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques* a consacré à son article 15 lorsque ce texte dispose:

1. « Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier.

2. *Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement ou à la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations* ».

Du premier paragraphe de ce texte, la Cour note que si les faits à la base de

⁹⁰ *Habré c. Sénégal*, *supra* note 45 aux para. 54-55. Dans cet arrêt, « la Cour constate que l'État du Sénégal a sollicité et obtenu de l'Union Africaine un mandat pour poursuivre et juger Monsieur Hissein Habré au nom de l'Afrique par une juridiction compétente avec les garanties d'un procès juste. La Cour relève aussi que, pour exécuter un tel mandat donné par l'Union africaine, l'État du Sénégal, dont la justice a eu déjà à constater par des décisions devenues définitives, l'absence d'incriminations dans l'ordre juridique interne des faits pour lesquels l'Union africaine a donné mandat au Défendeur, a usé des nouvelles dispositions constitutionnelles et législatives dont la rétroactivité est critiquée par le Requérant ».

⁹¹ *Ibid.* au para. 61.

l'intention de juger le requérant ne constituaient pas des *actes délictueux d'après le droit national* sénégalais, (d'où le Sénégal viole le principe de non rétroactivité consacré dans le texte) ils sont au regard du *droit international*, tenus comme tels.

Or, c'est pour éviter l'impunité des actes considérés, *d'après le droit international*, comme délictueux que le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte prévoit la possibilité de juger ou de condamner « *tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations* ».

La Cour partage donc les nobles objectifs contenus dans le mandat de l'Union Africaine et qui traduit l'adhésion de cette Haute Organisation aux principes de l'impunité des violations graves des droits humains et de la protection des droits des victimes.

Toutefois, la Cour relève que la mise en œuvre du mandat de l'Union Africaine doit se faire selon la coutume internationale qui a pris l'habitude dans de telles situations de créer des juridictions *ad hoc* ou spéciales. L'expression « *juridiction compétente* » contenue dans ce mandat ne signifie rien d'autre que la mise en place d'un cadre judiciaire *ad hoc* dont la création et les attributions trouveraient leur bas relief dans les dispositions de l'article 15.2 du *Pacte international sur les droits civils et politiques* et que le Sénégal est chargé de proposer au mandant les formes et modalités de mise en place d'une telle structure.

Ainsi, toute autre entreprise du Sénégal en dehors d'un tel cadre violerait, d'une part, le principe de la non rétroactivité de la loi pénale, consacré par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme comme étant un droit intangible et d'autre part, ferait obstruction au respect du principe de l'impunité consacré par les mêmes textes internationaux.⁹²

On ne peut douter de l'habileté des juges de la Cour de la CEDEAO. Ils sont su, d'une part, éviter la délicate question de la validité du mandat de l'UA⁹³ en le

⁹² *Ibid.* au para. 58.

⁹³ En droit international, le représentant n'a pas le pouvoir d'accomplir les actes que le représenté lui-même n'aurait pas le droit de réaliser : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Ainsi, dans l'affaire *Estate of Filippo Cassola*, les juges américains décidèrent que le consul suisse, dans l'exercice de la protection diplomatique et consulaire déléguée par l'Italie devant les États-Unis, n'avait pas le pouvoir d'intervenir dans une procédure de succession parce que les propres autorités italiennes n'avaient pas un tel pouvoir en raison de la dénonciation du traité consulaire entre l'Italie et les États-Unis et refusèrent donc la protection réalisée par le consul suisse, quand bien même la même action, si elle avait été réalisée par le même consul en nom propre (c'est-à-dire au nom de la Suisse, dont il est l'agent) aurait été acceptée. *Estate of Filippo Cassola*, (1944), Surrogate's Court, New York, 183 Misc. 66, dans Sereni, *supra* note 79 à la p. 142. Or, en vertu du principe de spécialité, l'UA ne pouvait pas donner un mandat au Sénégal pour juger Monsieur Habré si elle-même n'avait pas ce pouvoir conformément à sa charte constitutive et à au droit international. La Charte de l'UA ne prévoit, sur ce point, qu'une très vague référence au « rejet de l'impunité » parmi les principes conformément auxquels l'U.A. fonctionne. *Acte constitutif de l'Union africaine*, 11 juillet 2000, (entrée en vigueur : 26 mai 2001) 2158 R.T.N.U. 3 à l'art. 4(o). Les avocats de Monsieur Habré ont alors argué que le « mandat était totalement illégal, l'UA étant une institution politique, elle n'avait pas compétence pour statuer sur des affaires judiciaires ». « L'Arrêt de la Cour de justice de la CEDEAO du 18 novembre 2010 sur l'affaire HH : Analyse et commentaires », en ligne : Zoom sur le Tchad

transformant en une simple mission d'organisation « événementielle », d'autre part, donner une échappatoire au Sénégal en confirmant son incapacité à poursuivre Monsieur Habré nonobstant ses efforts et, enfin, transférer l'obligation de poursuivre Monsieur Habré sur les épaules de la communauté internationale. Sans surprises, « l'Etat sénégalais s'est réjoui de cette décision »⁹⁴ et pour cause : son obligation de poursuivre ou d'extrader aux termes de l'article 7 de la *Convention contre la torture* fut réduite à une obligation de coordination des efforts de la communauté internationale pour juger Monsieur Habré. À la suite de l'arrêt de la Cour de la CEDEAO, l'UA, le Tchad, l'Union européenne, l'Allemagne, la Belgique, la France, le Luxembourg et les Pays-Bas acceptèrent de financer le procès Habré⁹⁵.

3. L'ABSENCE D'URGENCE DES MESURES SOLLICITÉES PAR LA BELGIQUE

Rappelant que « le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires ne sera exercé que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige avant la Cour n'ait rendu sa décision définitive »⁹⁶, la Cour a, en dernier lieu, examiné s'il existait ou non une urgence en l'espèce.

Selon la Belgique, son droit à la poursuite ou à l'extradition de Monsieur Habré courrait le risque d'être irrémédiablement atteint avant d'être reconnu par la Cour puisque, selon la presse, « [le président Wade] ferait que Monsieur Habré abandonne le Sénégal, même s'il ne savait pas où l'intéressé irait, qu'il accepterait de le juger si on lui donnait les moyens, ou encore que, si le procès ne se tenait pas, il renverrait Monsieur Habré chez lui ou au président de l'Union africaine »⁹⁷. La Belgique arguait que ces menaces impliquaient un risque de fuite de Monsieur Habré ce qui, logiquement, rendrait impossible pour le Sénégal de se conformer à ses obligations au titre de la *Convention contre la torture*. La Belgique ajoutait, à juste titre, que cette violation ne saurait être réparée par d'autres moyens, notamment par le biais d'une compensation⁹⁸.

Dans un premier temps, le Sénégal a argué que les propos du président sénégalais⁹⁹ n'étaient pas de nature à porter atteinte aux droits revendiqués par la

http://www.zoomtchad.com/index.php?option=com_content&task=view&id=155&Itemid=47.

⁹⁴ « Le Sénégal doit mettre en place un tribunal *ad hoc* pour juger Hissène Habré » RFI (18 novembre 2010), en ligne : RFI <www.rfi.fr/print/324022?print=now>.

⁹⁵ Au lieu des 27 millions d'euros réclamés par le Sénégal pour qu'il juge Habré, les européens, l'UA et le Tchad estimèrent que 8,5 millions (qu'ils promirent de donner) étaient suffisants. Le Sénégal n'a pas, pour sa part, offert un centime. *Document final de la Table ronde des donateurs pour le financement du procès de Monsieur Hissene Habré*, (24 novembre 2010), en ligne : HRW <www.hrw.org/fr/news/2010/11/24/document-final-de-la-table-ronde-des-donateurs-pour-le-financement-du-proc-s-de-mons>.

⁹⁶ *Belgique c. Sénégal*, *supra* note 7 au para. 62.

⁹⁷ *Ibid.* au para. 63.

⁹⁸ *Ibid.* au para. 64.

⁹⁹ « Abdoulaye Wade : "Le Sénégal ne peut accepter la fuite des cerveaux" », *Leral* (18 décembre 2008), en ligne : Leral.net <http://www.leral.net/Abdoulaye-Wade-Le-Senegal-ne-peut-accepter-la-fuite-des-cerveaux_a2264.html>. « Sur ce dossier, le Sénégal est victime de sa bonne volonté. Ma conviction,

Belgique et que ceux-ci avaient été déformés par les journalistes. Selon le Sénégal, au contraire, c'était précisément pour forcer la main des bailleurs de fonds et, donc, pour garantir les poursuites qu'il avait proféré ces menaces, avant d'ajouter que « les autorités sénégalaises attestent que celles-ci exécutent de bonne foi leurs obligations en vertu de la *Convention contre la torture* »¹⁰⁰.

Dans un second temps, les agents sénégalais ont fait, lors de l'audience, la promesse formelle que leur pays ne se débarrassera pas de Monsieur Habré :

Le Sénégal ne permettra pas à Monsieur Habré de quitter le Sénégal aussi longtemps que la présente affaire sera pendante devant la Cour. Le Sénégal n'a pas l'intention de permettre à Monsieur Habré de quitter le territoire alors que cette affaire est pendante devant la Cour.¹⁰¹

Cette promesse sénégalaise a satisfait la Belgique, laquelle a déclaré que la « déclaration solennelle faite par l'agent du Sénégal [...] pourrait suffire à la Belgique pour considérer que sa demande en indication de mesures conservatoires n'aurait plus d'objet, pour autant que certaines conditions soient remplies »¹⁰², à savoir si « ladite déclaration était claire et sans condition, et qu'elle garantissait que toutes les demandes nécessaires seraient prises par le Sénégal pour que Monsieur Habré ne quitte pas le territoire sénégalais »¹⁰³.

Dans la mesure où le Sénégal avait par ailleurs assuré que des mesures efficaces de contrôle ainsi que la mobilisation d'une unité d'élite des forces militaires sénégalaises pour surveiller Monsieur Habré avaient été prises, la Cour a « prenant acte des assurances données par le Sénégal, constat[é] que le risque de préjudice irréparable aux droits revendiqués par la Belgique n'[était] pas apparent à la date à laquelle la présente ordonnance [fut] rendue » et conclu qu'il n'existait pas d'urgence justifiant l'indication des mesures conservatoires¹⁰⁴.

La Belgique avait donc pratiquement reconnu que sa demande de mesures conservatoires était devenue sans objet et les garanties supplémentaires qu'elle sollicitait ne semblaient plus nécessaires puisque le Sénégal avait pris, au cours de l'instance, des mesures entravant la liberté de mouvement de Monsieur Habré. Il semblait ainsi difficile de justifier des mesures conservatoires à moins, comme le demandait le juge Cançado Trindade, d'en faire un exemple.

c'est que des chefs d'État africains doivent être jugés par des Africains. Compte tenu de cela, j'ai accepté que le Sénégal juge Hissène Habré, à la demande de l'Union africaine. Nous avons modifié notre Constitution afin de pouvoir le faire. Restait le problème du coût du procès. Nous avons fait une évaluation avec l'Union européenne et l'ONG *Human Rights Watch*. Nous sommes parvenus à un accord sur la somme nécessaire à la tenue du procès, en précisant que ce serait un trésorier *ad hoc* et non le Sénégal qui gèrerait ces fonds. Mais personne ne donne un franc! Je vais donc mettre en garde mes homologues lors du prochain sommet de l'Union africaine en janvier et, si des dispositions ne sont pas prises, peut-être renverrai-je Hissène Habré au Tchad. Mais en tout cas, si le procès ne se tient pas, je ne le garderai pas encore longtemps au Sénégal ».

¹⁰⁰ *Belgique c. Sénégal*, *supra* note 7 au para. 67.

¹⁰¹ *Ibid.* au para. 68.

¹⁰² *Ibid.* au para. 69.

¹⁰³ *Ibid.* au para. 33.

¹⁰⁴ *Ibid.* aux para. 72-73.

B. Le refus de la Cour de s'engager dans le combat idéologique pour l'« humanisation du droit international » du juge Cançado Trindade

C'est une approche tout à fait classique que la Cour a employé dans son analyse des droits devant être protégés par les mesures conservatoires sollicitées et de leur urgence. Cette attitude fut critiquée âprement par le juge Cançado Trindade. En arguant que les « vrais » droits à protéger étaient les droits de l'homme des victimes, le juge Cançado Trindade a exhorté la Cour à imposer *motu proprio* des mesures visant à protéger ces droits.

C'est sans surprises que la Cour a refusé de s'engager dans cet activisme judiciaire, marquant ainsi le fossé de plus en plus profond qui sépare les défenseurs du « nouveau *jus gentium* » du droit international positif. Dans la mesure où le droit de la Belgique et son intérêt à agir pour obtenir le jugement ou l'extradition de Monsieur Habré pour les crimes commis à ses nationaux suffisaient largement, il était inutile pour la Cour de s'aventurer dans l'application d'une théorie aux fondements juridiques douteux (1). Le faire, relevait, en fait, d'un pur prosélytisme incompatible avec les fonctions judiciaires de la Cour (2).

1. LE CARACTÈRE SUPERFLU DE L'APPLICATION DE LA THÉORIE DE « L'HUMANISATION DU DROIT INTERNATIONAL » DU JUGE CANÇADO TRINDADE

Comme il ressort des développements ci-dessus, les parties et la majorité de la Cour se sont intéressées exclusivement aux droits de la Belgique en tant que partie à la *Convention contre la torture*.

Dans un vibrant plaidoyer pour un droit universel qui serait prétendument plus adapté aux « réalités » contemporaines, le juge Cançado Trindade a argué que, quels que soient les droits de la Belgique en tant que partie à la *Convention contre la torture*, c'étaient les droits des victimes qui devaient être protégés par la Cour.

Accusant ses contradicteurs de « *[n]ostalgics of the past, clung to their own dogmatism* », le juge Cançado Trindade a argué que depuis trente ans la Cour aurait « *overcome the strictly inter-State outlook in the acknowledgment of the rights to be preserved by means of its orders of provisional measures* ». Ainsi, malgré le caractère exclusivement interétatique des différends pouvant être soumis à la Cour, il considère que les États « *have no longer the monopoly of the rights to be preserved* » et a appelé la Cour à transcender « *the artificial inter-State dimension of the past* » pour préserver les droits des vrais et ultimes titulaires des droits : les hommes¹⁰⁵.

Plus particulièrement, le droit que, selon Cançado Trindade, la Cour devait protéger serait « *the right to the realization of justice* »¹⁰⁶ dont, en dépit des termes des articles 5 et 7 de la *Convention contre la torture*, les « vrais » titulaires seraient les

¹⁰⁵ *Affaire relative à des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader)Belgique c. Sénégal)*, « Opinion dissidente du juge Cançado Trindade », en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/docket/files/144/15154.pdf> [*Opinion Cançado*] aux para. 21-25.

¹⁰⁶ *Ibid.* aux para. 55 et 60.

personnes privées :

The right to the realization of justice is a right under the United Nations Convention against Torture, which corresponds to the aforementioned obligations. The subjects (titulaires) of this right are all the States parties to that Convention, amongst which are Belgium and Senegal. But the ultimate beneficiaries of that right are not the States, are not abstract entities, but rather human beings, of flesh and bones, of body and soul, who, like everyone, grow old and die. To overlook this fact amounts to wander in a Vattelien dream world of a strictly inter-State society which is long past.¹⁰⁷

Puis, critiquant la position de la Belgique et du Sénégal qui « *repeatedly referred to their own obligations as State parties to the 1984 United Nations Convention against Torture* »¹⁰⁸, le juge Cançado Trindade, invoquant le caractère de *jus cogens* de l'interdiction de la torture ainsi que la nature *erga omnes* des obligations de protection contre les actes de torture, a précisé que « *[t]he facts where from the right to be preserved in the cas d'espèce emerged were violations of jus cogens. The realization of justice grows in importance* »¹⁰⁹. Il en a déduit que :

Obligations erga omnes cannot properly be approached from a strictly inter-State perspective, which would no longer reflect the essence of the contemporary international legal order. Those obligations disclose not only a horizontal dimension, as they are owed to the international community as a whole (a point overworked in expert writing), but also, in my perception, a vertical dimension, as compliance with them is required not only from organs and agents of the public power, but also from natural persons (simples particuliers), in their inter-individual relations (a point insufficiently examined in expert writing to date). A proper understanding of the scope of those obligations, and due compliance with them, can help to rid the world of violence and repression, such as those which, in the present case, victimized thousands of persons in the years of the Habré régime in Chad (1982-1990).¹¹⁰

On retrouve ici, quasiment mot pour mot, la théorie de l'« humanisation du droit international » que le juge Cançado Trindade a réussi à imposer dans la jurisprudence de la CIDH en tant que président de cette institution. En effet, comme l'a décrit un auteur, sous l'impulsion du juge Cançado Trindade, la CIDH a assumé une

conception particulière du droit international [...] [qui] entend rompre avec le « positivisme juridique » [...] au profit d'un droit « véritablement universel » applicable tant aux États qu'aux êtres humains. Ce processus, qu'Antonio Cançado Trindade, Président de la Cour interaméricaine, nomme l'« humanisation du droit international », implique une construction juridique fondée sur des concepts contournant le « positivisme juridique ». Pour ce faire, la Cour interaméricaine va faire appel à deux concepts qui,

¹⁰⁷ *Ibid.* au para. 61.

¹⁰⁸ *Ibid.* au para. 65.

¹⁰⁹ *Ibid.* au para. 68.

¹¹⁰ *Ibid.* au para. 72.

sans se confondre, convergent : le concept d'obligation *erga omnes* et celui de *jus cogens*.

[...] Selon le Président de la Cour, les obligations *erga omnes* ont deux dimensions, horizontale et verticale, qui se complètent. Dans leur dimension horizontale, les obligations *erga omnes* s'adressent à la communauté internationale entière. [...] Dans leur dimension verticale, les obligations *erga omnes* de protection des droits de l'homme lient tant les organes et les agents publics que les simples particuliers dans leurs relations inter-individuelles. Dans le cadre conventionnel, la portée des obligations *erga omnes* impose que l'État assure le respect des droits de l'homme par tous y compris dans les relations entre particuliers. [...] [E]n raison de son appartenance au *jus cogens*, qui revêt un caractère impératif [une règle de droit international], entraîne des obligations *erga omnes* de protection qui lient tous les États et génère des effets à l'égard des tiers, en ce compris les particuliers.¹¹¹

Visiblement, les autres membres de la Cour n'ont pas partagé la vision engagée du juge Cançado Trinidad et on ne saurait les critiquer compte tenu des failles de la théorie de « l'humanisation du droit international ».

En premier lieu, l'indéniable fait que les particuliers soient les bénéficiaires ultimes de la *Convention contre la torture* – ainsi que de certaines mesures provisoires ordonnées par la Cour – ne permet pas pour autant de soutenir qu'ils sont les créanciers de l'obligation de poursuivre ou d'extrader à la charge du Sénégal. Toute règle juridique, voire la totalité du droit, a été établie en faveur des personnes : « *hominum causa omne jus constitutum sit* »¹¹²

Le critère déterminant pour savoir si les particuliers sont les titulaires d'un droit subjectif ou les créanciers d'une obligation internationale prévue par une disposition particulière d'une convention internationale n'est pas le fait qu'ils bénéficient de la prestation imposée à l'État débiteur ni même que l'objectif du traité est d'en faire les bénéficiaires. L'objectif des traités internationaux est, fréquemment, la protection d'intérêts particuliers. Tout dépend du moyen par lequel cet objectif est poursuivi. Le plus souvent, les particuliers bénéficient d'une manière indirecte d'un traité : les États s'obligent, mais seulement envers d'autres États, à prendre certaines mesures ou à s'abstenir de certains comportements dans l'intérêt des particuliers. Comme l'indique Monsieur Villalpando sur la protection des intérêts des particuliers, « [e]n règle générale, l'ordre juridique international reconnaît leur intérêt, mais ne leur attribue pas une prérogative correspondante : l'intérêt est ainsi protégé de manière indirecte, par la prérogative correspondante, conférée aux États, au respect de certaines obligations internationales »¹¹³.

C'est une confusion dans les catégories élémentaires de la technique

¹¹¹ Ludovic Hennebel, « 'L'humanisation' du droit international des droits de l'homme. » Commentaire sur l'avis consultatif no 18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants, (2004) 59 Rev. trim. dr. h. 747 aux pp. 751-755.

¹¹² Dig. 1,5,2 (Hermogénien).

¹¹³ Santiago Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, Paris, P.U.F., 2005 à la p. 311.

juridique d'assimiler les bénéficiaires d'une disposition aux titulaires d'un droit subjectif¹¹⁴. S'agissant, en l'espèce, de l'obligation de poursuivre ou d'extrader Monsieur Habré prévue par l'article 7 de la *Convention contre la torture*, c'est par le biais de l'exercice de prérogatives exclusivement étatiques des États parties que les particuliers bénéficient de façon ultime de l'obligation à la charge du Sénégal.

En second lieu, seul un raccourci constitutif d'une pétition de principe permet de soutenir qu'une obligation *erga omnes* (dans le sens du célèbre *dictum* de la Cour dans l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*¹¹⁵) a pour effet de créer des droits en faveur des particuliers du fait, précisément, de sa nature *erga omnes*. L'identification des créanciers des obligations *erga omnes* est, malgré la multitude d'études consacrées aux obligations *erga omnes*, rarement analysée. Comme l'indique Monsieur Voeffray :

Tel Janus, la règle juridique a deux visages : celui de l'obligation et celui du droit correspondant. S'agissant des obligations *erga omnes*, l'aspect obligataire a été passablement commenté dans la doctrine. En revanche, l'autre versant du concept, celui de la créance, a été souvent laissé en friche. Dire que les obligations *erga omnes* sont dues à l'égard de tous n'est qu'une simple traduction en français de l'expression latine, une forme de lapalissade. Il convient donc de se demander qui sont les créanciers de ces obligations¹¹⁶.

Le juge Cançado Trindade tire profit de l'ambiguïté du terme *omnes* (qui n'identifie pas les titulaires) pour prétendre que la « communauté internationale dans son ensemble » à laquelle fait référence la jurisprudence de la Cour renverrait non seulement à l'ensemble des États et des peuples mais aussi aux individus. L'inclusion des particuliers parmi les créanciers des obligations dues à la « communauté internationale dans son ensemble » est, pourtant, loin de faire l'unanimité. Non seulement la Cour, dans sa construction jurisprudentielle du concept d'obligations *erga omnes*, se réfère de façon répétée à « tous les États »¹¹⁷, « chaque État »¹¹⁸, mais,

¹¹⁴ Comme l'a souligné la Cour de cassation italienne au sujet des règles du droit international humanitaire en matière d'occupation : « Though they are intended to protect the fundamental interests of the inhabitants of an occupied territory, it is well known that international rules concerning military occupation (whether these be customary or treaty rules) do not contain special guarantees that could be invoked by an individual against the occupying State. On an international plane, rather, the non-observance of these rules entails the exclusive responsibility of States », Corte di Cassazione (Sezioni Unite), *Amministrazione Diesa v. Babarovic*, 17 mars 1978, No. 1332, 5 [1980-1981] Italian Y.B. Int'l L. 279 à la p. 283.

¹¹⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, [1970] C.I.J. rec. 3 au para. 33. La Cour précise qu'« [u]ne distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes* ».

¹¹⁶ François Voeffray, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Paris, P.U.F., 2004 à la p. 247.

¹¹⁷ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] C.I.J. Rec. 136 aux para. 155 et 159 [*Avis sur le mur*].

en plus, elle précise que « l'opposabilité *erga omnes* d'une norme »¹¹⁹ veut dire « opposables à tous les États »¹²⁰.

Le nature *erga omnes* d'une obligation a pour conséquence d'octroyer à tous et à chacun des États « un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés » sans pour autant les transformer en titulaire du droit en question. En effet, l'analyse de l'identité des titulaires de l'obligation *erga omnes* est faite à partir du contenu de la règle invoquée. La nature *erga omnes* d'une règle ne transforme pas les sujets intéressés en titulaires des droits énoncés dans cette règle. Ainsi, par exemple, dans l'avis *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour a précisé que : « Les obligations *erga omnes* violées par Israël sont l'obligation de respecter le droit du peuple palestinien à l'autodétermination ainsi que certaines des obligations qui sont les siennes en vertu du droit international humanitaire »¹²¹. Le droit à l'autodétermination est et demeure celui de son titulaire, les Palestiniens, nonobstant sa nature *erga omnes* qui, par ailleurs, donne un intérêt juridique à tous et chacun des États au respect de ces obligations. Comme l'a indiqué Monsieur Villalpando :

Indéniablement, des entités autres que les États tirent souvent un avantage des biens ou des valeurs collectifs, soit de manière indirecte [...] soit de manière directe (ainsi, les individus en tant que bénéficiaires ultimes des droits de l'homme ou les peuples titulaires du droit à l'autodétermination). [...] Si l'existence de ces normes peut porter à considérer la manière par laquelle l'ordre juridique prend en compte de tels intérêts extra-étatiques, elle n'implique pas la négation de l'intérêt concomitant des États à la réalisation et la préservation des biens ou valeurs collectives. Au contraire, il nous semble que cet intérêt étatique est déterminant dans le mouvement communautaire et constitue l'objet essentiel du rapport juridique concernant les obligations *erga omnes*, lequel suppose une situation juridique active des autres États.¹²²

Le fait qu'une obligation internationale soit qualifiée d'*erga omnes* ne signifie pas que sa violation par un État porte préjudice à tous les membres de la communauté internationale de façon identique. Les obligations *erga omnes* créent un simple intérêt de caractère général sans que les intéressés puissent exiger l'ensemble des droits reconnus au titulaire qui pourrait être un sujet lésé en cas de violation¹²³. Le

¹¹⁸ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, [1996] C.I.J. rec. 595 au para. 31.

¹¹⁹ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, [1995] C.I.J. rec. 90 au para. 29.

¹²⁰ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, [1971] C.I.J. rec. 16 au para. 126 [*Avis sur la Namibie*].

¹²¹ *Avis sur le mur*, *supra* note 117 au para. 155. Voir par ex. l'*Avis sur la Namibie*, la Cour se réfère à la « violation de ses [celles de l'Afrique du Sud] obligations internationales ou des droits du peuple Namibien », *Avis sur la Namibie*, *supra* note 120 à la p. 54.

¹²² Villalpando, *supra* note 113 à la p. 309.

¹²³ Les articles sur la responsabilité internationale des États adoptés par la Commission de droit international reflètent cet acquis en distinguant, aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale, l'État lésé (article 42) et les « États autres que l'État lésé » (article 48). Commission du droit international, *Annuaire de la Commission du droit international*, II/2 (2001), aux pp. 316-324 et 343-349.

droit corrélatif à l'obligation *erga omnes* sur l'interdiction de la torture¹²⁴ a pour objet le respect de cette obligation en question, non les droits des victimes des actes de torture ou de leur État national.

Quand bien même on admettait que, en raison de la nature *erga omnes* des obligations en question, tous les membres de la communauté internationale sont habilités à en exiger le respect, il n'en resterait pas moins que l'État national se trouve de toute façon placé dans une situation particulière du fait de son intérêt propre à obtenir le respect des principes en question en la personne de son ressortissant. Or, tel était précisément la position de la Belgique en l'espèce. Il en ressort donc que l'exposition du juge Cançado Trindade sur les effets du caractère *erga omnes* de l'interdiction de la torture était superflue en l'espèce et prend des accents du prosélytisme.

2. L'ATTACHEMENT DE LA COUR À SON INDÉPENDANCE JUDICIAIRE

Suivant son approche traditionnelle, la Cour a analysé l'urgence en déterminant si les droits revendiqués (le droit d'obtenir la poursuite ou l'extradition de Monsieur Habré) pouvaient souffrir un préjudice irréparable avant qu'elle ne puisse se prononcer sur ceux-ci dans sa décision finale. Comme l'a souligné un auteur, il s'agit là du concept traditionnel d'urgence « *in the sense that action prejudicial to the rights of either party is likely to be taken before such final decision is given* »¹²⁵.

Considérant que ce concept traditionnel était déconnecté de la réalité humaine en l'espèce, le juge Cançado Trindade a avancé une toute autre conception de l'urgence :

*Furthermore, for the purposes of deciding whether to indicate provisional measures, the urgency of a situation cannot be measured in a way which appears disconnected from the human drama underlying the situation at issue; it is to be measured and determined in the light of the circumstances of each case and of the nature of the right to be preserved. Urgency is determined not in relation to time spans of legal procedures in force at domestic and international levels, but rather in relation to the legitimate expectations of the subjects of originally violated rights, those who are justiciable, and taking into account the time of human beings, which is not the same as the time of human justice*¹²⁶.

¹²⁴ *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, Jugement (10 décembre 1998) au para. 151 (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : TPIY <www.icty.org>. Le TPIY déclare que « l'interdiction de la torture impose aux États des obligations *erga omnes*, c'est-à-dire des obligations vis-à-vis de tous les autres membres de la communauté internationale dont chacun à un droit corrélatif. En outre, la violation de ces obligations porte simultanément atteinte au droit corrélatif de tous les membres de la communauté internationale et autorise chacun d'entre eux à exiger que l'État en cause remplisse son obligation ou, à tout le moins, cesse d'y contrevenir ou ne récidive pas ».

¹²⁵ Zan He, *The ICJ's Practice on Provisional Measures*, New York, Peter Lang, 2010 à la p. 105.

¹²⁶ Opinion Cançado, *supra* note 105 au para. 52.

Or, à ses yeux, le « vrai » droit menacé était le droit des victimes à obtenir justice, et donc :

Each time a surviving victim of torture, waiting for justice, dies without having had it, there is an (additional) irreparable harm. The prevailing impunity to date amounts in fact to a continuing situation of irreparable harm. Further delays in the cas d'espèce bring about the probability of further or growing irreparable harm. [...] As to the obligations corresponding to that right to be preserved, the segment aut judicare of the enunciation of the principle of universal jurisdiction, aut dedere aut judicare, forbids undue delays in the realization of justice. Such undue delays bring about an irreparable damage to those who seek justice in vain¹²⁷.

Dans cette perspective, les conditions pour ordonner des mesures provisoires seraient réunies puisque « [t]he several years of impunity [...] render the situation, in my view, endowed with the elements of gravity and urgency as prerequisites for the indication of provisional measures »¹²⁸.

Rappelant que la Cour peut ordonner *motu proprio* des mesures provisoires qu'elle considère nécessaires, le juge Cançado Trindade a critiqué ses collègues pour leur réticence à s'embrager dans la lutte pour le « *new jus gentium of our time* » :

Much to my regret, as a result of this decision, a precious occasion has been lost by the Court to contribute to the development of contemporary international law in a domain of crucial importance such as that concerning the principle of universal jurisdiction, on the basis of a high relevant United Nations Convention enshrining a series of obligations ensuing from the domain of jus cogens, the 1984 Convention against Torture.

[...]

This Court should in my view have remained seized of the matter at stake. It should not have relinquished its jurisdiction in the matter of provisional measures, on the ground of its reliance on what may have appeared the professed intentions of the parties, placing itself in a position more akin to that of a conciliator, if not an expectator. Had the Court done so, it would have assumed the role of the guarantor of the compliance, in the cas d'espèce, of the conventional obligations by the States parties to the United Nations Convention against Torture in pursuance of the principle aut dedere aut judicare.

We are here before the invocation of the principle of universal jurisdiction, grounded on a United Nations Convention which reckons the absolute prohibition of torture, bringing us to the domain of jus cogens, a conceptual construction proper of the new jus gentium of our times. In my understanding, the obligations set forth by the United Nations Convention against Torture are not simply obligations of conduct or behaviour, but

¹²⁷ *Ibid.* aux para. 62-63.

¹²⁸ *Ibid.* au para. 60.

*rather indeed obligations of result.*¹²⁹

Sans doute, la Cour aurait pu se détacher des positions des parties et ordonner *motu proprio* des mesures qui lui auraient semblé nécessaires car « le paragraphe 2 de l'article 75 du Règlement de la Cour reconnaît à la Cour, lorsqu'une demande en indication de mesures conservatoires lui a été présentée, le pouvoir d'indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées, ou des mesures à prendre ou à exécuter par la partie même dont émane la demande »¹³⁰. Il s'agit là d'un « pouvoir inhérent à sa fonction judiciaire d'indiquer des mesures conservatoires, qui lui donne toute latitude pour édicter des mesures conservatoires en dehors même de celles figurant dans la requête du demandeur, ou d'en décider *proprio motu* »¹³¹.

Or, en l'espèce, la Cour n'a pas considéré nécessaire de s'engager dans cette voie. On ne saurait la critiquer sur ce point. D'une part, parce que le droit en question était non le droit induit par le juge Cançado Trindade des dispositions de la *Convention contre la torture* mais celui de la Belgique de voir Monsieur Habré jugé ou extradé. Or, comme l'a indiqué le professeur Weckel, « Le président Wade a sauvé la face, mais il a été contraint pour y parvenir de reconnaître qu'il ne pouvait pas se livrer à un chantage à l'égard des Européens en menaçant de laisser partir Hissène Habré [...] La Belgique et l'Union européenne ont d'ores et déjà obtenu l'essentiel de ce qu'elles attendaient de la saisine de la CIJ : la certitude que le président Wade ne se débarrassera pas discrètement de son encombrant hôte »¹³². D'autre part, parce qu'une mesure tendant à forcer le Sénégal à accélérer les poursuites équivaldrait à préjuger sur la principale question débattue entre les parties. Enfin, parce que le propre juge Cançado Trindade arguait, non sans une certaine contradiction, que le droit des victimes à une justice immédiate avait déjà été violé de façon irréparable, créant ainsi un doute quant à la nécessité de mesures provisoires.

L'accusation de passivité nous semble être, par ailleurs, imméritée : la condition contenue dans la promesse sénégalaise (tant que l'affaire sera pendante devant la Cour) n'explique t-elle pas avec suffisance la démarche de la Cour tendant à conserver l'affaire inscrite dans son rôle alors que l'on peut se demander si un différend réel et actuel existait.

Ce que demandait le juge Cançado Trindade était donc en réalité une autre chose :

*« Had the ICJ issued the requested provisional measures, it would have taken upon itself the task or role of guarantor of the collective guarantee of the United Nations Convention against Torture »*¹³³ ; *« By means of its*

¹²⁹ *Ibid.* aux para. 85-89.

¹³⁰ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Ordonnance du 8 avril 1993, [1993] C.I.J. rec. 3 au para. 46.

¹³¹ *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, Ordonnance du 15 octobre 2008, [2008] C.I.J. rec. 353 au para. 149.

¹³² Philippe Weckel, « Observations », Rejet par la CIJ, *supra* note 10.

¹³³ *Opinion Cançado*, *supra* note 105 au para. 73.

*provisional measures, the ICJ can indeed contribute not only to the preservation of the right to the realization of justice in a given case, but also to the development of the law of nations itself, the new jus gentium of our times. [...] My own conception is that, by preserving rights whose subjects are not only States but also human beings, they can also contribute to the development of the law of nations (droit des gens) ».*¹³⁴

L'on sait que, en effet, les tribunaux internationaux des droits de l'homme ne se considèrent pas comme des organes judiciaires neutres devant trancher des litiges internationaux mais comme des gardiens engagés et volontaristes des droits de l'homme. Une telle attitude, pourtant, est incompatible avec l'indépendance de la fonction judiciaire internationale : « la Cour n'est pas un organe législatif. Sa mission est d'appliquer le droit tel qu'elle le constate et non de le créer »¹³⁵.

L'ordonnance de la Cour du 28 mai 2009, sous ses aspects anodins, cache une série d'enseignements importants sur la structure actuelle du droit international.

On retiendra en premier lieu que, comme l'avait déjà constaté le professeur Pellet, « même dans le domaine des droits de l'homme s'affirme le caractère « irréductible » de la souveraineté »¹³⁶. Le bon fonctionnement du droit international passe par et dépend du droit interne et, donc, des États. La protection des droits de l'homme n'est pas l'exception. La source des difficultés pour juger Monsieur Habré n'est-elle pas, précisément, le fait que le Sénégal n'avait pas pris les mesures internes nécessaires prévues par la *Convention contre la torture*? Le « mandat » de l'UA n'était qu'une grossière et inefficace mesure de colmatage qui, sans surprises, fut réduite à néant par le premier tribunal international ayant eu à se prononcer sur celui-ci. Le renvoi de l'affaire Habré devant une cour pénale *ad-hoc* devant être créée par la communauté internationale pour pallier les déficiences sénégalaises fait craindre pour l'avenir du principe *aut dedere aut judicare* dont l'effectivité repose entièrement sur la bonne foi des États parties.

Comme l'a souligné le professeur Weckel, on attendait du Sénégal, après qu'il ait refusé l'extradition de Monsieur Habré vers la Belgique sous prétexte que « les africains doivent être jugés par des africains », « qu'il juge et punisse le responsable présumé de crimes majeurs! qu'il se comporte comme un État souverain et donc responsable »¹³⁷. Monnayer les poursuites de Monsieur Habré était pourtant

¹³⁴ *Ibid.* au para. 92.

¹³⁵ *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, [1966] C.I.J. rec. 6 au para. 89. La Cour argue que : « Si, après avoir interprété d'une manière juridiquement exacte une situation donnée, on considère que certains droits allégués n'existent pas, on doit en accepter les conséquences. Il n'appartient pas à la Cour de postuler l'existence de ces droits pour éviter de telles conséquences. Ce faisant, elle se livrerait à une tâche essentiellement législative, pour servir des fins politiques qu'il n'entre pas dans les fonctions d'un tribunal de favoriser, si désirable cela soit-il ».

¹³⁶ Alain Pellet, *La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme. « Souveraineté du droit » contre souveraineté de l'Etat?* dans *Droit international et droits de l'homme*, Paris, Montchrestien, 1990 à la p. 107.

¹³⁷ Philippe Weckel, « Observations », Rejet par la CIJ, supra note 10.

exactement l'inverse. En effet, la justice a toujours été considérée comme devant échapper au négoce car touchant à une obligation essentielle. Il s'agit d'un élément inhérent qui définit l'État : l'État a l'obligation de rendre justice lorsqu'elle lui est demandée. « Rendre la justice est l'une des obligations fondamentales du souverain, formulée solennellement dans le serment du sacre, et il est évidemment inconcevable que ce devoir puisse être monnayé »¹³⁸. Ainsi, les manuels d'éthique du Moyen Âge destinés aux princes insistaient sur le devoir sacré que constitue pour le souverain l'obligation de rendre la justice¹³⁹.

En second lieu, on ne saurait passer sous silence le constat de la fissure qui sépare les tenants du « nouveau » droit international à vocation « humanitaire » et le droit international positif. L'ordonnance ici commentée démontre, pourtant, que « le militantisme droits-de-l'homme n'a pas sa place dans la doctrine internationaliste »¹⁴⁰ et ce n'est certainement pas un service pour ces droits de l'homme de faire violence aux institutions du droit international positif dont dépend leur mise en œuvre et leur effectivité.

II. *Affaire du Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*¹⁴¹

Le 29 septembre 2005, la République du Costa Rica a déposé auprès du Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre la République du Nicaragua au sujet de la licéité de certaines mesures réglementaires prises par le Nicaragua ayant trait à la liberté de navigation des bâtiments privés et publics battant pavillon du Costa Rica sur le fleuve San Juan.

Selon le Costa Rica, les mesures réglementaires prises par le Nicaragua violaient une série d'obligations internationales et, donc, engageaient sa responsabilité internationale. Plus particulièrement, le Costa Rica prétendait que le Nicaragua avait violé (i) s'agissant des bâtiments privés costaricains : (a) l'obligation de permettre à ces navires et à leurs passagers de circuler ou d'emprunter librement le fleuve San Juan à des fins commerciales y compris l'industrie du transport et du tourisme, et (b) l'obligation de permettre à ces navires d'acoster sur les rives du fleuve San Juan sans acquitter de droits et sans les forcer, ainsi qu'à leurs passagers, à s'arrêter ou à verser un droit de redevance ; s'agissant des bâtiments publics costa-ricains, l'obligation de les laisser naviguer sur le fleuve San Juan pour assurer la relève de postes frontaliers (y compris des militaires) et pour assurer la sécurité. Le Costa Rica invoquait par

¹³⁸ Benoît Garnot, *Histoire de la justice*, Paris, Gallimard, 2009 à la page 525.

¹³⁹ Dora M. Bell, *L'idéal éthique de la royauté en France au Moyen Âge d'après quelques moralistes de ce temps*, Paris, Minard et Genève, Droz, 1962 à la page 19. Il en va non seulement de la paix sociale et des vertus civiques, mais, en tant qu'être doué de raison à l'image de Dieu, il doit reproduire dans la sphère sociale l'attribut divin que constitue l'administration de la justice.

¹⁴⁰ Alain Pellet, « "Droits-de-l'homme" et droit international » (2001) 1 *Droits fondamentaux* 167 à la p. 169.

¹⁴¹ *Affaire du Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt, en ligne : CIJ<www.icj-cij.org/docket/files/133/15322.pdf> [*Costa Rica c. Nicaragua*].

ailleurs une obligation générale de coopération pour établir, d'un commun accord, les règles sur la circulation sur le fleuve San Juan¹⁴².

En réponse à ces revendications, le Nicaragua a mis en avant la légitimité de ses prérogatives réglementaires souveraines. En effet, selon le Nicaragua, non seulement les violations invoquées par le Costa Rica n'avaient pas eu lieu mais, en plus, les obligations invoquées n'existaient pas. Le Nicaragua a argué qu'il avait le droit de restreindre la liberté de navigation sur le fleuve San Juan pour des raisons de santé ou de sécurité. Le Nicaragua a, par ailleurs, fait une demande reconventionnelle visant à ce que le Costa Rica lui paye pour les services qu'il avait fournis afin de permettre la navigation sur le fleuve (y compris des charges pour l'amélioration de la circulation fluviale) et qu'il contribue financièrement aux travaux pour maintenir le débit du fleuve¹⁴³.

La dispute soumise à la Cour avait donc les traits caractéristiques d'un différend sur l'utilisation d'un fleuve transfrontalier. En effet, à la suite du *Tratado de límites entre Costa Rica y Nicaragua*¹⁴⁴, la frontière entre le Nicaragua et le Costa Rica suit le cours du fleuve San Juan dans sa partie nord-est. Dans les années 1870, le Nicaragua a mis en cause la validité du *Traité de 1858* en arguant des irrégularités dans la procédure constitutionnelle de ratification, invalidité qui fut rejetée par la sentence arbitrale du président des États-Unis d'Amérique¹⁴⁵. Le 5 août 1914, les États-Unis et le Nicaragua avaient conclu le *Traité Bryan-Chamorro* par le biais duquel le Nicaragua avait concédé aux États-Unis à perpétuité la propriété exclusive des terrains nécessaires à la construction d'un canal interocéanique qui serait construit en suivant le lac de Nicaragua et le fleuve San Juan. En 1916, le Costa Rica a saisi la Cour centraméricaine de justice qui a décidé, fait rarissime en droit international, que le *Traité Bryan-Chamorro* était contraire au *Traité de 1858* et à la Sentence Cleveland et donc invalide¹⁴⁶. Le *Traité Bryan-Chamorro* fut finalement dénoncé en 1970 sans jamais avoir été exécuté.

Les tensions entre les deux pays voisins ne disparaissent pas pour autant. Dès 1980, le Nicaragua adoptait une série de mesures réglementaires relatives à la circulation fluviale sur le fleuve San Juan et dès 1998 un différend s'était clairement cristallisé entre le Costa Rica et le Nicaragua¹⁴⁷ au sujet de leur licéité. À la base de cette dispute se trouve un désaccord quant à l'étendue des droits de navigation du Costa Rica sur le fleuve San Juan au titre du *Traité de 1858* et de la Sentence Cleveland.

¹⁴² *Ibid.* aux para. 12-13.

¹⁴³ Cette demande fut rapidement rejetée par la Cour en soulignant que la question avait déjà été tranchée par une sentence arbitrale entre les deux pays, *ibid.* au para. 155.

¹⁴⁴ *Traité sur les limites territoriales Cañas-Jerez* signé le 15 avril 1858, [entré en vigueur : 28 avril 1858]. La version originale (manuscrite) est accessible en ligne (en espagnol) : <www.archivonacional.go.cr/rinedu_limnicaragua.htm>. [*Traité de 1858*].

¹⁴⁵ Sentence arbitrale du président des États-Unis relative à la validité du *Traité de limites entre le Costa Rica et le Nicaragua* du 12 juillet 1858 (22 mars 1888), 28 R.S.A. 189 [Sentence Cleveland].

¹⁴⁶ *Costa Rica c. Nicaragua*, [1917] 11 Am. J. Int'l L. 181.

¹⁴⁷ Voir notamment l'étude du Ministère des affaires étrangères du Nicaragua du 26 août 1998 : *Algunos aspectos jurídicos sobre el Tratado Jerez-Cañas y el Laudo Cleveland*, en ligne : EURAM <www.euram.com.ni/pverdes/articulos/aspectos_juridicos_rio_san_juan.htm>.

C'est donc un différend lourdement chargé d'histoire que la Cour fut appelée à trancher. Au cœur du différend se trouvait le difficile équilibre que les parties avaient tenté d'atteindre par le biais de l'article 6 du *Traité de 1858* entre la souveraineté du Nicaragua et la liberté de navigation du Costa Rica. En effet, cet article consacre, d'une part que « [l]a République du Nicaragua aura exclusivement le *dominium* et le [*summum*] *imperium* exclusifs sur les eaux du fleuve San Juan » et, d'autre part, que « la République du Costa Rica aura toutefois un droit perpétuel de libre navigation sur lesdites eaux [...], [avec des objets de commerce], soit avec le Nicaragua ou avec l'intérieur du Costa Rica »¹⁴⁸.

Afin de concilier la souveraineté du Nicaragua sur le fleuve et la liberté de navigation du Costa Rica, la Cour a d'abord dû établir les normes applicables à la détermination du droit de libre navigation du Costa Rica (A) pour ensuite examiner l'étendue de ce droit (B). La Cour a alors examiné les limites au pouvoir souverain de réglementation du Nicaragua afin de déterminer si les mesures prises violaient le droit de libre navigation du Costa Rica et les conséquences de ces violations (C).

A. Le fondement juridique des droits revendiqués par le Costa Rica sur le fleuve San Juan

Le Costa Rica prétendait que son droit de libre navigation avait pour source le *Traité de 1858* et d'autres dispositions conventionnelles bilatérales ainsi que les règles coutumières applicables à la navigation sur les fleuves internationaux. Au cours de l'instance, le Costa Rica a revendiqué un droit supplémentaire d'origine coutumière : le droit de pêche de subsistance des riverains costaricains. La Cour a exclu la coutume comme source du droit de navigation (1) mais l'a retenu en ce qui concerne la pêche de subsistance (2).

1. L'EXCLUSION DE LA COUTUME « UNIVERSELLE » COMME FONDEMENT D'UN DROIT DE LIBRE NAVIGATION SUR LE FLEUVE SAN JUAN

Comme indiqué ci-dessus, le Costa Rica prétendait que, compte tenu du statut de « fleuve international » du San Juan, il possédait, en vertu des règles coutumières du droit international fluvial, un droit de coutumier de navigation¹⁴⁹. Pour le Nicaragua, le fleuve San Juan n'était pas un fleuve international puisqu'il coule entièrement à l'intérieur de son territoire. Par ailleurs, le Nicaragua a mis en doute l'existence d'un régime coutumier général des fleuves internationaux qui, de toutes

¹⁴⁸ Une traduction de l'article 6 est produite au para. 44 de l'arrêt de la Cour. Nous considérons, néanmoins, que le terme « *sumo imperio* » du texte original ne correspond pas à « l'*imperium* » mais au « *summum imperium* ». Par ailleurs, la traduction de la Cour rattache l'exclusivité mentionnée par cet article à la souveraineté nicaraguayenne (« le *dominium* et l'*imperium* exclusifs »), alors que dans le texte en espagnol (« *tendrá exclusivamente el dominio y el sumo imperio* ») le terme « exclusivement » est un adverbe qui signifie « uniquement ». *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 44.

¹⁴⁹ *Ibid.* au para. 32.

façon, aurait été supplanté par les dispositions du *Traité de 1858*¹⁵⁰.

On rappellera que, comme l'indique la professeure Ruiz-Fabri, « la notion de fleuve international est une notion purement juridique. Elle suppose que la voie d'eau traverse le territoire de plusieurs États (fleuve successif) ou serve de frontière à ces États (fleuve contigu) mais ne soustrait pas le fleuve à la souveraineté des États concernés »¹⁵¹. Certains fleuves peuvent posséder, alternativement, ces deux caractéristiques. Il doit également être souligné que, dans ce qu'on appelle le régime général du droit international fluvial, l'État riverain a l'obligation d'accorder l'exercice de la libre navigation aux bateaux qui battent pavillon des États riverains¹⁵². Pourtant, le statut coutumier des règles de ce régime général est controversée, voire l'existence même de coutumes générales d'un droit international fluvial car, « la présence d'un fleuve international induit des rapports fondamentalement bilatéraux et, qu'en fait, les moments où on ne retrouve pas les États deux à deux sont assez rares. En toute hypothèse, le multilatéralisme n'excède pratiquement jamais le groupe des États riverains d'un fleuve »¹⁵³.

En l'espèce, la Cour a évité l'épineuse question de l'application de règles coutumières sur les fleuves internationaux en soulignant que le *Traité de 1858* suffisait à régler la question de l'étendue des droits de libre navigation du Costa Rica¹⁵⁴.

Il est certain que ce genre de traités établissent un arrangement, une transaction entre la souveraineté territoriale de l'État sur lequel coule le fleuve et le droit de navigation pacifique aussi libre que possible et non discriminatoire en faveur des États riverains. « Traité-contrat » par excellence, le *Traité de 1858* établit un équilibre dans un domaine où le particularisme prime¹⁵⁵. Cela, sans doutes, laisse peu d'espace à la coutume internationale (autre que la coutume bilatérale).

Néanmoins, il convient de faire quelques remarques sur le langage utilisé par la Cour pour expliquer les rapports entre la coutume et le traité, langage qui peut

¹⁵⁰ *Ibid.* au para. 33.

¹⁵¹ Hélène Ruiz-Fabri, « Règles coutumières générales et droit international fluvial » (1990) 36 A.F.D.I. 818, à la p. 819. Voir aussi *Affaire relative à la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (1929), C.P.J.I. (sér. A) n° 23 à la p.25 [*Commission internationale de l'Oder*]. Selon la Cour, « l'internationalisation est liée à deux conditions : la voie d'eau doit être navigable, et elle doit servir naturellement d'accès à la mer à plus d'un État. Ce sont là [...] des deux caractéristiques par lesquelles on a, depuis longtemps, distingué les fleuves dits nationaux des fleuves internationaux ».

¹⁵² Voir : Jean-Paul Pancraccio, *Droit international des espaces : Air, mer, fleuves, terre, cosmos*, Paris, Armand Collin, 1997, aux pp. 115 et s., en particulier au para. 374.

¹⁵³ Ruiz-Fabri, *supra* note 151 à la p. 824.

¹⁵⁴ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 36. La Cour note que : « Le traité de limites de 1858 définit de manière complète les règles applicables à la portion en litige du fleuve San Juan en matière de navigation. Interprété à la lumière des autres dispositions conventionnelles en vigueur entre les deux Parties, et en conformité avec les décisions arbitrales ou judiciaires rendues à son sujet, ce traité suffit à résoudre la question de l'étendue du droit du Costa Rica à la libre navigation qui est présentement soumise à la Cour ».

¹⁵⁵ Il en découle que, comme l'a indiqué la Cour permanente de justice internationale (CPJI), des dispositions conventionnelles concernant certains fleuves sont inutilisables pour interpréter celles d'un autre fleuve. *Commission internationale de l'Oder*, *supra* note 151 à la p. 30.

engendrer certaines erreurs. Selon la Cour :

En effet, quand bien même la qualification de «fleuve international» [...] entraînerait l'application sur cette question de règles de droit international coutumier, de telles règles ne pourraient produire effet, tout au plus, qu'en l'absence de dispositions conventionnelles ayant pour résultat de les écarter, notamment parce qu'elles viseraient à définir de manière complète le régime applicable à la navigation, par les Etats riverains, sur un fleuve déterminé, ou une portion de celui-ci.¹⁵⁶

La formule que la Cour pourrait faire croire à une primauté naturelle du traité comme *lex specialis* et, inversement, un rôle subalterne et purement palliatif de la coutume en tant que « droit commun ». Or, rien ne justifie un tel a préjugé en faveur d'un traité sur la coutume:

- D'une part, affirmer que tout traité implique l'évacuation de la coutume revient, en fait, à créer une hiérarchie entre ces deux sources en méconnaissance du principe de l'autonomie ou indépendance des sources de droit international. Il n'existe pas, pourtant, de « spécialité inhérente » d'un traité par rapport à la coutume, pas plus qu'une spécialité inhérente d'un traité bilatéral sur un traité multilatéral. Seule la comparaison du contenu et de l'objet de la norme internationale conventionnelle et celle coutumière permet, en dernière instance, d'établir quelle est la *lex specialis* pour une situation particulière¹⁵⁷. La source est sans intérêt.
- D'autre part, la position selon laquelle les règles coutumières ne produisent d'effet qu'en l'absence de dispositions conventionnelles applicables s'inspire d'une vision contractualiste difficilement conciliable avec les caractéristiques du droit international. En effet, en droit interne, les dispositions générales sur les contrats spéciaux ne s'appliquent qu'afin de suppléer le silence du contrat. Un tel schéma n'est pas transposable en droit international¹⁵⁸. Il n'existe pas un régime général de « traités spéciaux » prêt à l'emploi dont les clauses pourraient s'appliquer en cas de silence des parties.
- Enfin, on parle aussi de spécialité – non sans un certain abus de langage – dans un sens qualitatif lorsqu'une disposition particulière entend déroger la loi générale et se présente comme une exception par rapport au droit commun¹⁵⁹ (c'est dans ce sens qu'en droit interne on parle de législation

¹⁵⁶ *Costa Rica c. Nicaragua*, supra note 141 au para. 35.

¹⁵⁷ La coutume internationale peut comporter une réglementation plus précise et complète qu'un traité. Voir par ex. *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, [1986] C.I.J. rec. 14 au para. 176.

¹⁵⁸ Anja Lindroos, « Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System : The Doctrine of *Lex Specialis* », (2005) 74 *Nordic Journal of International Law* 27 à la p. 39.

¹⁵⁹ Selon certains auteurs, « the idea of *lex specialis* finds its expression in the widely accepted notion that parties may – with few exceptions – “contract out” of rules of general international law, and effectively derogate from the general rules by establishing a different set of rules applicable between them ». *Ibid.* à la p. 37.

d'exception¹⁶⁰). Dans cette optique, la volonté normative des parties prime, de sorte qu'ils peuvent instaurer des règles moins précises ou complètes pour régir leur rapport. Si une telle faculté existe bien en droit international, cette intention de dérogation doit, néanmoins, être explicite¹⁶¹. Autrement, conformément à la règle coutumière incluse dans l'article 31(3)(c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁶², le traité devra être interprété à la lumière des règles du droit international général.

C'est donc uniquement sur la base du *Traité de 1858* et d'autres arrangements conventionnels portant sur le fleuve San Juan (à savoir l'Accord Fournier-Sevilla du 9 janvier 1956, le Communiqué conjoint Cuadra-Castro du 8 septembre 1995 et le Communiqué conjoint Cuadra-Lizano du 30 juillet 1998)¹⁶³ que le différend fut résolu par la Cour.

La Cour ajoute deux sentences arbitrales qui, avec les instruments susmentionnés, forment ce que l'on pourrait appeler le « régime conventionnel » du fleuve San Juan : « Les instruments conventionnels susmentionnés doivent être compris à la lumière de deux décisions importantes ayant tranché des divergences apparues entre les Parties dans la définition de leurs droits et obligations respectifs : la sentence arbitrale rendue par le président des États-Unis d'Amérique le 22 mars 1888 ; l'arrêt rendu, sur la requête du Costa Rica, par la Cour de justice centraméricaine le 30 septembre 1916 »¹⁶⁴.

Il doit être souligné à ce sujet que, en droit international, l'autorité de la chose jugée s'étend à l'interprétation du traité réalisée par un tribunal international. Comme l'a indiqué un auteur, « les deux parties, en invoquant l'arbitrage et déclarant dans l'acte compromissaire s'incliner devant la sentence arbitrale, ont accepté d'avance par cet acte l'interprétation ou l'application à laquelle se rallieront les arbitres. C'est cette interprétation ou l'application qui aura force de loi pour les parties dans l'avenir, et qui peut être regardée [...] comme "un protocole additionnel" au traité »¹⁶⁵. Ceci découle non seulement de la jurisprudence internationale¹⁶⁶, mais aussi de l'article 63(2) du Statut de la CIJ qui reprend la

¹⁶⁰ Jean-Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, P.U.F., 2001, aux pp. 191-192.

¹⁶¹ Selon les États-Unis, le traité de 1948 conclu avec l'Italie ne prévoyait pas l'obligation de l'épuisement des recours internes et il fallait en conclure que cette règle coutumière avait été écartée. La Cour fut d'avis que, au contraire : « les parties à un traité peuvent convenir, dans son texte, soit que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquera pas aux demandes fondées sur de prétendues violations de ce traité, soit confirmer qu'elle s'appliquera. Mais la Chambre ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écartée sans que l'intention de l'écartier soit verbalement précisée ». *Affaire de l'Eletronica Sicula S.p.A (ELSI) (États-Unis d'Amérique c. Italie)*, [1989] C.I.J. rec. 15 au para. 50 [ELSI].

¹⁶² *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

¹⁶³ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 aux para. 37-40.

¹⁶⁴ *Ibid.* au para. 41.

¹⁶⁵ J. Limburg, « L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales », (1929) 30 R.C.A.D.I. 519 à la p. 538 [J. Limburg].

¹⁶⁶ *Boundary dispute between Argentina and Chile concerning the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy*, (1994), 22 R.S.A. 3 au para 122. Le Tribunal explique que : « *in the international legal system, res judicata also applies to the meaning of the terms used in the propositions which make*

formule Asser des Conventions de La Haye de 1899 et 1907¹⁶⁷. Selon cette formule, lorsque l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres Etats que les parties en litige est en cause, chaque État partie a le droit d'intervenir au procès. S'il exerce cette faculté, « l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard »¹⁶⁸. Cette disposition établit d'une façon explicite que l'interprétation d'une convention est obligatoire pour les États parties à l'instance et les tiers intervenants¹⁶⁹. Compte tenu de l'aspect relatif de la force de la chose jugée¹⁷⁰, les décisions rendues par une juridiction internationale se souident aux normes qu'elles interprètent et appliquent uniquement entre les États parties à l'instance¹⁷¹. Sur ce point, comme l'a constaté un tribunal arbitral, les décisions judiciaires internationales déploient leurs effets au-delà du cas d'espèce, puisque l'interprétation fera corps avec le texte du traité entre les États parties :

S'il était vrai qu'un arrêt de la Cour n'est revêtu de l'autorité de la chose jugée que dans le seul cas qui a été décidé, cela signifierait que, si le « cas » concerne l'interprétation d'une clause de traité, l'interprétation donnée

up an arbitral award and that this meaning cannot be altered by any use subsequent to the decision or by the evolution of the language, or by acts or decisions of one of the parties to the dispute ». Voir aussi : *Owner of Thomas F. Bayard v. Great Britain*, Commission Mixte Etats-Unis / Grande Bretagne, (1925), 6 R.S.A 154, aux pp. 155-156.

¹⁶⁷ Le texte proposé par le Comité de juristes de 1920 pour l'intervention visée à l'article 63 du Statut de la C.P.J.I. sera adopté, par la suite, par l'Assemblée de la Société des Nations et deviendra aussi, en 1945, celui de l'article 63 du Statut de la Cour actuelle. Sur ce point, le Comité de juristes a précisé que « Ce dernier article est adopté sous la forme suivante empruntée à Monsieur Asser et inspirée par l'article 84, de la Convention de 1907 ». *Procès verbaux des séances du Comité*, (1920), Comité Consultatif de Juristes (C.P.J.I.) à la p. 594. En effet, lors de la création de la Cour permanente d'arbitrage, la nécessité de donner aux tiers la possibilité d'intervenir dans l'arbitrage s'est particulièrement fait sentir en matière d'interprétation d'une convention multilatérale. En particulier, si l'interprétation de la convention objet de la sentence arbitrale ne devait avoir effet qu'à l'égard des États signataires parties à l'Arbitrage et devait rester *res inter alios acta* pour les autres États signataires de la même convention, celle-ci n'aurait plus le même sens pour toutes les Parties contractantes et on risquerait de la voir appliquée différemment par elles. Aussi, a-t-on cherché à rendre possible l'extension de sa force obligatoire en permettant aux États signataires, non parties à l'arbitrage, d'y intervenir. C'est l'éminent internationaliste néerlandais Asser qui a proposé la formule qui est devenue les articles 56 et 84 de la Convention de La Haye de, respectivement, 1889 et 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux. Selon cette formule : « La sentence arbitrale n'est obligatoire que pour les Parties qui ont conclu le compromis. Lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres Puissances que les Parties en litige, celles-ci notifient aux premières le compromis qu'elles ont conclu. Chacune de ces Puissances a le droit d'intervenir au procès. Si une ou plusieurs d'entre elles ont profité de cette faculté, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à leur égard. », *Conventions pour le règlement pacifique des conflits internationaux*, CPA, en ligne : CPA <www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1203> art. 56 (1899), 84 (1907). Sur cette question, voir Santiago Torres Bernárdez, « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », (1995) 256 R.C.A.D.I. 193 à la p. 247 ; *J. Limburg, supra* note 165 aux pp. 550-562.

¹⁶⁸ *Statut de la CIJ, supra* note 61 art. 63.

¹⁶⁹ Tandis que l'arrêt de la Cour déploiera la totalité des effets de la chose jugée pour les États parties à l'instance, l'État intervenant sera uniquement lié par l'interprétation de la convention.

¹⁷⁰ *Statut de la CIJ, supra* note 61 art. 59. L'article explique que : « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

¹⁷¹ Luigi Condorelli, « L'autorité de la décision des juridictions internationales permanentes » dans Société française pour le droit international, *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, 1987 à la p. 299.

pourrait être remise en discussion dans des « cas » futurs ayant trait à la même clause de traité. Un tel résultat ne serait pas seulement absurde, mais mettrait l'article 59 en contradiction inconciliable avec la phrase finale de l'article 63 du même Statut déclarant que, lorsqu'un État tiers intervient à un procès dans lequel il s'agit de l'interprétation d'une convention multilatérale à laquelle il est partie ensemble avec les États litigants, *l'interprétation* contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard. La *res judicata* s'étend, par conséquent, hors des limites strictes du cas décidé.¹⁷²

2. L'INCLUSION DE LA COUTUME BILATÉRALE

Dans ses conclusions finales, le Costa Rica a prétendu que le Nicaragua avait l'obligation, en vertu d'une règle coutumière, de permettre aux habitants de la rive costaricaine du fleuve San Juan de pratiquer la pêche de subsistance. Or, cette demande ne figurait pas dans sa requête introductive d'instance. Le Nicaragua a donc argué que la demande costaricaine était irrecevable (a) et que, de toutes façons, le droit en question n'avait aucune assise juridique (b)¹⁷³.

a) *La recevabilité de la demande costaricaine*

Conformément à l'article 40(1) du Statut de la Cour et à l'article 38(2) du Règlement de la Cour, la requête introductive d'instance d'un État demandeur doit indiquer l'objet du différend ainsi que les faits et moyens sur lesquels repose sa demande. Comme l'a indiqué la Cour permanente de justice internationale (CPJI), « c'est la requête qui indique l'objet du différend [...] le mémoire, tout en pouvant éclaircir les termes de la requête, ne peut pas dépasser les limites de la demande qu'elle contient »¹⁷⁴. Il n'est pourtant pas rare que le demandeur tente, une fois l'instance instituée, d'étendre l'objet du différend, voire de le transformer, en incluant de nouvelles demandes non incluses dans la requête introductive d'instance. La jurisprudence de la Cour reconnaît, toutefois, que

la faculté laissée aux parties de modifier leurs conclusions jusqu'à la fin de la procédure orale doit être comprise d'une manière raisonnable et sans porter atteinte à l'article 40 du Statut [...] la Cour ne saurait admettre, en principe, qu'un différend porté devant elle par requête puisse être transformé, par voie de modifications apportées aux conclusions, en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même.¹⁷⁵

¹⁷² *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*, (24 juillet 1956) 12 R.S.A. 155 à la page 194.

¹⁷³ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 aux para. 134-136.

¹⁷⁴ *Administration du Prince von Pless*, Ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 52 à la p. 14.

¹⁷⁵ *Société commerciale de Belgique*(1939), C.P.J.I. (sér. A/B) n° 78 à la p. 173; Voir *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (compétence et recevabilité), [1984] C.I.J. rec. 392 au para. 80; Voir aussi *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Ordonnance du 13 septembre 1993, [1993] C.I.J. rec. 325 au para. 28.

Ces dispositions sont, selon la Cour, « essentielles au regard de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice »¹⁷⁶.

Se pose alors la question de la recevabilité de ces nouvelles demandes. La jurisprudence de la Cour a, pour cela, construit une distinction entre les demandes nouvelles – qui relèvent d'un objet d'un différend distinct de celui soumis à la connaissance de la Cour et donc irrecevables¹⁷⁷ – et les demandes additionnelles qui sont recevables puisque implicitement contenues dans la requête initiale¹⁷⁸ ou qui découlent directement de la question qui fait l'objet de cette requête¹⁷⁹.

En l'espèce, la Cour a considéré que l'inclusion tardive des demandes costaricaines sur la pêche de subsistance étaient excusable puisque « les prétendues entraves nicaraguayennes au droit allégué de pratiquer la pêche à des fins de subsistance sont postérieures au dépôt de ladite requête »¹⁸⁰. Par ailleurs, la Cour a considéré que la demande costaricaine était une demande additionnelle recevable puisque « dans les circonstances de la présente espèce, compte tenu de la relation que les riverains entretiennent avec le fleuve et du libellé de la requête, il existe un lien suffisamment étroit entre la demande relative à la pêche à des fins de subsistance et la requête, dans laquelle le Costa Rica invoque, outre le *Traité de 1858*, “d'autres règles et principes applicables du droit international” »¹⁸¹.

C'est donc une interprétation très souple, fondée sur les circonstances de l'espèce, que la Cour a adopté, tant il paraît clair que l'objet de la requête (le droit de navigation et des questions connexes à ce droit de navigation) n'avait qu'un lien général avec le fleuve San Juan (et non avec ce droit de navigation). En effet, dans d'autres cas, la Cour avait précisé que même lorsqu'il est « difficilement contestable que des liens puissent exister » entre la demande non incluse dans la requête et l'objet de l'instance, pour être « incluse matériellement dans la demande originelle, il ne saurait suffire que des liens de nature générale existent »¹⁸². Si l'invocation de la coutume dans la requête costaricaine permettait à la Cour de sortir des limites du *Traité de 1858*¹⁸³, il est douteux qu'une réclamation en matière de pêche puisse être confondue avec une réclamation en matière de navigation fluviale.

¹⁷⁶ *Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, [1992] C.I.J. rec. 240 au para. 69 [Nauru].

¹⁷⁷ *Ibid.* au para. 70.

¹⁷⁸ *Affaire du temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande)*, [1961] C.I.J. recueil 17 aux pp. 36-37.

¹⁷⁹ *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, fond, [1974] C.I.J. rec. 175 au para. 72.

¹⁸⁰ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 137.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Nauru*, *supra* note 176 au para. 66, 67.

¹⁸³ *Prises d'eau à la Meuse* (1937), C.P.J.I. (sér. A/B) n° 70 à la p. 16. La CPJI stipule que : « Au cours des débats [...] il a été fait allusion incidemment à l'application des règles générales du droit international fluvial. La Cour constate que les questions litigieuses, telles qu'elles lui sont posées par les Parties dans la présente affaire, ne lui permettent pas de sortir du cadre du *Traité de 1863*. Ces questions doivent donc être tranchées seulement par l'interprétation et l'application dudit traité ».

b) *L'existence de la coutume bilatérale*

Le Costa Rica invoquait une pratique ancestrale, fondée sur des droits historiques (de l'époque coloniale), qui aurait survécu à la conclusion du *Traité de 1858*. Le Costa Rica a précisé que le Nicaragua n'avait jamais, avant l'ouverture de l'instance, contesté cette pratique¹⁸⁴. Le Nicaragua a répondu que cette pratique n'était pas parvenue à devenir une coutume, l'usage du fleuve San Juan à des fins de pêche de subsistance ayant été simplement tolérée, or « cette tolérance ne saurait être considérée comme la source d'un droit »¹⁸⁵.

La Cour a considéré que la pratique ou *usus* était incontestée entre les parties puisque la pêche de subsistance « se pratique indubitablement depuis longtemps »¹⁸⁶. La Cour a, néanmoins, reconnu que cette constatation reposait sur peu d'éléments de preuve mais a considéré « qu'il ne faut pas s'attendre à ce qu'une telle pratique, par sa nature même, et tout particulièrement au vu de l'isolement de la région, ainsi que de la faible densité et du caractère clairsemé de sa population, soit consignée de manière formelle dans un quelconque compte rendu officiel »¹⁸⁷. À en croire le juge Sepúlveda-Amor, les prétentions costaricaines n'étaient en fait fondées sur aucune trace, il s'agissait de simples revendications inédites¹⁸⁸.

Puis, s'agissant de l'*opinio juris sive necessitatis*, la Cour a décidé que « le fait que le Nicaragua n'ait pas nié l'existence d'un droit découlant de cette pratique, qui s'était poursuivie sans être entravée ni remise en question durant une très longue période, est particulièrement révélateur. La Cour conclut dès lors que le Costa Rica jouit d'un droit coutumier »¹⁸⁹.

Force est de constater, avec le juge Sepúlveda-Amor, qu'il s'agit ici d'une bien curieuse coutume locale :

These are the grounds on which the Court concludes that there is a customary right. An undocumented practice by a community of fishermen in a remote area. A practice which in previous times has not been claimed by Costa Rica as a right to which it is entitled. A practice which has not been objected to by Nicaragua – « the failure of Nicaragua to deny the existence of a right » - in circumstances where the existence of a right has not been claimed, let alone proven. [...] No need for State practice; no need for opinio juris, only the lack of protest of Nicaragua to a practice not previously claimed as a right. However, given the absence of such a claim, there is little ground to impose on Nicaragua the duty to protest against the contents of an inexistent claim and, consequently, Costa Rica is not in a position to provide evidence that Nicaragua accepted subsistence fishing as

¹⁸⁴ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 140.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.* au para. 141.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Affaire du Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, « Opinion individuelle du Juge Sepúlveda-Amor » (13 juillet 2009), en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15323.pdf>> aux para. 19-20 [Opinion Sepúlveda-Amor].

¹⁸⁹ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 141.

*part of its legal obligations.*¹⁹⁰

Il semble en effet que c'est sur le seul acquiescement du Nicaragua que cette coutume fut construite par la Cour. Si cet acquiescement suffisait, sans doutes, à fonder l'existence d'un droit en faveur du Costa Rica, il est, par contre, impuissant à fonder l'existence d'une coutume à défaut de pratique devant être reconnue comme obligatoire par le biais de l'acquiescement.

B. La détermination de l'étendue de la liberté de navigation à partir d'une réécriture du *Traité de 1858* par la Cour

L'étendue de la liberté de navigation du Costa Rica sur le fleuve San Juan est fixée par l'article 6 du *Traité de 1858* selon lequel :

La République du Nicaragua aura exclusivement le *dominium* et le *summum imperium* sur les eaux du fleuve San Juan depuis sa source dans la Lac jusqu'à son embouchure dans l'Atlantique ; mais la République du Costa Rica aura sur ces eaux des droits perpétuels de libre navigation depuis l'embouchure susnommée jusqu'à trois mille anglaises avant d'arriver à Castillo Viejo, avec des objets de commerce, soit avec le Nicaragua ou à l'intérieur du Costa Rica par les rivières San Carlos ou Jarapiquí, ou toute autre voie partant de la rive du San Juan qui est établie comme appartenant à cette République. Les embarcations de l'un ou de l'autre pays pourront indistinctement acoster sur les rives du fleuve, dans la partie où la navigation est commune, sans qu'aucune classe d'impôts ne soit exigée, à moins qu'ils ne soient établis d'un commun accord.¹⁹¹

Le Costa Rica prétendait que les embarcations costaricaines avaient le droit de naviguer librement dans l'exercice de toute activité poursuivant des fins commerciales, y compris pour le transport de passagers, de touristes, de marchandises. Plus largement, le Costa Rica arguait avoir droit à toute navigation (publique ou privée) ayant pour but la circulation et les contacts entre les habitants des villages situés sur la rive costaricaine du fleuve ainsi que pour fournir à la population des services publics (santé, éducation, etc.)¹⁹². Pour justifier cette interprétation, le Costa Rica prétendait que l'expression « *con objetos de comercio* » (que nous avons traduit par « objets de commerce »¹⁹³) voulait dire « aux fins de commerce »¹⁹⁴, en précisant que le terme « commerce » devait être interprété comme signifiant « la communication et les relations entre des personnes ou entre des peuples »¹⁹⁵.

Le Nicaragua a argué que l'expression « *con objetos de comercio* » voulait dire « avec des marchandises de commerce », de sorte que la libre navigation garantie

¹⁹⁰ Opinion Sepúlveda-Amor, *supra* note 188 aux para. 20 et 22.

¹⁹¹ *Traité de 1858*, *supra* note 144 art. 6 [notre traduction].

¹⁹² *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 59.

¹⁹³ Voir *supra* note 148.

¹⁹⁴ *Ibid.* au para. 45.

¹⁹⁵ *Ibid.* au para. 59.

par l'article 6 du *Traité de 1858* ne concernait pas le transport de passagers ou de touristes¹⁹⁶. Le Nicaragua a affirmé, par ailleurs, que cette interprétation restrictive s'imposait d'autant plus que la liberté de navigation était une limitation à sa souveraineté¹⁹⁷.

S'appuyant sur la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁹⁸, la Cour a opéré une analyse interprétative en trois étapes. Dans un premier temps, elle a rejeté la présomption interprétative invoquée par le Nicaragua (1). Dans un deuxième temps, la Cour a appliqué les méthodes d'interprétation prévues par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*¹⁹⁹ pour établir le sens des mots « *con objetos de comercio* » (2) pour enfin, dans un troisième temps, « actualiser » l'article 6 du *Traité de 1858* grâce à une interprétation évolutive (3). Il en découle, à notre sens, une réécriture de l'article 6 du *Traité de 1858*.

1. L'UNIFORMISATION DES RÈGLES D'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS : L'EXCLUSION DU PRINCIPE SELON LEQUEL LES LIMITATIONS À LA SOUVERAINÉTÉ SONT D'INTERPRÉTATION RESTRICTIVE

Les rédacteurs du *Traité de 1858* ont insisté sur la souveraineté du Nicaragua sur le fleuve San Juan. L'article 6 reconnaît, en effet, son « *dominio y sumo imperio* ». C'est donc assez naturellement que le Nicaragua a invoqué une règle d'interprétation spéciale selon laquelle la liberté de navigation costaricaine devait, en tant que restriction à sa souveraineté, être interprétée d'une façon restrictive²⁰⁰.

La Cour a sèchement rejeté l'application de cette règle d'interprétation :

S'il est bien exact que les limites à la souveraineté d'un État sur son territoire ne se présument pas, il n'en résulte pas pour autant que des dispositions conventionnelles instituant de telles limites, telles que celles qui sont en cause dans la présente espèce, devraient recevoir pour cette raison une interprétation étroite *a priori*. La disposition d'un traité qui a pour objet de limiter les pouvoirs souverains d'un État doit être interprétée comme toute autre disposition conventionnelle, à savoir conformément aux intentions de ses auteurs telles qu'elles sont révélées par le texte du traité et les autres éléments pertinents en matière d'interprétation.

Or, la simple lecture de l'article VI fait apparaître que les Parties n'ont pas entendu établir une hiérarchie entre la souveraineté du Nicaragua sur le fleuve et le droit, qualifié de «perpétuel», de libre navigation du Costa Rica, chacune de ces deux affirmations faisant contrepoids à l'autre. [...]

Il n'y a donc pas lieu de supposer, *a priori*, que les termes de «*libre*

¹⁹⁶ *Ibid.* au para. 45.

¹⁹⁷ *Ibid.* au para. 48.

¹⁹⁸ *Ibid.*, au para. 47. Précisément, « il revient à la Cour en l'espèce d'interpréter les termes d'un traité. Elle le fera en se référant au droit international coutumier en la matière, tel qu'il est reflété aux articles 31 et 32 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités ».

¹⁹⁹ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note 162 art. 31.

²⁰⁰ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 48.

navegación ... con objetos de comercio» devraient recevoir une interprétation spécialement restrictive, pas plus qu'une interprétation extensive.²⁰¹

De prime abord, la Cour paraît avoir porté un coup fatal à cette règle, confirmant ainsi la position du professeur Kolb selon laquelle : « [l]oin d'être inhérente au concept même de droit international, la règle ici en cause est ancrée dans une conception historiquement passagère du droit international. Elle est montée en une certaine puissance, puis a décliné, avec cette phase "lotusienne" de l'histoire qui l'a vu naître »²⁰². Pourtant, ce serait une erreur de lire dans la décision une remise en cause de la règle en question.

En premier lieu, l'insistance de la Cour sur le terme « *a priori* » n'est certainement pas accidentelle. La Cour a, ce faisant, précisé le domaine d'application de la règle dans la lignée de la jurisprudence de sa devancière. En effet, dès la première invocation de la règle sur l'interprétation restrictive dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, la CPIJ a souligné que celle-ci n'opérait qu'en cas de doutes sur le sens d'une disposition et que, naturellement, elle ne saurait opérer quand une disposition est claire et sans ambiguïtés²⁰³. En d'autres termes, la règle sous examen ne peut être appliquée qu'en derniers recours, une fois les moyens traditionnels d'interprétation épuisés et qu'un doute persiste sur le sens d'une disposition conventionnelle²⁰⁴. La

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006 au para. 361. L'on sait en effet que cette règle spéciale en matière d'interprétation est rapprochée par la doctrine au célèbre dictum de la CPIJ dans l'affaire *Lotus* selon lequel « [l]e droit international régit les rapports entre États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci [...]. Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas », *Affaire du Lotus* (1927), C.P.J.I. (sér. A) n° 10 à la p. 18.

²⁰³ L'Allemagne contestait que l'article 380 du *Traité de Versailles* prévoie un droit au libre passage dans le canal de Kiel en arguant que cela équivaudrait à une servitude qui devait « être interprétée de la manière la plus restrictive ». La CPIJ a décidé : « Que ce soit par l'effet d'une servitude, ou par l'effet d'une obligation contractuelle que le Gouvernement allemand est tenu envers les Puissances bénéficiaires du Traité de Versailles de laisser l'accès au Canal de Kiel libre et ouvert aux navires de toutes les nations [...] il n'en résulte pas moins que pour l'État allemand une limitation importante de l'exercice du droit de souveraineté que nul ne lui conteste sur le Canal de Kiel ; et cela suffit pour que la clause qui consacre une telle limitation doive, en cas de doute, être interprétée restrictivement. Toutefois, la Cour ne saurait aller, sous couleur d'interprétation restrictive, jusqu'à refuser à l'article 380 le sens qui est commandé par ses termes formels ». *Vapeur Wimbledon* (1923), C.P.J.I. (sér. A) n° 1 aux pp. 24-25. Voir aussi *Article 3, Paragraphe 2 du Traité de Lausanne (Frontière entre la Turquie et l'Irak)* (1925), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. B) n° 12 à la p. 25. La CPIJ affirme que : « si le texte d'une disposition conventionnelle n'est pas clair, il y a lieu, en choisissant entre plusieurs interprétations possibles, de retenir celle qui comporte le minimum d'obligations pour les Parties. Cette idée peut être admise comme juste. Mais, dans le cas présent, l'argument porte à faux, car, de l'avis de la Cour, le texte de l'article 3 est clair ».

²⁰⁴ *Commission internationale de l'Oder*, *supra* note 151 à la p. 26. La CPIJ argue que : « D'autre part, elle [la Cour] ne saurait davantage se rallier à la thèse avancée par le Gouvernement polonais et d'après laquelle, le texte étant douteux, ce serait la solution qui restreint le moins la liberté des États qui devrait prévaloir. Cet argument, juste en lui-même, ne doit être employé qu'avec la plus grande prudence. Il ne suffit pas, pour y avoir recours, que l'analyse purement grammaticale d'un texte ne donne pas des résultats certains ; il y a bien d'autres moyens d'interprétation, en particulier le recours aux principes qui régissent la matière à laquelle le texte a trait ; ce sera seulement si, tout élément pertinent ayant été pris en considération, l'intention des Parties n'en reste pas moins douteuse, qu'il y aura lieu de se prononcer sur l'interprétation plus favorable à la liberté des États ».

jurisprudence arbitrale s'exprime dans le même sens²⁰⁵.

En deuxième lieu, les liens entre la plénitude de la souveraineté et l'interprétation restrictive doivent également être lus à la lumière de l'absence de l'inapplicabilité a prioristique de la règle sous examen. Contrairement à l'impression qu'une lecture hâtive pourrait donner, la plénitude de la souveraineté territoriale est bien le fondement juridique de la règle sur l'interprétation restrictive des limites à la souveraineté. La preuve en est que la règle sur l'interprétation restrictive a généralement été limitée depuis les années trente à l'exercice des compétences territoriales, où des limitations ne se présument pas²⁰⁶.

En troisième lieu, et comme cela découle des précisions faites ci-dessus, la règle sur l'interprétation restrictive des limitations à la souveraineté ne peut être invoquée pour faire l'impasse sur le sens ordinaire des termes du traité. Bien au contraire, la mise en œuvre de cette règle suppose qu'on établisse, dans un premier temps, les restrictions acceptées par l'État partie afin de, dans un second temps, rejeter des interprétations impliquant une plus grande restriction de la souveraineté territoriale que celle qui fut acceptée par l'État partie. En fait, comme l'a indiqué un tribunal arbitral, entamer le travail interprétatif d'un traité par l'application de la règle sous examen est une pétition de principe²⁰⁷. La limitation doit donc être interprétée d'après le sens ordinaire des termes employés dans la disposition et si cette analyse laisse persister des doutes, la règle pourrait s'appliquer. Cela est d'autant plus naturel que, comme l'a indiqué un tribunal arbitral dans l'arbitrage relatif à la *Ligne du Rhin de Fer*, « [l]e principe de l'interprétation restrictive [...] n'est effectivement pas mentionné dans les dispositions de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*.

²⁰⁵ *Drouzkoy*, Decisions No. 235 du 26 février 1965, 16 R.S.A. 273 à la p. 292; *UNESCO (Constitution) Case*, (1949), 16 I.L.R. 331 à la p. 335.

²⁰⁶ *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex (Deuxième phase)*, Ordonnance du 6 décembre 1930, C.P.J.I. (sér. A) n° 24 à la p. 12. Il y est expliqué que : « [le règlement à établir par la Cour] doit d'autre part respecter la souveraineté de la France sur les territoires en question ; que ladite souveraineté est pleine et entière, pour autant qu'elle n'est pas limitée par lesdits traités ; qu'aucune obligation, en dehors de ces traités, ne peut être imposée à la France sans son consentement [...] ; qu'une pareille limitation ne découle pas nécessairement de l'obligation que la France a contractée par les stipulations des traités de 1815 et des autres actes complémentaires relatifs aux zones franches, et que, dans le doute, une limitation de la souveraineté doit être interprétée restrictivement ». [*Zones Franches*]; *Accès et stationnement des navires de guerre polonais dans le Port de Dantzig* (1931), Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 43 à la p. 142 [*Port de Dantzig*]. Dans un même ordre d'idée : « Le fait que la Pologne demande des droits et privilèges spéciaux pour ses bâtiments de guerre dans le port de Dantzig, oblige à rechercher si cette revendication a quelque base juridique. Le port de Dantzig n'est pas territoire polonais et, par suite, les droits que revendique la Pologne s'exerceraient par dérogation aux droits de la Ville libre. Des droits de cette nature doivent donc reposer sur une base bien claire ». Voir également Kolb, *supra* note 202 au para. 359.

²⁰⁷ *Affaire relative à l'interprétation de l'article 11 du Protocole de Londres du 9 août 1924 (réparations allemandes) (Allemagne contre Commissaire aux revenus gagés)* (1926), 2 R.S.A. 755 à la p. 773 [*Protocole de Londres*]. Il y est mentionné que : « ce sont donc les clauses formelles insérées dans chaque convention spéciale qui décideront des pouvoirs des créanciers; quant au différend en cause la thèse que l'interprétation de l'article comme l'entend le Commissaire serait une atteinte à la souveraineté de l'État, est en vérité une *petitio principii* : le fait que cet article consacre une limitation de l'exercice du droit de souveraineté impose le devoir de l'interpréter strictement, mais ce devoir ne pourra jamais faire refuser à l'article le sens qui est commandé par des termes formels; il s'agit donc de déterminer par tous les moyens licites quel est ce sens ».

L'objet et l'intention, ainsi que l'intention des Parties, sont les éléments d'interprétation qui prévalent »²⁰⁸. Ainsi :

C'est précisément de la même manière que la souveraineté garantie aux Pays-Bas en vertu de l'Article XII du Traité de Séparation de 1839 ne peut être comprise qu'après avoir déterminé les droits de la Belgique et les obligations des Pays-Bas à cet égard. Ceci ne peut pas être effectué en invoquant le principe d'interprétation restrictive, mais plutôt en examinant (à l'aide des règles normales d'interprétation précisées aux Articles 31 et 32 de la Convention de Vienne) quels sont exactement les droits qui ont été concédés à la Belgique. Tout le reste relève de la souveraineté des Pays-Bas.²⁰⁹

Enfin, l'application *a priori* de la règle sur l'interprétation restrictive des limitations à la souveraineté territoriale est d'autant plus irrecevable que l'article 6 du *Traité de 1858* est l'exemple type de l'obligation synalagmatique ou *do ut des*. En effet, comme l'a souligné le professeur Kolb, « [i]nterpréter en faveur de la souveraineté de l'un des États ne signifie pas autre chose que d'interpréter contre la souveraineté de l'autre État »²¹⁰ ou encore, selon le juge Lautherpacht, « *a restrictive interpretation of the obligations of one party implies a restrictive interpretation of the rights of the other party* »²¹¹. Un traité peut, certes, établir une inégalité entre les parties. Cela, pourtant, n'était manifestement pas le cas du *Traité de 1858*. Les rédacteurs du *Traité de 1858* avaient clairement mis sur un pied d'égalité la souveraineté du Nicaragua et la liberté de navigation du Costa Rica.

2. UNE APPLICATION DÉFAILLANTE DES MÉTHODES D'INTERPRÉTATION PRÉVUES PAR LA CONVENTION DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS

Il est un truisme de dire que lorsque le texte d'un traité est clair, il n'y a pas lieu à interprétation : *in claris non fit interpretatio*. Comme l'a indiqué un tribunal français, lorsque le texte d'un traité est clair, la question sur l'interprétation du texte ne se pose pas et on ne saurait admettre qu'un problème interprétatif existe simplement parce qu'une des parties avance une lecture différente d'un traité²¹². Il revenait donc à la Cour de s'assurer d'une façon objective qu'il y avait une véritable ambiguïté ou problème interprétatif à résoudre. C'est ce qu'a fait la Cour lorsqu'elle a précisé, au début de son analyse interprétative, que :

Il y a lieu de relever d'abord que le mot espagnol « *objetos* », peut revêtir l'une ou l'autre des deux significations en cause, selon le contexte où il est employé. C'est donc vers ce contexte qu'il faut se tourner pour déterminer

²⁰⁸ *Arbitrage relatif à la ligne du Rhin de Fer (« Ijzeren Rijn »)*, (2005), en ligne : CPA <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Iron_Rhine_French_award.pdf> au para. 53 [*Rhin de Fer*].

²⁰⁹ *Ibid.* au para. 55.

²¹⁰ Kolb, *supra* note 202 au para. 358.

²¹¹ Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Grotius, Cambridge, 1958 à la p. 306.

²¹² *République socialiste de Yougoslavie c. S.E.E.E., B.F.C.E., B.N.P., Société générale, Crédit lyonnais, Air France et autres* (1985) 112 *Journal de droit international* 911.

le sens à retenir. Les deux sens - le sens concret et le sens abstrait - sont suffisamment éloignés l'un de l'autre pour que, en règle générale, l'examen du contexte permette de parvenir à une conclusion sûre.²¹³

On ne saurait souscrire à la position de la Cour.

S'il est vrai que le mot « *objeto* » peut signifier « en vue de » ou « aux fins de »²¹⁴, cela a lieu lorsque la locution conjonctive à valeur finale « *con el objeto de* »²¹⁵ au singulier²¹⁶ est employée. Or, les rédacteurs du *Traité de 1858* ont employé le mot « *objeto* » au pluriel (« *objetos* »). Le sens du mot « *objeto* » auquel la Cour a fait référence aurait été acceptable si l'article 6 disait « *objeto de comercio* » ou « *objetos de comercio y XX* » car on aurait alors pu croire, à la limite, que les rédacteurs du *Traité de 1858* avaient en tête la locution conjonctive « *con el objeto de* » (« ayant pour but le commerce »). Mais cette possibilité doit être rejetée d'emblée à partir du moment où les rédacteurs ont employé le pluriel « *objetos de comercio* », ce qui ne laisse planer aucun doute sur l'exclusion de la seconde signification invoquée par la Cour. Dire que l'expression « *objetos de comercio* » pourrait correspondre à l'emploi du sens « aux fins de commerce » passe sous silence le fait que les rédacteurs ont utilisé le pluriel « *objetos* » et non le singulier « *objeto* ». Ainsi, à notre sens, une analyse superficielle du sens grammatical des termes contentieux aurait suffi à la Cour pour constater que l'interprétation costaricaine était incompatible avec le texte de l'article 6 du *Traité de 1858*.

La Cour aurait été plus avisée, à notre sens, de fonder l'existence d'un problème d'interprétation sur le fait que les Parties ont, dans le passé, soutenu que « *con objetos de comercio* » voulait dire « *for the purposes of commerce* »²¹⁷

Quoi qu'il en soit, une fois une ambiguïté repérée, la Cour a tout naturellement décidé d'interpréter les termes litigieux dans leur contexte, comme le prévoit l'article 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Or, le contexte d'un traité est une réalité qui présente plusieurs facettes ou niveaux, à savoir un contexte *stricto sensu* (les termes dans la phrase objet de la proposition normative), un contexte *lato sensu* (l'ensemble du traité) et un contexte *latior sensu* (éléments situés étrangers au texte du traité)²¹⁸. En l'espèce, la Cour a soumis les deux sens qu'elle a dégagé du terme « *objetos* » à chacun de ces contextes (a) (b).

²¹³ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 51.

²¹⁴ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, s.v. « objeto », en ligne : Real Academia Española <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=objeto>.

²¹⁵ *Diccionario Panhispánico de dudas*, s.v. « objeto », en ligne Real Academia Española : <<http://buscon.rae.es/dpdI/>>.

²¹⁶ Mireille Piot, « Un exemple de prédicats complexes opérant sur des prédicats simples. Les conjonctions de subordination du français, de l'espagnol et de l'italien », (2008) 37 *Revue de linguistique et de didactique des langues* 115, en ligne : LIDIL <lidil.revues.org/index2694.html>.

²¹⁷ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 142 au para. 56.

²¹⁸ Kolb, *supra* note 202 au para. 207.

a) *L'analyse littérale de la phrase dans laquelle s'insèrent les mots à interpréter : le contexte stricto sensu*

Ayant établi l'existence d'une ambiguïté de l'expression « *con objetos de comercio* », la Cour a analysé les deux significations possibles et a comparé le sens grammatical des deux propositions qui en découlaient.

Elle a rejeté l'interprétation du Nicaragua parce que

le membre de phrase qui suit les mots « *con objetos de comercio* », à savoir « *ya sea con Nicaragua ó al interior de Costa Rica* » («soit avec le Nicaragua soit avec l'intérieur du Costa Rica») ne pourrait pas se rattacher de manière intelligible à la partie qui le précède.

Ou bien les mots « *con Nicaragua* » se rapporteraient à « *objetos de comercio* », ce qui n'aurait guère de sens, car on ne saurait parler de «marchandises (ou articles) de commerce avec le Nicaragua» ; ou bien ces mots se rapporteraient à « *navegación* » et cela en aurait encore moins, car l'expression « *navegación ... con Nicaragua* » serait tout simplement incompréhensible.²¹⁹

La Cour a préféré l'interprétation avancée par le Costa Rica qui, au contraire, rendrait la proposition de l'article 6 compréhensible :

l'interprétation des mots « *con objetos* » défendue par le Costa Rica permet de donner à l'ensemble de la phrase un sens cohérent. S'il s'agit des « fins du commerce » (« *purposes of commerce* »), alors les mots « *ya sea con Nicaragua...* », qui suivent immédiatement, se rapportent clairement à « *comercio* » (« aux fins du commerce avec le Nicaragua...»), et la phrase exprime alors une idée qui se comprend parfaitement.²²⁰

On ne peut souscrire à l'analyse de la Cour. Certes, le texte de l'article 6, dans l'interprétation défendue par le Nicaragua, est loin d'être un exemple de rigueur grammaticale et littéraire. Mais il est faux qu'il soit incompréhensible. Il est évident que l'expression « *con objetos de comercio* » est un complément circonstanciel du verbe « avoir [le droit de libre navigation] » puisqu'il apporte une précision sur les circonstances (manière) dans lesquelles se déroulera l'exercice du droit prévu par l'article 6 du *Traité de 1858* : la navigation avec des objets de commerce est libre. Mais surtout, rapporter le terme « marchandises » à l'expression « navigation avec le Nicaragua », bien que peu élégant, est parfaitement compréhensible pour un hispanophone. La preuve en est que l'expression « navigation avec l'Espagne » (« *navegación con España* ») est utilisée dans les documents diplomatiques et officiels de l'État espagnol²²¹ ainsi que par les auteurs hispanophones²²².

²¹⁹ *Costa Rica c. Nicaragua*, supra note 141 au para. 52.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Ministerio de Estado, (1909) 202 Memorias Diplomáticas y consulares e informaciones, à la p. 9. « La navegación con España no ha aumentado como número de buques, pero esto, en resumen, no tiene gran importancia ».; Ministerio de Estado, (1904) 70 Memorias Diplomáticas y consulares e informaciones, à la p. 8. « El movimiento de navegación con España en el Puerto de Port-Vendress ha sido, durante el mismo año 1902, el siguiente ».

b) *Le contexte lato sensu et latior sensu : l'analyse des autres dispositions du Traité de 1858 et du projet de Traité de paix de 1857*

Le *Traité de 1858*, comme tout traité international, est un : ses dispositions se complètent et se conditionnent et « [i]l n'est donc pas possible de comprendre l'une ou l'autre de ces dispositions sans l'envisager comme une partie d'un tout »²²³. Par conséquent, il n'est pas rare que les tribunaux internationaux recourent, afin de tester le sens dégagé par l'analyse textuelle d'un terme, à l'analyse de l'ensemble du traité afin d'éviter d'interpréter une disposition dans un sens qui la rendrait incompatible avec une autre disposition du même traité²²⁴. Il doit en effet être présumé que les rédacteurs d'un traité ont entendu donner à un terme la même signification chaque fois qu'il est employé dans le même instrument²²⁵.

En l'espèce, la Cour a constaté que le terme « *objetos* » était également employé par l'article 8 du *Traité de 1858*:

le contexte duquel il ne peut avoir que le sens abstrait de « fins » ou de « sujets » : « *Nicaragua se compromete á [sic] no concluir otro (contrato) sobre los expresados objetos...* » (« Le Nicaragua s'engage à ne pas conclure d'autre contrat aux mêmes fins... »). On peut raisonnablement en déduire que les Parties avaient tendance à comprendre « *objetos* » dans son sens abstrait, ou en tout cas que dans leur pratique conventionnelle ce sens leur était familier.²²⁶

On ne peut souscrire, une fois de plus, à l'analyse de la Cour. On y repère le stratagème d'« [u]tiliser l'homonymie, pour étendre également à l'affirmation à ce qui, mis à part l'identité du mot, n'a peu ou rien du tout en commun avec la chose en discussion »²²⁷. L'article 8 prévoit, en effet, que :

Si les contrats de canalisation ou de transit conclus avant que le Gouvernement du Nicaragua n'ait eu connaissance de cette convention venaient à pendre fin pour une quelconque cause, le Nicaragua s'engage à

²²² Voir par ex. Jesús Valdalisó, « Bandera y colonias españolas, navieros y marinos vizcaínos y capital y comercio británicos. Los navieros anglo-bilbaínos en el último tercio del siglo XIX », (2003) 4 Museo Naval 455, aux pp. 463, 468. L'auteur utilise ici ladite expression : « El cabotaje y la navegación con las colonias representaron durante los decenios 1870 y 1880 los tráficos más importantes » ; « La abolición del derecho diferencial de bandera [...] incrementó la presencia de la bandera británica en la navegación con España ». Alberto María Carreño, *La diplomacia extraordinaria entre México y los Estados Unidos*, Mexico, Jus, 1961. Cet auteur utilise aussi cet expression : « hasta dónde estamos ciertos de que nuestros derechos se extienden hasta el río del Norte y participamos de su navegación con España ».

²²³ Mustafa Kamil Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », (1976) 151 R.C.A.D.I. 1 à la page 33 [Yasseen].

²²⁴ *Différend interprétation et application des dispositions de l'Article 78, para. 7, du Traité de Paix au territoire éthiopien*, (1956) 13 R.S.A. 626 à la p. 647; Voir aussi : *Affaire de la Dette publique ottomane*, (1925), 1 R.S.A. 529 à la p. 559 ; Voir aussi *The North Atlantic Coast Fisheries Case*, (1910), 11 R.S.A. 167 à la p. 196.

²²⁵ Voir par ex. *Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise (Allemagne contre Pologne)*, (1924), 1 R.S.A. 401 à la p. 424 ; *Flegenheimer Case*, (1958), 14 R.S.A. 327 à la p. 381.

²²⁶ *Costa Rica c. Nicaragua*, supra note 141 au para. 54.

²²⁷ Arthur Schopenhauer, *L'art d'avoir toujours raison ou Dialectique éristique*, Strasbourg, Circé, 1990 aux pp. 22-23.

ne pas en conclure un autre sur les objets indiqués sans avoir auparavant entendu l'opinion du gouvernement du Costa Rica sur les inconvénients que le négoce pourrait avoir pour les deux pays.²²⁸

L'expression « *expresados objetos* » (« les objets indiqués ») fait référence aux contrats de canalisation et de transit visés au début de l'article 8. Il s'agit donc, de toute évidence, de l'objet des contrats, dans le sens technique traditionnel du droit des contrats, à savoir : « L'objet du contrat est l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître »²²⁹. C'est ce sens technique du droit des contrats qui était « familier » aux rédacteurs de l'article 8²³⁰. L'article 6, au contraire, n'a rien à voir avec le droit des contrats. Il est donc non seulement probable mais surtout certain que le mot « *objetos* » a des sens différents dans les articles 6 et 8 du *Traité de 1858*. Dès lors, l'article 8 du *Traité de 1858* n'est pas un contexte pertinent pour établir le sens du mot « *objetos* » tel qu'il est employé dans l'article 6²³¹.

La Cour a ensuite invoqué deux éléments du contexte au sens large puisqu'étranger au texte du *Traité* sous examen. D'une part, un traité de paix conclu entre le Nicaragua et le Costa Rica qui, n'ayant pas été ratifié, n'est jamais entré en vigueur et qui utilisait l'expression « articles de commerce » (« *artículos de comercio* »). La Cour en déduit que

Cela tendrait à démontrer que lorsque les Parties, à l'époque, voulaient désigner les biens matériels donnant lieu à des opérations de commerce, elles avaient recours à une autre expression que « *objetos de comercio* », présentant l'avantage de ne pas laisser place à l'ambiguïté. De même, on peut penser que la substitution d'un mot à un autre dans deux textes successifs dont le second a été rédigé peu de temps après le premier signifie que les Parties ont voulu désigner, dans le second de ces textes, autre chose que dans le premier, et que les deux termes employés ne doivent pas être pris dans le même sens.²³²

D'autre part, la Cour a constaté que, lors de l'arbitrage devant le président Cleveland qui portait sur le *Traité de 1858*, le Costa Rica et le Nicaragua avaient produit une version anglaise du *Traité* dans laquelle « *objetos de comercio* » avait été traduite par « *for the purposes of commerce* ». La Cour a indiqué à ce sujet que

²²⁸ *Traité de 1858*, supra note 144, art. 8 [notre traduction].

²²⁹ Art. 1412 C.c.Q. Voir généralement Henri, Léon et Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil – Obligations théorie générale*, Tome II, Vol. 1, Paris, Montchrestien, 1991 au para. 244. Techniquement, « [l']objet du contrat est l'opération juridique envisagée [...] L'objet du contrat varie donc à l'infini : l'opération peut être un échange, un louage, une vente au comptant, une vente à terme, une vente conditionnelle, un partage, etc. ».

²³⁰ Voir, Code civil du Costa Rica, art. 805, en ligne : <<http://www.segurosgarrett.com/assets/downloads/RCPC-CodigoCivilCostaRica.pdf>>; Code civil du Nicaragua, art. 2079, en ligne : <www.biblioteca.jus.gov.ar/CodigoNicaragua.PDF>.

²³¹ *Protocole de Londres*, supra note 207 à la p. 770; *Affaire concernant le filetage à l'intérieur du golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France*(1987), 19 R.S.A. 225 au para. 33 [Saint-Laurent]. On y apprend que : « les articles 4, b, et 6 doivent être interprétés chacun selon le sens ordinaire des termes qu'ils utilisent, compte tenu de leur objet propre, de leur contexte et de la pratique ultérieurement suivie par les Parties dans leur application ».

²³² *Costa Rica c. Nicaragua*, supra note 141 au para. 55.

Sans doute l'argument n'est-il pas décisif à lui seul, puisque seule la version espagnole du texte fait foi, et que les Parties pourraient avoir commis à l'époque la même erreur de traduction, sans que cela puisse être assimilé à une révision implicite du traité de 1858. [...] Il n'en reste pas moins que cette convergence, qui s'est produite relativement peu de temps après la conclusion du traité, constitue un indice non négligeable que les Parties comprenaient à l'époque l'une et l'autre les mots « *con objetos de comercio* » dans le sens de « aux fins du commerce ». ²³³

Il n'est pas rare que les tribunaux internationaux fassent référence à d'autres traités conclus par les parties en litige avec des clauses similaires ²³⁴. Le fondement de cette approche a été expliqué par le surarbitre Plumley dans l'affaire *Jean Maninat* :

The language of the protocol is the work of skilled and erudite diplomatists. Every word is weighed and its force and significance are definite and certain. The language used in other protocols and its application by other tribunals are with them matters of common knowledge. [...] It follows, that if a different rule had been desired by the high contracting parties, they would have employed words susceptible of a different interpretation. ²³⁵

Compte tenu de cette présomption de compétence et d'érudition des négociateurs du *Traité de 1858*, la Cour pouvait légitimement considérer que, s'ils avaient voulu viser des « marchandises » en employant le terme « *objetos de comercio* », ils n'auraient pas manqué de le faire, à l'instar du projet de traité de paix de 1857 ²³⁶.

Cela étant, il est étrange que la Cour n'ait pas tenu compte, dans le cadre du contexte *lato sensu* du *Traité de 1858*, de la pratique conventionnelle de l'époque ²³⁷. Or, force est de constater qu'on retrouve l'expression « *objetos de comercio* » dans la plupart des traités de paix, d'amitié, de commerce et de navigation conclus par les pays hispanophones ²³⁸. Cette expression correspond, d'ailleurs, dans le

²³³ *Ibid.* au para. 56.

²³⁴ Voir Kolb, *supra* note 202 à la p. 463 et s. et la nombreuse jurisprudence citée.

²³⁵ *Heirs of Jean Maninat Case*, (1905), 10 R.S.A. 55 à la p. 77.

²³⁶ *Vapeur Wimbledon*, *supra* note 203 à la p. 23. La CPJI a affirmé que si une exception au libre passage des navires dans le canal de Kiel (comme le prétendait l'Allemagne) avait été envisagée par les parties au Traité de Versailles, ils n'auraient pas manqué de le préciser. Voir notamment *Affaire franco-hellénique des phares*, (1934), C.P.J.I. (sér. A/B) n° 62 à la p. 19. La C.P.J.I. a dit que si l'intention de restreindre l'objet de la concession par rapport au contrat en vigueur, « on n'aurait pas manqué de l'indiquer de manière expresse ». Dans le même sens, la Cour a indiqué : « Il aurait à l'évidence été aisé pour le Canada, si telle avait été sa véritable intention, de qualifier le termes "navires" », *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, [1998] C.I.J. rec. à la p. 464 au para. 76.

²³⁷ *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, (2003) 25 R.S.A. 231 au para. 61. Le Tribunal indique que : « Des parties à un traité sont censées connaître les prescriptions du droit international qui avaient cours au moment de leurs négociations et décisions et surtout, celles d'entre ces prescriptions qui étaient susceptibles d'affecter leurs obligations futures. [...] En effet, au moment de leurs négociations, les Parties sont censées avoir connu l'état du droit de la fonction publique internationale et en avoir tenu compte ».

²³⁸ Voir par ex. *Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre le Danemark et le Venezuela du 26 mars 1838*, art. 6, G. F de Martens, *Nouveau recueil de traités de l'Europe*, Tome 6, Dieterich, 1840, au para. 1838 « *Todas las mercancías y todos los objetos de comercio, bien sean producción del suelo o de la industria* » ; *Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre l'Argentine et le Portugal du 9 août 1852*, art. 8, Colección de tratados celebrados por la República Argentina con las naciones

même type de traités conclus en français ou en anglais aux expressions « objets de commerce » et « *objects of commerce* ». Dans tous et chacun de ces traités, y compris dans ceux conclus dans les années trente et cinquante, cette expression est employée, à la suite du terme « marchandises », ce qui démontre qu'elle fait référence à des biens ou à des matières premières et en aucun cas à des activités ou industries. La lecture de certaines clauses qui emploient cette expression²³⁹ confirme l'interprétation du Nicaragua. La lecture de la doctrine de l'époque confirme cette lecture²⁴⁰.

Bref, seule le dernier argument avancé par la Cour sur la traduction présentée au président Cleveland nous semble convaincant.

extranjerías, Imprenta Nacional, 1863 à la page 244 « *Será permitido a los buques de la Confederación Argentina ir directamente a los puertos de los dominios ultramarinos de su Majestad Fidelísima [...] e importar todas las mercaderías y obetos de comercio que fuesen producción del suelo o de la industria de dicha Confederación Argentina* » ; *Traité de reconnaissance, de paix, d'amitié, de commerce, de navigation et d'extradition entre l'Espagne et la République Dominicaine*, art. XI, Ch. de Martens et F. de Cornot Cussy, *Recueil manuel et pratique de traités, conventions et autres actes diplomatiques*, Tome 7, Brockhaus, 1857 au para. 1855 « *[los ciudadanos de cada una de las Partes] gozarán de igual libertad para sus compras y ventas para establecer y fijar el precio de las mercancías y demás objetos de comercio, bien sea nacionales o importados* ».

²³⁹ Voir par ex. *Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis d'Amérique et le Libéria le 8 août 1938*, [1940] League of Nations Treaty Series 165 art. XIII « Les ressortissants, les marchandises, produits et tous articles et objets de commerce, de l'une des Hautes Parties contractantes jouiront, dans les territoires de l'autre Partie, du même traitement que les ressortissants, les marchandises, produits et tous articles et objets de commerce du pays, en ce qui concerne les impôts intérieurs, les droits de transit, les taxes afférentes aux entrepôts et autres installations, ainsi que le montant des remises et des primes à l'exportation » ; *Traité de commerce et de navigation entre la France et la Grande Bretagne du 21 décembre 1829*, art. 4, Comte d'Hauterive et F. de Cussy, *Recueil des traités de commerce et de navigation de la France*, Rey et Gravier, 1834, art. 4. « Toutes les marchandises et objets de commerce, dont l'entrée dans les ports de l'un des deux États est permise, seront exactement sujets aux mêmes droits, qu'ils soient importés par les navires de l'autre État ou par les bâtiments nationaux ; et il sera accordé pour toutes les marchandises et objets de commerce [...] les mêmes primes, remboursements de droits et avantages, que l'exportation s'en fasse par les navires de l'un ou par ceux de l'autre État ».

²⁴⁰ Ainsi, par exemple, dans la version en castellan de l'œuvre de Wheaton publiée trois ans après la conclusion du *Traité de 1858*, il est fait référence, s'agissant de la contrebande de guerre, à « la classification proposée par Grotius des marchandises pouvant faire l'objet d'un accord, en les divisant en trois catégories [...] Dans la première classe il inclut uniquement les munitions de guerre, les navires de guerre et les objets nécessaires à l'équipage de ces navires, comme le bois de construction, les voiles, le cordage ayant une certaine taille. Dans la deuxième il inclut l'argent frappé, les vivres, les barres de fer, le cuivre, la brai et toutes sortes d'habits. Dans la troisième, tous les autres objets de commerce ». (« *la clasificación propuesta por Grotio de las mercancías de que puede tratarse bajo ese respecto, dividiéndolas en tres categorías [...] En la primera clase cuenta solamente las municiones de guerra, los buques de guerra y los objetos necesarios al equipo de esos buques, tales como la madera de construcción, las velas y las jarcias de cierto tamaño. En la segunda comprende la plata acuñada, los comestibles, el hierro en barras, el cobre, la brea y toda clase de vestidos* »), Enrique Wheaton (trad. Carlos Calvo). *Historia de los progresos del derecho de gentes en Europa y en América desde la Paz de Westfalia hasta nuestros días*, Tome 1, Imprenta José Jacquin, 1861 à la p. 268.

3. L'INTERPRÉTATION ÉVOLUTIVE DU *TRAITÉ DE 1858*

Ayant choisit de suivre l'interprétation du Costa Rica selon laquelle l'article 6 du *Traité de 1858* consacre un droit de libre navigation aux fins de commerce, la Cour s'est vue dans l'obligation de trancher une question supplémentaire qui aurait été superflue si elle s'était contenté de suivre le sens ordinaire des termes « objets de commerce ». En effet, le Nicaragua soutenait que quand bien même la Cour acceptait la thèse costaricaine, le terme « commerce » devait être interprété dans le sens qu'il avait en 1858. Or, selon le Nicaragua, en 1858 « le mot “commerce” signifiait nécessairement commerce de biens et n'englobait pas les services, une telle inclusion étant un phénomène très récent », ce qui excluait les obligations portant sur le transport de personnes et des touristes revendiqués par le Costa Rica²⁴¹.

La Cour a rejeté les deux interprétations des parties.

Celle du Costa Rica, parce qu'elle revenait à effacer l'expression « *con objetos de comercio* » pour couvrir tout type de navigation :

le fait d'indiquer expressément l'objet en vue duquel un droit peut être exercé implique en principe l'exclusion de tous autres objets et, par suite, limite dans la mesure ainsi définie le domaine d'application du droit en cause – sans préjudice de ce que le même droit puisse s'exercer hors de ce domaine sur des fondements juridiques distincts.²⁴²

Celle du Nicaragua, parce que trop restrictive à la lumière de l'évolution des activités pouvant rentrer dans le domaine du « commerce » depuis 1858. Pour cela, la Cour a rejeté l'application du principe général de droit intertemporel invoqué par le Nicaragua selon lequel tout instrument international doit être interprété et appliqué en tenant compte du sens que les termes employés avaient à l'époque de la conclusion de l'instrument²⁴³. Il doit être souligné sur ce point que, contrairement à une position qui voudrait que tout traité fasse l'objet d'une interprétation évolutive²⁴⁴, la Cour a circonscrit l'emploi de cette méthode d'interprétation.

En effet, en rappelant sa jurisprudence en la matière²⁴⁵, la Cour a indiqué

²⁴¹ *Costa Rica c. Nicaragua*, supra note 141 au para. 58.

²⁴² *Ibid.* au para. 61.

²⁴³ Commission du droit international, Troisième rapport sur le droit des traités, par Sir Humphrey Waldock, *Rapporteur spécial*, Doc. A/CN.4/167, [1964/II] A.C.D.I., 1964 à la p. 5.

²⁴⁴ Voir *Sentence arbitrale rendue le 4 avril 1928 par M. Max Huber, entre les États-Unis et les Pays-Bas, dans le litige relatif à la souveraineté sur l'île de Palmas (ou Miangas)*, (1935) 42 R.G.D.I.P. 156 à la p. 172 [*Palmas*]. Selon la sentence fondatrice en la matière : « En ce qui concerne la question de savoir lequel des différents systèmes juridiques en vigueur à des époques successives doit être appliqué dans un cas déterminé – question du droit dit intertemporel (*the so called intertemporal law*) – il faut distinguer entre la création du droit en question et le maintien de ce droit. Le même principe qui soumet un acte créateur de droit au droit en vigueur au moment où naît le droit, exige que l'existence de ce droit, en d'autres termes sa manifestation continue, suive les conditions requises par l'évolution du droit ». Voir aussi *Avis sur la Namibie*, supra note 120 au para. 53. Force est de constater que la position de la Cour dans son avis sur la Namibie a pu créer l'impression que l'interprétation évolutive est d'application générale : (« Tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre du système juridique en vigueur au moment où l'interprétation a lieu ».

²⁴⁵ *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, [1952] C.I.J. rec. 176 à la p. 189 ; *Ile de Kasikili / Sedudu (Botswana/Namibie)*,

que :

Il est vrai que les termes employés dans un traité doivent être interprétés sur la base d'une recherche de la commune intention des parties, laquelle est, par définition, contemporaine de la conclusion du traité. Cela peut conduire le juge, lorsqu'il est saisi d'un différend, ou les parties elles-mêmes, lorsqu'elles cherchent à comprendre le sens du traité en vue de l'appliquer de bonne foi, à rechercher la signification qu'un terme possédait au moment où le traité a été rédigé, une telle recherche étant susceptible d'éclairer la commune intention des parties.²⁴⁶

Il ne s'agit là que d'un principe général car, comme l'a rappelé la Cour :

il existe des cas où l'intention des parties au moment même de la conclusion du traité a été, ou peut être présumée avoir été, de conférer aux termes employés - ou à certains d'entre eux - un sens ou un contenu évolutif et non pas intangible, pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international. En pareil cas, c'est précisément pour se conformer à la commune intention des parties lors de la conclusion du traité, et non pas pour s'en écarter, qu'il conviendra de tenir compte du sens que les termes en question ont pu acquérir à chacun des moments où l'application du traité doit avoir lieu.²⁴⁷

Puis, faisant référence à l'affaire du *Plateau Continental de la mer Égée*²⁴⁸, la Cour a précisé que cette exception opère « lorsque les parties ont employé dans un traité certains termes de nature générique, dont elles ne pouvaient pas ignorer que le sens était susceptible d'évoluer avec le temps, et que le traité en cause a été conclu pour une très longue période ou « sans limite de durée », les parties doivent être présumées, en règle générale, avoir eu l'intention de conférer aux termes en cause un sens évolutif »²⁴⁹. Or, tel était la situation en l'espèce puisque le *Traité de 1858*, comme d'ailleurs tout traité de limites, est un traité perpétuel visant « à créer une régime juridique caractérisé par la pérennité »²⁵⁰ et que le terme générique « commerce » doit être « compris dans le sens qui est le leur à chaque moment où il est fait application du traité, et pas nécessairement dans leur sens originaires. Dès lors, à supposer que la notion de « commerce » n'ait plus aujourd'hui le même contenu qu'au milieu du XIX^e siècle, c'est son sens actuel qui doit être retenu aux fins de

[1999] C.I.J. Recueil rec. 1045 au para. 25. Voir aussi (non citées par la Cour) : *Sahara occidental*, Avis consultatif, [1975] C.I.J. rec. 12, aux para. 79-83 ; *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, [1952] C.I.J. rec. 93 à la p. 104 ; *Sud-Ouest africain (deuxième phase)*, *supra* note 135 à la page 23.

²⁴⁶ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 63.

²⁴⁷ *Ibid.* au para. 64.

²⁴⁸ *Plateau continental de la Mer Égée*, [1978] C.I.J. rec. 3 au para. 77. La Cour dit que : « Une fois admis que l'expression "le statut territorial de la Grèce" a été employée dans l'instrument d'adhésion grec comme une formule générique englobant toutes les questions qui relèvent de la notion de *statut territorial* en droit international général, il faut nécessairement présumer que son sens était censé évoluer avec le droit et revêtir à tout moment la signification que pourraient lui donner les règles en vigueur ».

²⁴⁹ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 66.

²⁵⁰ *Ibid.* aux para. 67-69.

l'application du traité »²⁵¹.

Cela a permis à la Cour de conclure que la liberté de navigation aux fins de commerce dont jouit le Costa Rica au titre de l'article 6 du *Traité de 1858* couvre toute activité à des fins lucratives y compris, naturellement, le transport de personnes et de touristes. *A contrario sensu*, et contrairement aux prétentions costaricaines, est exclue la navigation à des fins de puissance publique ou de service public²⁵². Plus précisément, la Cour a été d'avis que le droit de libre circulation énoncé à l'article 6 couvre :

- Concernant la navigation privée : (i) la navigation de bateaux transportant des marchandises destinées à des transactions commerciales ; et (ii) les bateaux transportant des passagers qui paient un prix en échange du service ainsi fourni²⁵³.

Plus surprenant, la Cour a décidé que la navigation non-commerciale des embarcations appartenant aux habitants des villages de la rive du Costa Rica de la rivière, afin de satisfaire aux exigences de base de la vie quotidienne, était également protégée par l'article 6 du *Traité de 1858*. La Cour a décidé qu'un tel droit pouvait être déduit des dispositions du *Traité* dans son ensemble, lues à la lumière du contexte historique dans lequel le *Traité de 1858* a été conclu²⁵⁴. S'écartant ouvertement du texte du *Traité de 1858*, la Cour a présumé que les parties avaient eu l'intention de préserver la vie quotidienne normale des habitants des villages du Costa Rica établis le long de cette rive du fleuve²⁵⁵. Il eut été plus acceptable d'insister sur la pratique continue des parties : « À l'époque [1858], il existait déjà une population riveraine du côté costaricien de la frontière ainsi définie [...] cette population empruntait ordinairement, et emprunte toujours, la voie fluviale pour ses déplacements destinés à subvenir aux besoins essentiels de la vie ordinaire qui nécessitent des déplacements dans de brefs délais, tels que le transport scolaire ou les soins médicaux »²⁵⁶.

- Concernant le droit de navigation des navires officiels : aucun élément issu de l'article 6 ne permettait de fonder le droit de traverser pour les navires officiels. De plus, le Costa Rica n'a pas réussi à prouver que le transport fluvial était le seul moyen d'approvisionner les postes de police situés le long de la rive. La Cour a également déterminé que le Costa Rica n'a pas le droit de navigation sur le fleuve San Juan pour relever le personnel des postes frontière de police le long de la rive droite et de réapprovisionner ces postes en équipement officiel incluant les armes de service et les munitions²⁵⁷. Par contre, la Cour a reconnu le droit de navigation des bateaux officiels du Costa Rica utilisés dans le but de fournir à la population vivant le long de la

²⁵¹ *Ibid.* au para. 70.

²⁵² *Ibid.* au para. 71.

²⁵³ *Ibid.* aux para. 72-75.

²⁵⁴ *Ibid.* aux para. 77-78.

²⁵⁵ *Ibid.* au para. 79.

²⁵⁶ *Ibid.* au para. 78.

²⁵⁷ *Ibid.* aux para. 80-83.

rive des biens de quotidienne nécessité²⁵⁸.

L'arrêt de la Cour se place, donc, dans la droite lignée de sa jurisprudence internationale et n'apporte pas d'éléments nouveaux dans la théorie de l'interprétation évolutive. Le principe général et son exception sont réaffirmés²⁵⁹. Les mêmes interrogations que la professeur Stern avaient en 1971 demeure, par ailleurs, d'actualité : il doit être noter que l'interprétation évolutive de la Cour prétend se fonder sur « l'intention communes des parties au moment ou le Traité a été conclu », ce qui devrait nous rappeler que :

Traditionnellement toutes les règles d'interprétation utilisées en droit international tendaient à dégager prioritairement l'intention des parties. Il faut noter que par une de ces subtilités dialectiques dont les instances judiciaires ont le secret lorsqu'elles veulent opérer avec discrétion une révolution juridique, la Cour rattache sa nouvelle méthode d'interprétation évolutive à ce dogme fondamental, puisqu'elle ne se fait pas faute de rappeler « la nécessité primordiale d'interpréter un instrument donné conformément aux intentions qu'ont eues les parties lors de sa conclusion ». Rien de plus classique que cette affirmation. Mais ce n'est là qu'une révérence à la vieille dame. En effet, alors que l'ancienne théorie est parfaitement conciliable avec la prise en considération de l'intention des parties, on est amené à se demander quelle est la place véritable que la nouvelle théorie peut accorder à celle-ci.²⁶⁰

C'est en effet une présomption d'origine prétorienne qui est à la base de « l'intention évolutive » des parties. La Cour, comme en 1971, a fait « appel à la volonté présumée des parties à l'égard de certaines notions contenues dans les instruments qu'elles ont onclus, qualifiées de notions évolutives par définition, par opposition aux notions statiques [...] “on doit admettre que les parties ont acceptées comme telles, c'est-à-dire comme susceptibles d'évoluer en même temps que l'ensemble du système juridique” »²⁶¹.

Si cette déduction de l'intention des parties pourrait se justifier quand le traité renferme des termes ou expressions au contenu indéterminé comme, dans l'avis sur la Namibie, « conditions du monde moderne », « bien-être et développement » ou « mission sacrée de civilisation » qui sont certainement « par définition évolutives »²⁶², il en va différemment des termes qui eux ne sont pas indéfinis mais dont la définition peut changer dans le temps, comme c'est le cas du terme « commerce ». Par rapport à ces derniers, la légitimité de la présomption se pose car, comme l'a

²⁵⁸ *Ibid.* au para. 84.

²⁵⁹ Ils correspondent, d'ailleurs, à la présentation faite par la doctrine : Carlos Fernández de Casadevante Romani, *La interpretación de las normas internacionales*, Pamplona, Aranzandi, 1996 aux pp. 225-226 ; Yasseen, *supra* note 223 aux pp. 26-27. La position de la Cour est en fait similaire à celle énoncée en 1986 par un tribunal arbitral : *Saint Laurent*, *supra* note 231 aux para. 36-37.

²⁶⁰ Brigitte Bollecker-Stern, « L'avis consultatif en date du 21 juin 1971 de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative aux conséquences juridiques pour les Etats membres de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) », (1971) 17 A.F.D.I. 281 aux pp. 290-291.

²⁶¹ *Ibid.* à la p. 291.

²⁶² *Avis sur la Namibie*, *supra* note 120 au para. 53.

indiqué le professeur Yasseen : « Il serait artificiel de prêter aux parties l'intention d'avoir, du point de vue linguistique, employé les mots dans un sens évolutif. Il est difficile en effet de présumer que les parties ont employé, du point de vue linguistique, les mots dans le sens inconnu et peut être imprévisible que les mots pourraient acquérir dans l'avenir »²⁶³.

En effet, et l'arrêt ici commenté en est un exemple, quasiment tout terme pourrait, dès lors, légitimer l'emploi de l'interprétation évolutive. Serait un terme évolutif toute notion générale employée dans un traité dès lors que le juge international cherche à masquer une réinterprétation du traité au-delà de l'accord des parties sous prétexte de le rendre efficace. Dans cette perspective, la prétendue intention des parties n'est qu'un faire valoir et on ne peut qu'adhérer à la critique d'un commentateur de l'arrêt selon lequel la présomption prétorienne doit s'appuyer sur des preuves concrètes de « l'intention évolutive » des parties:

*the Court does not appear to take this evidence into account in order to confirm or rebut its presumption of evolutionary interpretation. In the vein of its earlier jurisprudence, the Court's approach to determining the effect of the passage of time on the interpretation of treaties appears to be flawed in so far as it is based on a mechanical test that does not fully take into account concrete evidence of the common intention of the parties.*²⁶⁴

Autant admettre ouvertement que l'interprétation évolutive est, sauf disposition contraire, d'application générale au lieu de feindre le respect de l'intention des parties. On sait, par ailleurs, que ce pas fut franchi dans l'*Affaire sur le Rhin de Fer* dans laquelle un tribunal arbitral a décidé que « [alors qu'] il n'est pas question ici d'un terme conceptuel ou générique [...], il semble qu'une interprétation évolutive, qui permettrait une application du traité efficace en termes d'objet et de but, soit préférable à une applicable stricte de la règle intertemporelle »²⁶⁵. Ce tribunal a refusé d'appliquer la règle intertemporelle sous prétexte « qu'il serait incompatible avec l'objet et le but du traité »²⁶⁶.

Nous considérons, néanmoins, que ce recours indiscriminé à l'interprétation évolutive est condamnable parce qu'il repose sur une imposition arbitraire de ce que l'interprète voudrait que le traité dise. C'est une prise de pouvoir par les juges internationaux qui se dessine, un activisme judiciaire. Cet activisme judiciaire est déplacé et ne répond pas, à notre sens, à une réelle nécessité des sujets que l'interprétation évolutive prétend servir. En effet, le droit des traités offre déjà des solutions techniques suffisantes pour synchroniser des normes conventionnelles anciennes, pour d'éviter une application anachronique d'un traité grâce, d'une part, à l'article 31(3)(c) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* qui demande que toute règle pertinente du droit international soit prise en compte lors de l'interprétation d'un traité. Cela permet justement de tenir compte des évolutions du

²⁶³ Yasseen, *supra* note 223 à la p. 27.

²⁶⁴ Martin Dawidowicz, « The Effect of the Passage of Time on the Interpretation of Treaties: Some Reflections on *Costa Rica v. Nicaragua* », 24 [2011] L.J.I.L. 201 à la p. 221.

²⁶⁵ *Rhin de Fer*, *supra* note 208 au para. 80.

²⁶⁶ *Ibid.* au para. 82.

droit international²⁶⁷. D'autre part, si le sens original du texte du traité était vraiment désuet ou inadapté, cela se verrait reflété dans la pratique subséquente des parties (article 31(3)(b) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*). En plus, la désuétude permet justement d'exclure les traités internationaux dont l'existence est purement nominative compte tenu du comportement effectif des États parties.

Si un traité s'avérait être réellement inadapté aux besoins des États parties et à la réalité sociale dans laquelle ils vivent, ceux-ci n'auraient pas manqué de conclure des protocoles ou de s'éloigner dans la pratique de ce qui est prévu par le traité en question. L'inactivité des États parties démontre, en fait, l'inexistence d'un besoin de révision. Ayant les instruments nécessaires pour palier l'anachronisme d'un traité, le simple fait de le perpétuer en dit long sur leur volonté. Il est en effet choquant de constater que les défenseurs de l'interprétation évolutive ne s'interrogent pas sur le sens et la signification de l'inaction des États parties, créant ainsi un faux problème. L'interprétation évolutive cache donc une vision paternaliste qui considère nécessaire de dire aux Parties ce que le traité doit désormais dire étant donné qu'ils ne veulent pas l'adapter aux nouvelles réalités.

Ayant établi l'étendue du droit de libre navigation du Costa Rica, il restait à la Cour à établir les pouvoirs de réglementation du Nicaragua de ce droit.

C. L'étendue du pouvoir de réglementation du Nicaragua du droit de libre navigation du Costa Rica et la licéité de son exercice

Les parties étaient d'accord sur le fait que le Nicaragua avait le pouvoir de réglementer l'exercice du droit de libre navigation du Costa Rica. Elles étaient également d'accord sur le fait que l'exercice du pouvoir souverain de réglementation devait être licite, publique, raisonnable, non arbitraire, non discriminatoire et viser un objectif public légitime²⁶⁸. La seule question débattue, à cet égard, était le respect de ces critères par le Nicaragua.

On rappellera sur ce point que, en l'absence d'une disposition explicite privant un État territorial du droit de réglementer une activité sur son territoire, « le droit de régler les libertés conférés par [un] traité [...], est un attribut de la souveraineté et que, comme tel, il doit être considéré comme appartenant au souverain territorial »²⁶⁹. Le fait que le *Traité de 1858* ait accordé un droit « perpétuel » de libre navigation ne porte pas atteinte au pouvoir inhérent de réglementation du souverain

²⁶⁷ Campbell McLachlan, « The Principle of Systematic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention », (2005) 54 I.C.L.Q. 279 ; Philippe Sands, « Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law », (1998) 1 Yale Hum. Rts. & Dev. L. J. 85 ; Vassilis P. Tzevelekos, « The Use of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties in the Case-law of the European Court of Human Rights: an Effective Antifragmentation Tool or a Selective Loophole Facilitating Judicial Activism? », dans Conference on "The New International Law", (15 - 18 Mars 2007), Université d'Oslo, en ligne : <www.jus.uio.no/english/research/areas/intrel/events/conferences/nil-conference/NIL%20ORGKOM/finished-papers/tzevelekos.pdf>.

²⁶⁸ *Costa Rica c. Nicaragua*, supra note 141 au para. 86.

²⁶⁹ *Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique*, sentence arbitrale du 7 septembre 1910, [1912] R.G.D.I.P. 421, à la p. 452 [*Côtes septentrionales*].

territorial car, comme l'a constaté un tribunal arbitral, « un droit concédé à perpétuité peut être néanmoins soumis à réglementation »²⁷⁰.

La Cour n'a donc eu aucun mal à reconnaître le pouvoir de réglementation du Nicaragua tout en précisant que « ce pouvoir n'est pas illimité, puisqu'il est subordonné aux droits et obligations des Parties ». Plus particulièrement, la Cour a considéré que :

Dans la présente affaire, une mesure de réglementation doit présenter les caractéristiques suivantes :

- 1) elle doit seulement assujettir l'activité en cause à certaines règles, sans rendre impossible ni entraver de façon substantielle l'exercice du droit de libre navigation;
- 2) elle doit être compatible avec les termes du traité, par exemple avec l'interdiction d'instituer unilatéralement certaines taxes contenues dans l'article VI;
- 3) elle doit poursuivre un but légitime, tel que la sécurité de la navigation, la prévention de la criminalité, la sécurité publique et le contrôle des frontières;
- 4) elle ne doit pas être discriminatoire et, sur des questions telles que les horaires de navigation, doit s'appliquer aux bateaux du Nicaragua au même titre qu'à ceux du Costa Rica;
- 5) elle ne doit pas être déraisonnable, ce qui signifie que son incidence négative sur l'exercice du droit en question ne doit pas être manifestement excessive par rapport au bénéfice qu'elle présente pour atteindre le but recherché.²⁷¹

Puis, la Cour a contrôlé, une à une, la licéité des mesures réglementaires du Nicaragua à l'aune de ces critères (1) pour ensuite établir les conséquences juridiques des constats d'illicéité de certaines de ces mesures (2).

1. LE CONTRÔLE DE L'EXERCICE DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE DU NICARAGUA

Il découle de la liste dressée par la Cour au paragraphe 87 de l'arrêt que le contrôle de licéité du pouvoir souverain de réglementation d'un État est soumis à cinq critères différents : (1) la proportionnalité ; (2) la compatibilité avec les traités pertinents ; (3) le légitimité des mesures prises ; (4) le caractère non discriminatoire des mesures prises ; et (5) le caractère raisonnable des mesures prises.

Deux remarques doivent être faites sur cette liste. En premier lieu, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur le caractère discriminatoire et ne sera donc pas développé ci-dessous. En second lieu, ces différentes catégories se chevauchent, se confondent inévitablement. Ainsi, dans la pratique, le critère de proportionnalité est

²⁷⁰ *Ibid.* à la p. 453.

²⁷¹ *Costa Rica c. Nicaragua*, supra note 141 au para. 87.

souvent assimilé au critère de raisonnable²⁷². D'ailleurs, force est de constater que dans la liste des différents critères de contrôle dressée par la Cour, les critères (1) et (5) paraissent se répéter. Nous avons néanmoins considéré utile de distinguer, autant que faire se peut, le critère de raisonnable de celui de proportionnalité.

a) *Le principe de proportionnalité des mesures eut égard au droit de libre navigation*

Le principe invoqué par la Cour selon lequel une mesure ne doit pas, sous prétexte d'assujettir la navigation fluviale à certaines règles, rendre impossible ou entraver substantiellement l'activité réglementée correspond au principe de proportionnalité²⁷³. L'indéniable pouvoir de réglementation d'un droit expressément consacré par un texte international, comme l'est le droit de libre navigation du Costa Rica, ne doit pas aboutir ou correspondre, dans les faits, à une suppression de ce droit ou à le rendre dérisoire.

La question sur la proportionnalité des mesures réglementaires prises par le Nicaragua fut posée à la Cour par rapport à deux types de mesures.

- En premier lieu, s'agissant des horaires de navigation imposés par le Nicaragua. Le Nicaragua n'autorisait la navigation qu'entre 6h00 et 17h30. Le droit de libre navigation était donc, d'un point de vue objectif, restreint par les règlements nicaraguayens. Pourtant, la Cour n'a pas considéré que cette restriction était illicite car

l'exercice d'un pouvoir de réglementation peut légitimement comporter la limitation de l'activité visée. Les quelques éléments de preuve soumis à la Cour n'attestent nullement une utilisation massive du fleuve à des fins de navigation nocturne : les bateaux de tourisme, naturellement, l'empruntent de jour ; [...] Le fleuve est dangereux pour la navigation de nuit, puisqu'il n'y a pas d'éclairage et que les troncs d'arbre et bancs de sable, invisibles dans l'obscurité, y sont nombreux, tout comme les crocodiles.» L'atteinte limitée qui est causée à la liberté de navigation du Costa Rica n'est pas, de l'avis de la Cour, constitutive d'une entrave illicite à cette liberté, tout particulièrement eu égard aux considérations motivant la réglementation en cause.²⁷⁴

- En second lieu, par rapport à l'obligation faite aux embarcations costaricaines d'arborer le pavillon du Nicaragua lorsqu'ils naviguent au

²⁷² Par exemple, le Dictionnaire de droit international public définit le terme proportionnalité par raisonnable : « Rapport équitable ou raisonnable entre deux termes en fonction de critères choisis. En particulier dans la relation fins/moyens, une conduite doit satisfaire au critère d'une relation raisonnable entre le but envisagé et le moyen employé ». Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « Proportionnalité ».

²⁷³ Ce contrôle de proportionnalité est sans commune mesure avec celui qu'exerce la Cour européenne des droits de l'homme et dans lequel elle vérifie si les autorités nationales ont agi de façon raisonnable et que les motifs justificatifs sont pertinents et suffisants. Voir Gérard Cohen-Jonathan, « Article 10 », dans Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995 aux pp. 365-408.

²⁷⁴ *Costa Rica c. Nicaragua*, supra note 141 au para. 126.

Nicaragua. Le Costa Rica arguait que le droit d'arborer le pavillon costaricain était le corollaire de son droit de libre navigation. La Cour n'a eu pas de mal à constater que cette mesure n'affectait pas la liberté de navigation :

La Cour considère que le Nicaragua, qui a la souveraineté sur le San Juan, peut, dans l'exercice de ses pouvoirs souverains, exiger des bateaux costariciens pourvus de mâts ou de tourelles naviguant sur le fleuve qu'ils arborent son pavillon. Cette obligation ne saurait être considérée comme représentant une entrave à l'exercice de la liberté de navigation garantie aux bateaux costa-riens par le *traité de 1858*.²⁷⁵

Il ressort de ces deux passages que le contrôle de proportionnalité implique, comme son nom l'indique, un équilibre entre la reconnaissance de la souveraineté d'un État et les droits résiduels reconnus par ailleurs à un autre État. L'exercice de ce contrôle exige la prise en compte du contexte dans lequel les mesures litigieuses ont été adoptées. Par ailleurs, le droit de libre navigation du Costa Rica doit être exercé dans le cadre et le respect de la souveraineté territoriale du Nicaragua car ce droit, comme tout droit octroyé par le biais d'un traité, « dérogerait à la souveraineté de l'État servant, seulement dans la mesure où l'exercice des droits de souveraineté par l'État servant serait contraire à l'exercice du droit [octroyé par le traité à un autre État] »²⁷⁶. On rappellera, à ce sujet, que dans *l'Affaire du Droit de passage en territoire indien*, le Portugal revendiquait un droit de passage sans aucune immunité et sous le contrôle de l'État territorial et arguait que l'Inde, en interrompant tout passage en 1954, avait abusé de son pouvoir de réglementation. La Cour a considéré que le refus du droit de passage en raison des tensions qui existaient dans le territoire indien relevait du pouvoir de réglementation de l'Inde. La Cour a notamment souligné que « [l]a demande portugaise de droit de passage est subordonnée à la pleine reconnaissance et à l'exercice de la souveraineté de l'Inde sur le territoire intermédiaire, sans aucune immunité en faveur du Portugal »²⁷⁷. En d'autres termes, le principe de proportionnalité n'interdit pas à l'État territorial de limiter l'exercice d'un droit ou d'une activité²⁷⁸ mais exige que celui-ci prenne en compte les droits et libertés concédés à un autre État afin de ne pas rendre leur l'exercice impossible.

b) *La compatibilité avec les traités pertinents*

Il va de soit que la licéité d'une mesure réglementaire doit surtout et avant tout être analysée à la lumière d'un traité applicable à l'activité en question. Sur ce point, le critère n° 2 de la liste de la Cour se distingue des autres critères qui ont plutôt vocation à s'appliquer à défaut d'une disposition conventionnelle précise.

²⁷⁵ *Ibid.* au para. 132.

²⁷⁶ *Côtes septentrionales*, *supra* note 269 à la p. 454.

²⁷⁷ *Affaire du droit de passage sur territoire indien*, r [1960] C.I.J. rec. 6 à la p. 45.

²⁷⁸ Comme l'a indiqué un tribunal arbitral, « il est évident que, bien que toute réglementation de la pêche soit à quelque degré une limitation, puisqu'elle pose des limites à l'exercice discrétionnaire de la pêche, néanmoins de telles réglementations, [étant raisonnablement] faites en vue de la sécurité et de la conservation de la pêche et de son exercice dans l'intérêt commun, doivent évidemment être distinguées de ces restrictions et "molestations" », *Côtes septentrionales*, *supra* note 269 aux pp. 454-455.

En l'espèce, le Costa Rica prétendait que le fait d'exiger un visa aux personnes exerçant le droit de libre navigation sur le fleuve San Juan ainsi que des cartes de touristes aux vacanciers étaient illicites. La Cour a considéré qu'une distinction devait être établie entre l'obligation d'obtenir un visa et l'obligation d'obtenir une carte de touriste. La licéité de l'exigence de visas aux personnes exerçant la navigation sur le fleuve pouvait être analysée à la lumière de l'article 6 du *Traité de 1858*. Quant aux cartes exigées aux touristes, leur licéité a été établie à la lumière des critères généraux et, notamment, de l'exercice légitime des compétences. Se plaçant ainsi, en ce qui concerne l'exigence de visas, sur le plan de la compatibilité avec le *Traité de 1858*, la Cour a pu faire l'économie de l'examen de l'entrave précise et concrète à la liberté de navigation par cette mesure pour se placer dans un contrôle normatif abstrait²⁷⁹.

Selon la Cour :

L'obligation qui est faite aux passagers des bateaux costaricains exerçant le droit de libre navigation [...] d'être munis de visas pose la question de savoir qui est le titulaire du droit de libre navigation à des fins de commerce énoncé à l'article VI du *traité de 1858*, et qui peut en bénéficier. En vertu de cette disposition, le titulaire du droit de libre navigation est le Costa Rica. Les propriétaires et exploitants de bateaux costaricains bénéficient de ce droit lorsqu'ils empruntent le San Juan à des fins de commerce. Les passagers des bateaux exerçant le droit de libre navigation détenu par le Costa Rica en bénéficient également, même s'ils ne sont pas ressortissants du Costa Rica.²⁸⁰

Puis, en rappelant que la faculté de délivrer ou de refuser des visas est une compétence souveraine discrétionnaire²⁸¹, la Cour a considéré que, « [e]n l'espèce cependant, le Nicaragua ne saurait imposer l'obligation d'être munies d'un visa aux personnes qui [...] peuvent bénéficier du droit de libre navigation détenu par le Costa Rica. Si ce bénéfice leur était refusé, la liberté de navigation serait entravée. Dans ces conditions, l'institution d'un visa obligatoire est une violation du droit consacré par le traité »²⁸².

Une remarque s'impose sur ce point. La Cour a adopté une conception excessivement large du droit de libre navigation et, donc, de sa violation. La Cour a en effet considéré que l'atteinte aux avantages ou intérêts que les bénéficiaires du droit de libre navigation dont le seul titulaire est le Costa Rica constituait une violation de ce droit. La position de la Cour se fonde sur une confusion entre le titulaire d'un droit, celui qui l'exerce et celui qui en tire un bénéfice. Comme l'a souligné le juge Skotnikov, la Cour « *puts the owners and operators of Costa Rican*

²⁷⁹ Le juge Sepúlveda Amor condamne à ce titre une contradiction dans l'arrêt de la Cour : « *in the light of what the Court has stated, these "[c]oncrete and specific facts" cannot lead to the conclusion that, by imposing a visa requirement, Nicaragua is rendering impossible or is substantially impeding the exercise of Costa Rica's right of free navigation* », *Opinion Sepúlveda Amor, supra* note 188 au para. 12.

²⁸⁰ *Costa Rica c. Nicaragua, supra* note 141 au para. 114.

²⁸¹ *Ibid.* aux para. 113 et 115.

²⁸² *Ibid.* au para. 115.

vessels together with the passengers of those vessels, including non-Costa Ricans, in a single category of persons who benefit from that right »²⁸³ alors que seuls les embarcations et leurs propriétaires exercent le droit de libre navigation octroyé au Costa Rica. Le droit du Costa Rica est exercé grâce ou par le biais de leur immatriculation dans ce pays. Au contraire, les autres catégories de personnes (les vendeurs ou acheteurs de biens qui transitent sur le fleuve, les passagers et les touristes) ne jouissent pas d'un tel droit et n'en tirent qu'un avantage ou bénéfice. Or, et c'est sans doute l'essentiel, « *The visa requirement may affect the business interests of persons or entities engaged in the commercial activity of providing tourist or passenger transport. It may inconvenience individual tourists. But it is not inconsistent with Costa Rica's right to free navigation for commercial purposes* »²⁸⁴. Ainsi, accepter que l'atteinte à ces intérêts (éminemment économiques) constitue la violation d'un droit consacré par un traité revient, en somme, à vider de sens la reconnaissance du caractère souverain du droit du Nicaragua à subordonner l'entrée d'un étranger sur son territoire²⁸⁵.

La décision de la Cour est d'autant plus critiquable s'agissant des atteintes aux avantages que les ressortissants d'États tiers tirent de l'exercice d'un droit octroyé à un État dont il ne sont pas les nationaux²⁸⁶. En effet, en ce qui concerne l'application des traités aux individus, le principe général est que (à moins que le traité en question fasse abstraction du critère de la nationalité²⁸⁷) les traités ne peuvent être invoqués que par les ressortissants des États parties et dans les rapports de ces ressortissants entre eux²⁸⁸.

Le Costa Rica prétendait également que l'imposition de redevances aux bateaux costaricains et à leurs passagers par le Nicaragua était contraire à l'article 6 du *Traité de 1858* qui exclut explicitement les taxes n'ayant pas été décidées d'un commun accord par les deux pays²⁸⁹. La Cour a jugé que, puisque le Nicaragua ne pouvait pas exiger la délivrance de visas et de cartes touristiques, aucune taxe ou droit

²⁸³ *Affaire du Différent relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, Opinion individuelle du Juge Skotnikov, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15327.pdf>> au para. 15. Voir aussi *Affaire du Différent relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, Déclaration du juge *ad hoc* Guillaume, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15330.pdf>> au para. 21 [Déclaration Guillaume].

²⁸⁴ *Ibid.* au para. 17.

²⁸⁵ *Ibid.* Déclaration Guillaume, *supra* note 283 au para. 21; *Opinion Sepúlveda-Amor*, *supra* note 188 aux para. 10-19.

²⁸⁶ C'est à juste titre que le juge Sepúlveda-Amor souligne que « *[t]he judgment does not specify why non-Costa Ricans are also entitled to benefit from free navigation* », *supra* note 188 au para. 13.

²⁸⁷ C'est le cas, par exemple, de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* qui s'applique aux ressortissants d'États tiers qui sont sous la juridiction d'un État partie. On trouve également des clauses d'application universelle dans bon nombre de traités en matière de conflits de lois ou de juridiction. Voir Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon, 2003 aux pp. 333-336.

²⁸⁸ Par exemple *Société Henri de Bussac cl firme Alfred Toepfer*, Tribunal civil de Toulouse, jugement du 21 mars 1955, (1956) 2 A.F.D.I. 776 à la p. 791 (et la jurisprudence citée); Direction du droit international public –Chancellerie fédérale de la Confédération Helvétique, VPB 59.155, (11 mars 1994), en ligne : <www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/59/59.155.html>.

²⁸⁹ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 120.

ne pouvait être requise à ce titre. De plus, la Cour a estimé que les droits perçus pour la délivrance de certificats d'appareillage pour les embarcations du Costa Rica exerçant son droit de libre navigation étaient contraires à l'article 6 du *Traité de 1858*²⁹⁰.

Le troisième domaine dans lequel le Costa Rica prétendait que les mesures nicaraguayennes avaient violé le *Traité de 1858* était celui de la consultation et notification préalable de ces mesures. Selon le Costa Rica, l'article 6 du *Traité de 1858* obligeait le Nicaragua à lui notifier les mesures qu'il prend aux fins de réglementer la navigation sur le fleuve ou à le prévenir et le consulter avant l'adoption de telles mesures²⁹¹.

Bien que la Cour ait considéré que le *Traité de 1858* n'imposait aucune obligation générale de notification des mesures relatives à la navigation sur le fleuve San Juan²⁹², elle a considéré que cette obligation de notification existait, d'une part, en vertu d'un accord conclu en 1956 entre les deux pays selon lequel elles « collaboreront dans toute la mesure du possible [...] pour faciliter et accélérer la circulation [...] sur le fleuve San Juan »²⁹³; d'autre part, en vertu de l'objet même de la réglementation de la navigation fluviale sur un fleuve où les deux pays détiennent des droits et des nécessités pratiques qui en découlent²⁹⁴; enfin, de la nature même de la réglementation, qui exige que les personnes devant l'obéir soient informées des règles applicables²⁹⁵. Par contre, la Cour a rejeté l'existence d'une obligation de consultation avant d'adopter les mesures²⁹⁶.

c) *Le principe de l'exercice raisonnable des compétences*

Il est inutile de rappeler la place capitale qu'occupe aujourd'hui l'exercice raisonnable des compétences souveraines dans certaines « branches » du droit international, notamment dans les arbitrages d'investissements ou encore en matière de réglementation de pêche. Il s'agit là, comme l'a affirmé un tribunal arbitral, d'un principe général de droit international : « à l'instar de l'exercice de toute compétence quelconque, l'exercice d'une compétence de réglementation est toujours lié par la règle du raisonnable »²⁹⁷. C'est donc avec une attention particulière que le lecteur

²⁹⁰ *Ibid.* aux para. 122-123.

²⁹¹ *Ibid.* au para. 91.

²⁹² *Ibid.* au para. 93.

²⁹³ *Ibid.* au para. 94.

²⁹⁴ *Ibid.* au para. 95.

²⁹⁵ *Ibid.* au para. 96. La Cour souligne que : « Le troisième élément réside de la nature même de la réglementation. Si celle-ci a pour objet d'assujettir l'activité visée à certaines règles, les personnes se livrant à cette activité doivent en être informées. La notification permettra une meilleure application de la réglementation et une réalisation plus efficace de ses objectifs. Elle permettra également aux personnes visées de porter à l'attention de l'autorité compétente les éléments de fait dont elles ont connaissance, ainsi que de suggérer d'autres moyens de poursuivre et de réaliser le but pertinent »).

²⁹⁶ *Ibid.* au para. 97.

²⁹⁷ *Saint Laurent, supra* note 231 au para. 54. Voir aussi Olivier Corten, « Motif légitime et lien de causalité suffisant : un modèle d'interprétation rationnel du « raisonnable » », (1998) 44 A.F.D.I. 187 [Corten]; Stevan Jovanovic, *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit*

avisé retiendra les considérations de la Cour sur l'exercice raisonnable du pouvoir réglementaire du Nicaragua et ce d'autant plus que la Cour a donné une définition claire et précise du déraisonnable.

La Cour a précisé, dans un premier temps, la portée de l'examen que le juge international doit réaliser, en soulignant que, lorsqu'il est appelé à examiner le caractère raisonnable ou déraisonnable d'une mesure, il ne lui appartient pas de remplacer l'analyse de l'État sur la nécessité de la mesure sous examen. Le caractère du raisonnable est un critère objectif qui exclut la recherche des intentions de l'État²⁹⁸ et il pèse sur l'État qui attaque la licéité de la mesure sous-examen de satisfaire les critères objectifs sur lesquels repose l'examen du juge international. Selon la Cour:

En outre, une juridiction qui examine le caractère raisonnable d'une réglementation doit reconnaître que c'est à l'autorité de réglementation, en l'occurrence à l'État qui jouit de la souveraineté sur le fleuve, que revient la responsabilité principale d'apprécier la nécessité de réglementer et, en se fondant sur sa connaissance de la situation, de retenir à cette fin la mesure qu'il estime la plus appropriée. Il ne suffit pas, pour contester une réglementation, d'affirmer en termes généraux qu'elle est déraisonnable ; pour qu'une juridiction fasse droit à une telle contestation, des faits concrets et spécifiques doivent lui être présentés.²⁹⁹

Il découle de l'analyse de la Cour que le caractère raisonnable d'une mesure fut examiné en tenant compte de deux critères. D'une part, le Costa Rica devait démontrer les effets de la mesure sous examen sur l'exercice concret de la liberté de navigation. En effet, on ne saurait admettre qu'une mesure soit déraisonnable si, sur le terrain, les données démontrent qu'aucun effet néfaste n'a été provoqué. D'autre part, en cas d'existence de ces effets néfastes sur l'exercice de la liberté de navigation, le Costa Rica devait démontrer que la mesure controversée n'était pas nécessaire ou indispensable en démontrant que des moyens alternatifs et moins néfastes auraient pu être pris.

Ainsi, s'agissant de l'obligation imposée par les règlements nicaraguayens aux embarcations costaricaines de faire halte et celle imposée à l'équipage et aux touristes de s'enregistrer et de présenter une pièce d'identité, le Costa Rica soutenait que ces mesures étaient illicites parce que des mesures plus raisonnables étaient envisageables pour ne pas entraver la liberté de navigation (notamment en augmentant des patrouilles fluviales). La Cour a rejeté l'argument costaricain en soulignant qu'il correspondait au Costa Rica de démontrer les effets que la mesure alternative aurait obtenu et que, malgré ces mesures, le nombre de touristes avaient augmenté ce qui prouvait que les mesures n'étaient pas déraisonnables³⁰⁰.

La Cour a clairement indiqué qu'il ne suffisait pas d'arguer que des mesures moins contraignantes pour la libre navigation étaient possibles. L'interdiction de la navigation nocturne imposée par le Nicaragua est un exemple de cela. Le Costa Rica

international, Paris, Pedone, 1988 aux pp. 151-168.

²⁹⁸ Jovanovic, *supra* note 297 à la p. 152.

²⁹⁹ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 101.

³⁰⁰ *Ibid.* au para. 106.

prétendait que l'objectif de sécurité que le Nicaragua recherchait en excluant la navigation nocturne aurait pu être atteint plus efficacement par d'autres moyens (en imposant aux bateaux naviguant la nuit qu'ils soient éclairés et en indiquant les endroits dangereux par des feux)³⁰¹. La Cour a souligné que ces considérations n'étaient pas étayées par des faits concrets. Afin de démontrer le caractère déraisonnable, le Costa Rica devait démontrer avec précision « s'il était matériellement possible de prendre de telles mesures, eu égard notamment à leur coût ou à leur efficacité ». Il ne suffit pas de « [procéder] par assertions »³⁰².

d) *Le principe de l'exercice légitime des compétences réglementaires*

Dans les cas où la licéité d'une mesure réglementaire du souverain territorial est en cause, l'État sera invité à, d'une part, justifier son comportement en invoquant un motif, notamment le fondement juridique de son action et, d'autre part, à expliquer en quoi le motif invoqué doit être admis comme légitime au sens du droit international.

Comme l'a souligné le professeur Corten, « il est difficilement contestable que l'obligation de se comporter de manière raisonnable implique, en premier lieu, la possibilité de se justifier en invoquant un motif »³⁰³. Ce motif peut être, notamment, l'exercice d'une compétence souveraine de l'État selon le droit international général³⁰⁴.

Ainsi, le Nicaragua avait expliqué que les mesures visant à ce que les embarcations fassent halte et que l'équipage et les passager présentent des pièces d'identité étaient nécessaires pour s'assurer qu'ils ne se livraient pas à des activités illicites et pour protéger l'environnement et la sécurité de la navigation³⁰⁵. La Cour a constaté que l'obligation d'identification était l'exercice d'un pouvoir policier qui faisait indéniablement partie de sa souveraineté :

S'agissant de la licéité des obligations en question, la Cour est d'avis que le Nicaragua, en tant que souverain, a le droit de connaître l'identité des personnes entrant sur son territoire et de savoir si elles en sont sorties. Le pouvoir d'exiger la présentation d'un passeport ou d'une pièce d'identité fait légitimement partie de l'exercice de ce droit. Le Nicaragua a également des responsabilités connexes en matière de maintien de l'ordre et de protection de l'environnement. Dès lors, l'obligation qu'il impose aux bateaux de faire halte lorsqu'ils entrent sur le fleuve et le quittent et de se soumettre à des inspections est licite.³⁰⁶

³⁰¹ Ibid. au para. 128.

³⁰² Ibid.

³⁰³ Corten, *supra* note 297 à la p. 191.

³⁰⁴ Ayant eu à établir si la réquisition ordonnée par des autorités italiennes étaient « déraisonnables », la Cour a constaté que « si l'on se penche sur l'ordonnance de réquisition elle-même, on constate que c'est un instrument dont le texte énonce non seulement les motifs qui sont à son origine, mais aussi les dispositions légales sur lesquelles il se fonde », *ELSI*, *supra* note 161 au para. 129.

³⁰⁵ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 103.

L'existence d'un motif – et notamment de l'exercice d'une compétence ou pouvoir souverain – ne suffit pas. Encore faut-il que ce pouvoir soit exercé en vue d'atteindre un but légitime. Comme l'a rappelé un tribunal arbitral en matière de réglementation des pêches, le droit international excuse des restrictions et atteintes aux droits parce le souverain territorial « a l'obligation de conserver et de protéger les pêcheries. En tant que cela est nécessaire dans ce but, la Grande-Bretagne est non seulement en droit, mais [est] obligée de pourvoir à la protection et conservation des pêcheries, en se rappelant toujours que l'exercice de ce droit est limité par l'obligation d'exécuter le traité de bonne foi »³⁰⁷. La légitimité du but que la mesure sous examen prétend atteindre doit nécessairement tenir compte du développement du droit international, notamment du développement des intérêts communautaires en matière environnementale³⁰⁸.

Ainsi, par exemple, s'agissant de l'obligation d'obtenir un certificat d'appareillage imposée par le Nicaragua aux embarcations costa-ricaines, la Cour a décidé que : « les objectifs invoqués par le Nicaragua, à savoir la sécurité de la navigation, la protection de l'environnement et la répression des infractions pénales, sont légitimes. Par ailleurs, l'obligation qui est faite d'obtenir un certificat d'appareillage ne semble pas avoir constitué une entrave substantielle à l'exercice par le Costa Rica de sa liberté de navigation »³⁰⁹.

Au contraire, s'agissant de l'obligation faite aux touristes d'obtenir une carte de touriste, la Cour a constaté que le Nicaragua n'avait invoqué « la poursuite d'aucun objectif légitime à l'appui de cette exigence ». Or, puisque la mesure portait atteinte

³⁰⁶ *Ibid.* au para. 104. La Cour a ajouté que : « L'une des mesures que le Nicaragua pourrait légitimement prendre pour protéger de tels intérêts consisterait à refuser l'entrée sur le fleuve à une personne pour des raisons valables au regard de l'objectif poursuivi. Il peut agir ainsi lorsque l'intéressé fait connaître son identité (voir paragraphes 103 à 107 ci-dessus). Si cette mesure est justifiée au regard de l'objectif poursuivi, il n'y a pas violation du droit de libre navigation. Cette analyse pourrait valoir également dans l'hypothèse d'une mesure d'urgence dérogatoire au droit de navigation ». *Ibid.* au para. 118.

³⁰⁷ *Côtes septentrionales*, *supra* note 269 à la p. 460. N'oublions pas sur ce point que, comme cela a été indiqué dans l'affaire *Palmas*, « [l]a souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir: l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire, les droits Des autres Etats, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre, ainsi que les droits que chaque Etat peut réclamer pour ses nationaux on territoire étranger. L'Etat ne peut pas remplir ce devoir s'il ne manifeste pas sa souveraineté territoriale d'une manière adéquate aux circonstances. La souveraineté territoriale ne peut se limiter à son aspect négatif, c'est-à-dire au fait d'exclure tes activités des autres Etats car c'est elle qui sert à répartir entre les nations l'espace sur lequel se déploient les activités humaines, afin de leur assurer en tous lieux le minimum de protection que le droit international doit garantir ». *Palmas*, *supra* note [X], aux pp. 164-165

³⁰⁸ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 89. Notons que : « La Cour estime que, au cours des cent cinquante ans qui se sont écoulés depuis la conclusion du *traité de 1858*, les intérêts devant être protégés au moyen d'une réglementation prise dans l'intérêt public peuvent tout à fait avoir évolué d'une manière qui, à l'époque, ne pouvait être prévue par les Parties; la protection de l'environnement en est un excellent exemple. Ainsi que cela ressortira des conclusions formulées plus loin dans le présent arrêt (voir paragraphes 104, 109, 118, 127 et 141), la Cour considère que, en adoptant certaines mesures contestées, le Nicaragua poursuit l'objectif légitime que constitue la protection de l'environnement ».

³⁰⁹ *Ibid.* au para. 109.

au prétendu droit de libre navigation des touristes³¹⁰, la Cour a considéré qu'elle n'était pas justifiée et donc illicite³¹¹.

Il ressort de l'arrêt commenté que, en analysant la légitimité des mesures prises par le Nicaragua, la Cour n'a pas entendu se substituer aux autorités étatiques sur le choix du motif. L'évaluation de la légitimité du motif indiqué par le Nicaragua fut examinée sur la base du seul droit international.

2. LA RÉPARATION EN CAS D'EXERCICE ILLICITE DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE SOUVERAIN

La commission d'un fait internationalement illicite a pour conséquence d'engendrer une série de nouvelles relations juridiques entre l'État lésé et l'État auteur dudit fait. Ce sont ces nouvelles obligations, et les droits corrélatifs qui naissent en faveur de l'État lésé, qui composent ou constituent la responsabilité internationale de l'État. L'État lésé dispose ainsi, s'il choisit de réagir à la violation du traité et que celui-ci ne prévoit pas les conséquences spécifiques qui s'ensuivent en cas de violation, d'un large éventail de mesures ou remèdes.

En l'espèce, le Costa Rica réclamait trois types de mesures de réparation, à savoir : la cessation de ces violations, un dédommagement sous la forme du « rétablissement de la situation antérieure et du versement d'une indemnité » et des garanties de non répétition³¹². Par ce biais, le Costa Rica manifestait sa volonté de sauvegarder la relation conventionnelle bafouée et de reprendre l'exécution du traité. La demande de *restitutio in integrum* visait également à effacer les mesures réglementaires nicaraguayennes empêchant la bonne exécution du traité.

Mais si le Costa Rica était libre de choisir les remèdes qu'il considérait appropriés, encore fallait-il, pour que la Cour les ordonne, que les conditions prévues par les règles secondaires sur la responsabilité internationale des États soient réunies. Selon la Cour, tel n'était pas le cas en l'espèce.

S'agissant, en premier lieu, de la cessation du fait internationalement illicite, la Cour, se ralliant à une opinion répandue qui met en cause la place de cette institution parmi les conséquences de la commission d'un fait illicite³¹³, a constaté que l'obligation que le Costa Rica cherchait à préserver en réclamant la cessation des

³¹⁰ *Ibid.* aux paras. 114-115.

³¹¹ *Ibid.* au para. 119.

³¹² *Ibid.* au para. 147.

³¹³ Christian Dominicé, « Observations sur les droits de l'Etat victime », dans *Droit international* 2, Paris, Pedone, 1982 à la p. 27 L'auteur souligne que : « Ce qui est requis, c'est le retour de l'attitude exigée par le droit, la cessation du comportement illicite. L'État victime ne fait pas valoir un droit nouveau, crée par le fait illicite. Il demande le respect de ses droits tels qu'ils étaient avant le fait illicite et tels qu'ils demeurent » ; Gaetano Arangio-Ruiz, Rapport préliminaire sur la responsabilité internationale dans Commission pour le droit international, *Annuaire de la Commission pour le droit international*, Doc. Off. AG NU, 40^e sess., Doc. NU A/CN.4/SER.A/1988/Add.1 (Part 1) (1988) à la p. 13 [Arangio Ruiz]. Elle indique que : « La cessation doit être, en fait, considérée [...] [comme] l'application permanente et normale de la règle primaire dont le comportement illicite antérieur constituait la violation »; Catherine Deman, « La cessation de l'acte illicite », (1990) 23 Rev. B.D.I. 476 à la p. 480.

actes contraires au *Traité de 1858* n'est autre que l'obligation primaire de libre navigation du traité lui-même :

il y a lieu de rappeler que lorsque la Cour a constaté que le comportement d'un État présente un caractère illicite, et dans le cas où ce comportement se poursuit encore à la date de l'arrêt, l'État en cause est tenu d'y mettre fin immédiatement. Cette obligation de cessation d'un comportement illicite découle tout autant du devoir général qu'à chaque État de se comporter conformément au droit international, que de l'obligation spécifique qu'ont les États parties aux différends portés devant la Cour de se conformer aux arrêts de celle-ci, en vertu de l'article 59 de son Statut.³¹⁴

Or, ayant déjà constaté l'existence et la portée des obligations du Nicaragua dans son arrêt, la Cour a jugé inutile d'ordonner la cessation du fait illicite :

Il n'est pas nécessaire, et il n'est pas utile en règle générale, que la Cour rappelle l'existence de cette obligation dans le dispositif des arrêts qu'elle rend : du seul fait que la Cour constate l'existence d'une violation qui présente un caractère continu, il découle de plein droit l'obligation de la faire cesser, à la charge de l'État concerné.³¹⁵

Au contraire, le rappel de l'obligation violée ne suffit pas lorsque, comme en l'espèce, la cessation du fait internationalement illicite exige que des mesures réglementaires prises par l'État responsable soient annulées ou abrogées. Dans de telles hypothèses, est-il question de cessation du fait illicite ou de « restitution juridique »? L'on sait que la distinction est délicate et on ne peut compter sur l'arrêt de la Cour pour trouver des pistes, celle-ci s'ayant contentée de dire : « il y a lieu de rappeler que la cessation d'une violation qui présente un caractère continu, et le rétablissement de la situation légale qui en découle, constituent une forme de réparation au bénéfice de l'État lésé »³¹⁶.

La timidité de la Cour est compréhensible. D'une part, il était difficile de ne pas reconnaître dans la demande costaricaine une demande de « restitution juridique » puisque « ce mode de réparation [...] se caractérise précisément par le fait qu'il vise à laisser sans effet la mesure législative, administrative ou judiciaire jugée contraire au droit international »³¹⁷. D'autre part, comme l'a constaté le professeur Arangio Ruiz, « [d]es doutes demeurent en ce qui concerne la possibilité, pour un tribunal international, d'aller normalement au-delà d'une simple déclaration d'illégalité internationale et d'annuler directement des règles, des actes, des transactions ou des situations juridiques internationaux aux fins de réparation sous la forme d'une *restitutio* en nature »³¹⁸. En effet, si la Cour a pu, dans le cadre d'un avis consultatif, décider que l'Etat responsable devait cesser sa conduite illicite et « abroger immédiatement ou [...] priver immédiatement d'effet l'ensemble des actes législatifs

³¹⁴ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 148.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Ibid.* au para. 149.

³¹⁷ F.V. García Amador, Sixième rapport sur la responsabilité internationale dans Commission du droit international, *Annuaire de la Commission du droit international*, Doc. Off. AG NU, 13^e sess., Doc. NU A/CN.4/SER.A/1961/Add. 1 (1961) à la p. 16, au para. 60.

³¹⁸ *Arangio-Ruiz*, *supra* note 313 à la p. 28, au para. 84.

et réglementaires »³¹⁹, dans les affaires contentieuses la Cour s'est contentée d'ordonner à l'État responsable de mettre fin à la situation illicite par les moyens de son choix.

Enfin, s'agissant des garanties de non répétition, comme le prévoit par ailleurs l'article 30 du Projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité internationale des États³²⁰, la Cour a précisé que ce remède n'était applicable que « si les circonstances le justifient, ce qu'il lui appartient d'apprécier ». Or, « il n'y a pas lieu de supposer que l'État dont un acte ou un comportement a été déclaré illicite par la Cour répétera à l'avenir cet acte ou ce comportement, puisque sa bonne foi doit être présumée [...]. Il n'y a donc pas lieu, sauf circonstances spéciales que la Cour n'aperçoit pas en la présente espèce, d'ordonner une mesure telle que celle que réclame le Costa Rica »³²¹.

C'est l'impression d'une déviation alarmante du rôle du juge international dans l'interprétation des traités internationaux qui ressort de cet arrêt. Il s'agit, au demeurant, d'une dérive de plus en plus fréquente dans la jurisprudence internationale³²², sous prétexte que l'interprétation implique nécessairement une part de création du droit supposé être interprété. Cela est d'autant plus illégitime s'agissant d'un « Traité-contrat », comme en l'espèce, puisque cette dérive correspond à un activisme judiciaire déplacé qui ne répond pas, à notre sens, à une réelle nécessité des sujets que l'interprétation prétend servir.

Cette dérive est d'autant plus alarmante dans le cadre d'une juridiction internationale dont la compétence dépend de la volonté des États parties. On sait bien que lorsque la Cour s'éloigne de l'exercice de sa fonction strictement juridictionnelle, les États ne se sentent plus protégés par le droit international contre la volonté de la Cour, ce qui entraîne des retraits de la reconnaissance de la compétence obligatoire de la Cour ou la dénonciation de protocoles fondant la compétence de la Cour pour interpréter des conventions multilatérales. Le traitement de l'interprétation évolutive par la Cour montre bien l'impossibilité de se soustraire de cette volonté des États parties au Statut. Prétendant s'appuyer et rendre service à une intention évolutive des parties construite de toutes pièces, la Cour tombe dans une position fallacieuse qui trouve dans le terme employé la preuve de l'intention des parties qu'elle cherche à démontrer. Il n'est alors pas inutile de rappeler, avec la CDI, que « La seule intention réputée des parties n'est pourtant pas un critère à toute épreuve. L'interprète doit trouver des indices concrets de l'intention des parties à cet égard dans les sources matérielles visées aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des*

³¹⁹ *Avis sur le mur*, *supra* note 117 au para. 163.

³²⁰ James Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite*, Paris, Pedone, 2003, à la p. 235.

³²¹ *Costa Rica c. Nicaragua*, *supra* note 141 au para. 150.

³²² Hélène Tigroudja, « La force obligatoire des mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme. Observations sous l'arrêt du 6 février 2003, *Mamatkulov c. Turquie* », (2003) 107 R.G.D.I.P. 601.

traités, à savoir : dans les termes du traité, dans le contexte, dans l'objet et le but du traité et, le cas échéant, dans les travaux préparatoires »³²³.

III. Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains³²⁴

Les faits à l'origine de la dispute entre les États-Unis du Mexique et les États-Unis d'Amérique au sujet de cinquante et un ressortissants mexicains condamnés par la justice de différents États fédérés des États-Unis sont connus des lecteurs de cette chronique³²⁵.

On rappellera uniquement que, le 31 mars 2004, la Cour a décidé que les États-Unis avaient violé l'article 36 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*³²⁶ dans les cas de cinquante et un ressortissants mexicains condamnés à mort³²⁷. Afin de réparer cette violation, la Cour avait décidé que :

9) Par quatorze voix contre une,

Dit que, pour fournir la réparation appropriée en l'espèce, les États-Unis d'Amérique sont tenus d'assurer, par les moyens de leur choix, le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées contre les ressortissants mexicains visés aux points 4), 5), 6) et 7) ci-dessus, en tenant compte à la fois de la violation des droits prévus par l'article 36 de la convention et des paragraphes 138 à 141 du présent arrêt.³²⁸

Ce paragraphe reflète le soin avec lequel la Cour a cherché à éviter une injérence directe dans le fonctionnement de la justice américaine et à respecter, autant que possible, l'indépendance des tribunaux américains. En effet, tandis que le Mexique prétendait que seule l'annulation par la Cour des condamnations acquises en violation du droit à l'assistance consulaire prévu par la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* était une réparation adéquate, la Cour avait décidé que l'annulation partielle ou totale des verdicts de culpabilité n'était pas le seul mode de réparation possible³²⁹. La Cour avait précisé qu'il appartient au juge américain de

³²³ Commission sur le droit international, *Rapport de la Commission du droit international*, Doc. Off. AG NU, 57^e sess., supp. n° 10, Doc. NU A/60/10 (2005) au para. 474.

³²⁴ *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, Ordonnance du 16 juillet 2008, [2008] C.I.J. rec. 311 [Ordonnance Mexique c. États-Unis]; *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, [2009] C.I.J. rec. 3 [Arrêt Mexique c. États-Unis].

³²⁵ Antoine Olivier et Pierre Olivier Savoie, « Cour internationale de justice », (2004) 17:2 R.Q.D.I. 214.

³²⁶ *Convention de Vienne sur les relations consulaires*, 24 avril 1963, 596 R.T.N.U. 261 (entrée en vigueur : 19 mars 1967).

³²⁷ *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, [2004] C.I.J. rec. 12 [Avena].

³²⁸ *Ibid.* à la p. 72 au para. 153.

³²⁹ La Cour avait, à juste titre, précisé que, dans les cas que le Mexique lui avait soumis, les verdicts de culpabilité n'étaient pas jugés contraires au droit international en tant que tels, mais « uniquement certains manquements à des obligations conventionnelles qui les ont précédés », *ibid.* au para. 123.

déterminer dans quelle mesure la violation des ressortissants américains à l'assistance consulaire aurait pu aboutir à un résultat différent et, donc, si l'annulation de la condamnation s'imposait. En d'autres termes, la Cour avait considéré qu'il revient au juge interne de déterminer dans chaque cas concret l'incidence de la violation de l'article 36 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* dans la condamnation³³⁰. La Cour a néanmoins énoncé quelques indications, dans les paragraphes 148 à 141 de l'arrêt *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, sur la voie à suivre pour réexaminer et réviser les condamnations.

Or, comme l'a souligné un commentateur de l'arrêt *Avena*, « [c]es arguments, avancés dans le souci de protéger l'indépendance judiciaire des États-Unis, dispensent la Cour de prendre position sur des questions sur lesquelles une clarification aurait pourtant été bienvenue »³³¹. L'une de ces questions est si les indications faites par la Cour aux États-Unis pour exécuter l'arrêt étaient dirigées aux autorités internes devant édicter les mesures nécessaires³³². En fait, compte tenu des particularités du système juridique et politique américain, les difficultés pour la mise en œuvre de l'arrêt *Avena* étaient prévisibles et avaient été annoncés par la doctrine³³³ bien avant que le Mexique ne dépose sa demande d'interprétation.

Par ailleurs, les efforts de la Cour pour respecter l'indépendance judiciaire des États-Unis se sont avérés inutiles. A la suite de l'arrêt *Avena*, le président des États-Unis a ordonné le retrait des États-Unis du *Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends*³³⁴, qui avait servi de fondement au Mexique pour engager la responsabilité internationale des États-Unis pour violation de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*. Irrités par le contrôle exercé par la Cour sur son

³³⁰ *Ibid.* aux para. 121-124.

³³¹ Myriam Benlolo-Carabot, « L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)* du 31 mars 2004 », (2004) 50 A.F.D.I. 259 à la p. 280.

³³² *Ibid.* à la p. 278.

³³³ Voir notamment l'analyse de l'excellente Ana Peyró Llopis, « Après *Avena* : l'exécution par les États-Unis de l'arrêt de la Cour internationale de justice », (2005) 51 A.F.D.I. 140.

³³⁴ *Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends*, 24 avril 1963, 596 RTNU 487 (entrée en vigueur le : 19 mars 1967) [*Protocole à la Convention de Vienne*]. Ironiquement, le *Protocole à la Convention de Vienne* fut proposé en 1963 par les États-Unis et ratifié en 1969 avec l'ensemble de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*. Le *Protocole à la Convention de Vienne* autorise les États à saisir la CIJ lorsque le droit à l'assistance consulaire est refusé à leurs nationaux détenus. Les États-Unis avaient été également le premier pays à invoquer ce protocole lors de la crise des otages américains à Téhéran en 1979.

système judiciaire national³³⁵, les États-Unis se sont retirés³³⁶ de ce protocole le 7 mars 2005³³⁷. Par ce biais, comme l'a indiqué un auteur, « [l]es États-Unis ont donc reculé devant la nécessité imposée par la CIJ d'adapter leur système judiciaire fédéral »³³⁸.

Par la suite, des condamnés visés dans l'arrêt *Avena* ont saisi les tribunaux américains en invoquant l'arrêt de la Cour en vue d'obtenir le réexamen de leur procès et en présentant des recours en *habeas corpus*. Hormis le cas de Monsieur Osbaldo Torres, à qui une cour d'appel de l'Oklahoma a accordé la réouverture du procès³³⁹, la plupart des tribunaux saisis ont considéré que l'arrêt *Avena* n'était pas obligatoire en droit interne et ont refusé de l'appliquer, privant ainsi les ressortissants mexicains du réexamen et de la révision de leurs condamnations.

À la suite de ce refus, le président des États-Unis a promulgué un mémorandum selon lequel :

En vertu de l'autorité que me confèrent, en ma qualité de président, la Constitution et la législation des États-Unis, j'ai décidé que ces derniers s'acquitteraient des obligations internationales imposées par la décision de la Cour internationale de Justice dans [l'affaire *Avena*], en faisant en sorte que, dans les affaires introduites par les cinquante et un ressortissants visés dans cette décision, les juridictions des États donnent effet à [celle-ci] conformément aux principes généraux de courtoisie internationale (« *general principles of comity* »).³⁴⁰

Entre temps, la Cour suprême de justice des États-Unis était saisie d'une des affaires initiées par les ressortissants mexicains, celle de Monsieur Medellín, condamné à mort au Texas³⁴¹. La question posée à la Cour suprême de justice des États-Unis était de savoir si l'arrêt *Avena* était directement applicable par les juges

³³⁵ La Secrétaire d'État, Darla Jordan, avait indiqué à cette occasion que « [l]a Cour internationale de Justice a interprété le protocole optionnel de la Convention de Vienne d'une façon que nous n'avions pas prévue (...) en permettant dans les faits à la Cour de prendre le pas sur notre système judiciaire national ». Le retrait de ce protocole, a-t-elle ajouté, est une façon « de nous protéger contre les jugements de la Cour internationale de Justice qui pourraient entraver notre système judiciaire ». Voir Tidiani Couma, « Suites de l'affaire *Avena*, les États-Unis dénoncent le protocole optionnel de la Convention de Vienne sur les relations consulaires » (2005) 10 *Sentinelle*, en ligne : <www.sfdi.org/actualites/Sentinelle10.html#cijavena>.

³³⁶ Dans la mesure où le *Protocole à la Convention de Vienne* ne prévoit aucune disposition en la matière, la règle coutumière codifiée à l'article 56 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités est applicable*. Ce dernier dispose que « 1. Un traité qui ne contient pas de dispositions relatives à son extinction et ne prévoit pas qu'on puisse le dénoncer ou s'en retirer ne peut faire l'objet d'une dénonciation ou d'un retrait, à moins : a) Qu'il ne soit établi qu'il entrerait dans l'intention des parties d'admettre la possibilité d'une dénonciation ou d'un retrait; ou b) Que le droit de dénonciation ou de retrait ne puisse être déduit de la nature du traité. 2. Une partie doit notifier au moins douze mois à l'avance son intention de dénoncer un traité ou de s'en retirer conformément aux dispositions du paragraphe 1 ». *Convention de Vienne sur le droit des traités*, *supra* note art. 56. Sur la question de savoir si le retrait américain était régulier voir Ana Peyró Llopis, *supra* note 333 aux pp. 149-150.

³³⁷ Organisation des Nations Unies, Communication 186 (C.N.186.2005.TREATIES-1) (11 mars 2005), en ligne : Recherche des notifications dépositaires du Secrétaire général <<http://treaties.un.org/pages/CNs.aspx>>.

³³⁸ Tidiani Couma, *supra* note 335.

³³⁹ *Osbaldo Torres v. The State of Oklahoma*, Oklahoma Court of Criminal Appeals, (2004) 43 I.L.M. 1227 [*Osbaldo Torres*].

³⁴⁰ *Ordonnance Mexique c. États-Unis*, *supra* note 324 au para. 3.

internes et, en particulier, si l'arrêt primait sur les règles de procédure pénale de l'État du Texas qui interdisaient un nouveau recours de la part de Monsieur Medellín. La Cour suprême de justice devait également décider si le président des États-Unis pouvait obliger les tribunaux à appliquer l'arrêt *Avena*. La décision de la Cour suprême de justice des États-Unis du 25 mars 2008³⁴², comme l'a souligné un auteur, « a porté un grave coup à l'exécution de l'arrêt de la CIJ »³⁴³ dans la mesure où elle établit que, conformément à l'article 94 de la Charte des Nations Unies³⁴⁴, l'arrêt *Avena* de la Cour n'est pas directement applicable et n'excluait pas les restrictions des États fédérés relatives au dépôt de recours en *habeas corpus*. La Cour suprême de justice des États-Unis a par ailleurs affirmé que le mémorandum du président n'était pas un moyen adéquat pour obliger les États fédérés et leurs tribunaux à rendre directement applicable l'arrêt *Avena*, une loi du Congrès étant nécessaire à cet effet. L'État du Texas était ainsi libéré par la Cour suprême de justice des États-Unis du devoir d'« examiner et reconsidérer » la condamnation de Monsieur Medellín en l'absence d'une loi fédérale contraignante. La voie a ainsi été ouverte à l'État du Texas pour exécuter Monsieur Medellín, laquelle avait été programmée pour le mois d'août 2008.

Considérant que l'arrêt *Medellin* mettait en cause l'arrêt *Avena* et menaçait éventuellement l'exécution des arrêts de la Cour en général, le Mexique a déposé au Greffe de la Cour, le 5 juin 2008, une requête introductive d'instance contre les États-Unis dans lequel il est demandé à la Cour d'interpréter le paragraphe 153(9) de l'arrêt *Avena*. Plus précisément, le Mexique a demandé à la Cour de déclarer qu'elle avait imposé à l'ensemble des organes des États-Unis une obligation de résultat visant à ce que les condamnations des cinquante et un ressortissants mexicains soient réexaminées et révisées. La requête introductive d'instance mexicaine était accompagnée d'une demande d'indication de mesures conservatoires visant à ce que, dans l'attente de l'issue de la procédure devant la Cour, les États-Unis s'abstiennent d'exécuter cinq ressortissants mexicains, notamment Monsieur Medellín. En effet, selon le Mexique, le libellé du paragraphe 153(9) de l'arrêt *Avena* imposait une obligation de résultat « à laquelle il ne sera satisfait que lorsque le réexamen et la

³⁴¹ De feu Monsieur Medellín était un ressortissant mexicain condamné à mort aux États-Unis qui faisait partie des cinquante et un ressortissants mexicains bénéficiaires de l'arrêt *Avena*. Monsieur Medellín avait donc déposé une requête d'*habeas corpus* devant un tribunal texan, demandant le réexamen de son verdict de culpabilité et de sa peine. La cour d'appel du Texas a cependant rejeté la requête de Monsieur Medellín, indiquant que l'arrêt de la CIJ ne constituait pas du droit fédéral passant outre le droit des États. Voir *José Ernesto Medellín v. Doug Drekte (Texas Department of Justice)*, US Court of Appeals for the 5th District, 26 mai 2004, en ligne : The Hague Justice Portal <www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/8/606.c2V0TGfUzZ1GUiZMPUZS.html> [*Medellin*].

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ Paul von Muhlendahl, « La CIJ rejette la demande du Mexique d'interpréter *Avena* », en ligne : Hague Justice Portal <www.haguejusticeportal.net/Docs/Commentaries%20PDF/Microsoft%20Word%20-%20vonMuhlendahl_Avena-Merits_FR_2.pdf> à la p. 1.

³⁴⁴ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7 art. 94 L'article indique que : « 1. Chaque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie. 2. Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt ».

révision des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées auront été menés à bien ». Par conséquent, les États-Unis devaient « empêcher l'exécution de tout ressortissant mexicain cité dans l'arrêt à moins et jusqu'à ce que ce réexamen et cette révision aient été menés à bien et qu'il ait été établi qu'aucun préjudice n'a résulté de la violation commise »³⁴⁵.

Le 16 juillet 2008, la Cour a accueilli la demande en indication de mesures conservatoires du Mexique, ce qui n'a pas empêché que l'État du Texas exécute Monsieur Medellín. La Cour a, néanmoins, rejeté la demande d'interprétation du Mexique par le biais de son arrêt du 19 janvier 2009.

Selon un commentateur, ce rejet sanctionnerait le fait que le Mexique se serait « égaré en soulevant une mauvaise question (l'application de l'arrêt *Avena*) en utilisant la mauvaise procédure (article 60 du Statut) au mauvais endroit (la Cour internationale de Justice) »³⁴⁶. Encore faut-il préciser que, à la suite de la dénonciation du *Protocole à la Convention de Vienne* par les États-Unis, la marge de manoeuvre du Mexique était fortement réduite pour assurer la bonne exécution de l'arrêt *Avena*. Seule l'action en interprétation de l'arrêt *Avena* étant disponible, le Mexique a argué que, lors de son intervention dans les procédures devant les juridictions américaines, une controverse était née avec les États-Unis sur le sens et la portée de l'obligation de réparation prévue par le paragraphe 153(9) de l'arrêt *Avena*. Le Mexique a demandé à la Cour de retenir son interprétation de ce paragraphe selon laquelle l'obligation de réexaminer et de réviser les condamnations des cinquante et un ressortissants américains était une obligation de résultat qui s'imposait directement à tous et à chacun des organes fédéraux et fédérés des États-Unis dans leur ordre interne.

Or, la compétence de la Cour dans le cadre d'une action en interprétation est restreinte. Sans doute, déterminer si l'obligation de réexaminer et de réviser les condamnations des cinquante et un ressortissants mexicains s'applique directement aux organes judiciaires des États-Unis dans l'ordre interne est intimement lié à l'arrêt *Avena* et constitue même une question capitale pour l'exécution de tout arrêt de la Cour. Cependant, cela ne saurait suffire dans le cadre d'un recours en interprétation. En ce qui concerne l'interprétation des arrêts, la controverse doit nécessairement porter sur ce qui, dans l'arrêt, est tranché avec force obligatoire³⁴⁷.

La question qui était donc posée à la Cour était si un recours en interprétation peut être utilisé pour obtenir de la Cour des précisions sur la façon d'exécuter un de ses arrêts dans l'ordre interne d'une des parties, la discussion sur le caractère d'obligation de résultat n'étant que le moyen utilisé par le Mexique pour lier cette question au paragraphe 153(9) de l'arrêt *Avena*.

Pour répondre à cette question, la Cour a précisé que sa compétence dans le cadre d'un recours en interprétation est une compétence spéciale qui est fondée sur l'article 60 du Statut de la Cour. Cet article lui donnait ainsi compétence pour

³⁴⁵ *Ordonnance Mexique c. États-Unis, supra* note 324 au para. 9.

³⁴⁶ Muhlendahl, *supra* note 343 à la p. 5.

³⁴⁷ Louis Cavaré, « Le recours en interprétation et en appréciation de légalité devant les tribunaux internationaux », (1953) 15 *Heidelberg J. Int'l L.* 482 à la p. 488.

interpréter l'arrêt *Avena* et ordonner des mesures provisoires nonobstant le retrait des États-Unis du *Protocole à la Convention de Vienne* (A). Cette compétence spéciale et autonome, n'autorise pourtant pas la Cour à se prononcer sur toute question se rapportant à l'arrêt interprété. En effet, le recours en interprétation a une portée limitée et spécifique qui, selon la Cour, ne lui permettait pas de se prononcer sur l'effet direct de ses décisions en droit interne dans la mesure où elle ne s'était pas prononcée sur cette question dans l'arrêt *Avena*. Est également exclue, selon la Cour, la possibilité de se prononcer sur la violation de l'arrêt *Avena* et les modes de réparation de cette violation (B).

A. La compétence spéciale et autonome de la Cour pour connaître les recours en interprétation

Une demande en indication de mesures conservatoires donne lieu à une procédure incidente dans le cadre d'une instance principale. Ne pouvant donc avoir lieu en dehors de cette instance, la jurisprudence de la Cour conditionne l'octroi des mesures conservatoires demandées à la compétence *prima facie* pour connaître du fond du litige. S'agissant d'un recours en interprétation d'un arrêt, cette compétence est fondée sur le seul statut d'État partie au Statut de la Cour, donnant ainsi à la Cour une compétence *prima facie* quasi-automatique pour connaître les demandes d'indication de mesures conservatoires (1).

Or, le recours en interprétation est un recours contentieux³⁴⁸ qui ne peut en aucun cas dissimuler une demande d'avis consultatif par des États, ce que le Statut de la CIJ et la jurisprudence de la Cour interdisent³⁴⁹. Est alors applicable le principe général qui constitue une limitation inhérente à l'exercice de la fonction judiciaire internationale selon lequel l'exercice des compétences judiciaires dans le cadre d'un recours contentieux est conditionné à l'existence d'un différend entre les parties³⁵⁰. Or, en l'espèce, les États-Unis prétendaient qu'il n'existait pas de différend entre les parties sur l'interprétation de l'arrêt *Avena* (2).

³⁴⁸ C'est le juge Anzilotti qui, dans ses opinions dissidentes, a souligné avec force la nature contentieuse du recours en interprétation. Voir *Interprétation des Arrêts No. 7 et 8 (Usine de Chorow)*, « Opinion dissidente du juge Anzilotti », C.P.J.I. (sér. A) n° 13 à la p. 23 [Opinion juge Anzilotti]; *Interprétation du Statut du Territoire de Memel*, « Opinion dissidente du juge Anzilotti », C.P.J.I. (sér. A/B) n° 49 à la p. 350.

³⁴⁹ *Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*, C.P.J.I. (sér. A) n° 6 à la p. 21 La Cour considère que « pareille demande, formulée directement par un État, ne saurait être prise en considération » ; *Interprétation de l'accord gréco-bulgare du 9 décembre 1927 (Accord Caphandaris Mollof)*, Avis consultatif, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 45 à la p. 87. La Cour précise que « le droit de soumettre une question à la Cour à fin d'avis consultatif est exclusivement réservé à l'Assemblée et au Conseil des Nations [...] Ignorer, à la demande des Parties, cette condition, serait en fait permettre aux deux Gouvernements intéressés de soumettre une question à la Cour à fin d'avis consultatif ».

³⁵⁰ *Affaire de l'interprétation de l'Arrêt No. 3*, C.P.J.I. (sér. A) n° 4 [Arrêt n°3]; *Demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile (Colombie c. Pérou)*, [1950] C.I.J. rec. 395 à la p. 402 [Droit d'asile]; *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)*, [1985] C.I.J. rec. 192 au para. 44 [Tunisie c. Libye]; *Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, [1999] C.I.J. rec. 31 au para. 12.

1. UNE COMPÉTENCE FONDÉE SUR LE SEUL STATUT D'ÉTAT PARTIE AU STATUT DE LA CIJ QUI REND LA COUR AUTOMATIQUÉMENT COMPÉTENTE POUR CONNAÎTRE D'UNE DEMANDE D'INDICATION CONSERVATOIRE

En l'espèce, le Mexique a fondé la compétence de la Cour pour connaître son recours en interprétation, et donc sa compétence pour ordonner des mesures provisoires, exclusivement sur l'article 60 de son Statut³⁵¹ selon lequel « [l]'arrêt est définitif et sans recours. En cas de contestation sur le sens et la portée de l'arrêt, il appartient à la Cour de l'interpréter, à la demande de toute partie »³⁵².

Se ralliant à la position mexicaine, la Cour a précisé que « la compétence de la Cour pour interpréter l'un de ses arrêts est une compétence spéciale qui résulte directement de l'article 60 du Statut »³⁵³. Il s'agit par ailleurs d'une compétence autonome fondée exclusivement sur le Statut de la Cour : « les Parties à la présente instance, en souscrivant au Statut de la Cour, ont consenti à ladite compétence sans aucun préalable »³⁵⁴. La Cour a ainsi rappelé que :

la compétence que l'article 60 confère à la Cour n'est subordonnée à l'existence d'aucune autre base ayant fondé, dans l'affaire initiale, sa compétence à l'égard des Parties ; et qu'il s'ensuit que, même si la base de compétence invoquée dans cette première affaire est devenue caduque, la Cour, en vertu de l'article 60 du Statut, peut néanmoins connaître d'une demande en interprétation.³⁵⁵

La conséquence du caractère spécial et autonome de la compétence visée par l'article 60 du Statut était importante en l'espèce puisque la compétence de la Cour n'était nullement affectée par le retrait par les États-Unis du *Protocole à la Convention de Vienne*³⁵⁶. Par ailleurs, puisque fondée sur le seul statut de partie au Statut de la CIJ, la compétence *prima facie* était, d'une certaine façon, acquise aux fins d'ordonner des mesures conservatoires en vue de protéger les droits liés à l'interprétation de l'arrêt *Avena*³⁵⁷.

³⁵¹ Ordonnance Mexique c. États-Unis, *supra* note 324 au para. 8.

³⁵² *Statut CIJ*, *supra* note 61, art. 60.

³⁵³ *Tunisie c. Libye*, *supra* note 350 au para. 43.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ Ordonnance Mexique c. États-Unis, *supra* note 324 au para. 44.

³⁵⁶ *Arrêt Mexique c. États-Unis*, *supra* note 324 au para. 15.

³⁵⁷ *Ibid.* « La Cour relève que son ordonnance en indication de mesures conservatoires du 16 juillet 2008 n'a pas été rendue sur la base d'une compétence *prima facie*. Elle a précisé que "la compétence que l'article 60 [lui] confère (...) n'est subordonnée à l'existence d'aucune autre base ayant fondé, dans l'affaire initiale, sa compétence à l'égard des parties" ».

2. L'EXERCICE DE CETTE COMPÉTENCE SPÉCIALE ET AUTONOME EST TOUTEFOIS CONDITIONNÉ À L'EXISTENCE D'UNE CONTESTATION SUR LE SENS OU LA PORTÉE D'UN ARRÊT DE LA COUR

Comme indiqué ci-dessus, le recours en interprétation est un recours contentieux et suppose, donc, l'existence d'un différend réel et sérieux entre les parties et ce d'autant plus que, comme l'a souligné la Cour, « en vertu de la seconde phrase de l'article 60, la Cour peut connaître d'une demande en interprétation de tout arrêt rendu par elle dès lors qu'existe une "contestation sur le sens ou la portée [de cet] arrêt" »³⁵⁸. La Cour a précisé à ce sujet que

le mot « contestation » a une portée plus large que le mot « différend » et n'implique pas nécessairement le même degré d'opposition; que, par rapport à la notion de « différend », celle de « contestation » s'entend, dans son application à une situation donnée, de manière plus souple; qu'il n'est pas nécessaire, pour établir l'existence d'une contestation (« dispute » dans la version anglaise) au sens de l'article 60 du Statut, comprise comme une divergence d'opinion entre les parties quant au sens et à la portée d'un arrêt rendu par la Cour, que soient remplis les mêmes critères que ceux qui déterminent l'existence d'un différend (« dispute » dans la version anglaise) tel que visé au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut.³⁵⁹

À l'instar de sa devancière, la Cour adopte donc une interprétation relativement souple de la notion de contestation. Pour que celle-ci existe, il faut que les Parties aient simplement manifesté des « opinions opposées »³⁶⁰ sur le sens d'une décision et sans que l'on puisse « exiger que la contestation se soit formellement manifestée »³⁶¹, sous réserve qu'il ne saurait y avoir de « contestation » du « seul fait que l'une des parties déclare l'arrêt obscur, tandis que l'autre le déclare parfaitement clair »³⁶².

En l'espèce, les États-Unis ont insisté sur le fait que le gouvernement fédéral américain, « seule autorité habilitée à les représenter sur le plan international, voit dans l'obligation prévue au point 9 du paragraphe 153 de l'arrêt *Avena* une obligation de résultat »³⁶³. Les États-Unis prétendaient que, dès lors, il n'existait aucune contestation entre les parties sur le sens ou la portée de l'arrêt *Avena* et que « le véritable objectif du Mexique en la présente instance [était] l'exécution de l'arrêt *Avena* et non son interprétation »³⁶⁴. Or, « en "l'absence de contestation, la Cour n'a[vait] pas compétence *prima facie* pour intervenir" et que, en conséquence, des mesures conservatoires ne se "justifi[ai]ent pas en la présente espèce" »³⁶⁵.

Pour le Mexique, il existait une contestation sur l'interprétation de l'arrêt *Avena* parce que la position de l'exécutif fédéral américain n'était pas partagée par les

³⁵⁸ Ordonnance Mexique c. États-Unis, *supra* note 324 aux para. 45-46.

³⁵⁹ *Ibid.* au para. 53.

³⁶⁰ Arrêts No. 7 et 8, *supra* note 43 à la p. 11.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² *Droit d'asile*, *supra* note 350 à la p. 403.

³⁶³ Ordonnance Mexique c. États-Unis, *supra* note 324 au para. 55.

³⁶⁴ *Ibid.* au para. 41.

³⁶⁵ *Ibid.* au para. 32.

États fédérés et par les tribunaux américains, notamment par la Cour suprême de justice des États-Unis. Le Mexique considérerait que la position de la Cour suprême de justice des États-Unis, selon laquelle l'arrêt *Avena* n'est pas directement applicable et ne s'adresse qu'aux pouvoirs politiques des États parties au Statut³⁶⁶ « signifie nécessairement que l'obligation en question n'est pas véritablement considérée comme une obligation de résultat »³⁶⁷.

Dans son ordonnance sur les mesures conservatoires, la Cour s'est contentée d'une analyse superficielle de l'étendue du désaccord entre les parties. Elle a constaté qu'il existait bien une contestation parce que, malgré l'apparent accord des parties sur la nature d'obligation de résultat de l'obligation énoncée dans le paragraphe 153(9) de l'arrêt *Avena*, « elles n'en paraissent pas moins diverger d'opinion quant au sens et à la portée de cette obligation de résultat — plus précisément quant à la question de savoir si cette communauté de vues est partagée par toutes les autorités des États-Unis, à l'échelon fédéral et à celui des États, et si cette obligation s'impose à ces autorités »³⁶⁸.

La décision de la Cour dans son ordonnance sur les mesures conservatoires n'étant pas définitive, la question de l'existence d'une contestation réelle entre les parties s'est posée à nouveau lors des débats sur le fond. À cette occasion, même si la Cour a reconnu que « divers éléments semblent révéler l'existence d'une différence d'appréciation qui constituerait une contestation au sens de l'article 60 du Statut »³⁶⁹, elle a considéré qu'il existait des éléments en sens inverse qui mettait en doute l'existence d'une contestation sur le sens ou la portée de l'arrêt *Avena*. Elle a rappelé que, contrairement aux indications de l'article 98(2) du Règlement de la Cour³⁷⁰, « [l]e Mexique n'a pas précisé que l'obligation imposée par l'arrêt *Avena* aux États-Unis liait directement les organes, entités ou autorités de ce pays, même si cela pourrait être déduit des arguments qui a présentés »³⁷¹.

Cela étant, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur l'existence d'une contestation sur la portée ou le sens du paragraphe 153(9). En effet, la Cour a constaté que la prétention mexicaine selon laquelle l'obligation prévue par le paragraphe 153(9) de l'arrêt s'impose à tous les organes américains « ne signifie pas qu'il y ait une obligation de résultat incombant aux divers organes compétents [...] mais uniquement que les États-Unis devront agir par l'intermédiaire de ceux-ci pour s'acquitter des obligations qui sont les leurs en vertu du point 9) du paragraphe 153 »³⁷².

En d'autres termes, le Mexique avait tort de déduire l'existence d'un

³⁶⁶ *Arrêt Mexique c. États-Unis*, *supra* note 324 au para. 31.

³⁶⁷ *Ibid.* au para. 34.

³⁶⁸ Ordonnance Mexique c. États-Unis, *supra* note 324 au para. 55.

³⁶⁹ *Arrêt Mexique c. États-Unis*, *supra* note 324 au para. 31.

³⁷⁰ Règlement de la CIJ, en ligne : CIJ <www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0> art. 98. Qui exige qu'«[u]ne demande en interprétation d'un arrêt [...] indique avec précision le point ou les points contestés quant au sens ou à la portée de l'arrêt »,

³⁷¹ *Arrêt Mexique c. États-Unis*, *supra* note 324 au para. 41.

³⁷² *Ibid.*

désaccord sur la portée de l'obligation de résultat prévue au paragraphe 153(9) de l'absence d'effet direct de l'arrêt *Avena*. En effet, la position mexicaine était fondée sur une confusion entre deux institutions juridiques différentes. La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat porte sur le degré de liberté laissé au débiteur de l'obligation dans le choix des procédés par lesquels il peut remplir son obligation internationale³⁷³. Au contraire, la distinction entre règles directement applicables et règles non-directement applicables repose sur la vocation ou aptitude d'une règle internationale à produire des effets dans l'ordre juridique interne des États³⁷⁴. Si l'obligation de réexaminer et de réviser les condamnations prévue par le paragraphe 153(9) est bien une obligation de résultat³⁷⁵, sa réalisation est néanmoins soumise à la procédure interne des États-Unis. Le fait qu'une obligation internationale soit une obligation de résultat ne signifie pas qu'elle soit nécessairement une obligation directement applicable. Ainsi, ces deux institutions juridiques ne sont pas interchangeables ou assimilables. Il s'agit de deux questions différentes qui peuvent s'appliquer, en même temps, à une même obligation afin de définir les différents aspects de sa portée. Dès lors, le fait que les tribunaux des États-Unis aient considéré que l'obligation de réexaminer ou réviser était non directement applicable ne permettait pas au Mexique de déduire que cette même obligation est traitée comme une obligation de moyen.

La question sur le caractère directement ou indirectement applicable de l'obligation n'étant pas assimilable à la question sur la nature de résultat de l'obligation, la Cour devait déterminer si celle-ci avait été décidée au paragraphe 153(9) de l'arrêt *Avena*. Ayant considéré que tel n'était pas le cas³⁷⁶, la Cour a considéré que la question sur l'existence ou non d'une contestation entre le Mexique et les États-Unis était superflue.

B. La portée limitée et spécifique du recours en interprétation et l'impuissance de la Cour à contrôler la bonne exécution de l'arrêt *Avena*

Contrairement à une demande en révision, la demande en interprétation ne saurait prétendre à une modification ou addition de la décision rendue par la Cour. Comme l'explique le professeur Zoller, le respect de « [l']autorité de la chose jugée est d'une importance essentielle. Elle limite le recours en interprétation »³⁷⁷. En fait, « [l]a demande en interprétation invite le juge à préciser la chose jugée, à éclairer les parties sur les obscurités éventuelles de la sentence »³⁷⁸. Dans ce sens, la CPJI avait précisé que « [l']interprétation n'ajoute rien à la chose jugée et ne peut avoir effet

³⁷³ Jean Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement », dans *Mélanges offerts à Paul Reuteur*, Paris, Pedone, 1981 aux pp. 201-202.

³⁷⁴ Jean Salmon, « Applicabilité », dans *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, à la p. 71.

³⁷⁵ Commission du droit international, *Annuaire de la Commission du droit international*, Doc. Off. AG NU, 29^e sess., Doc. NU A/CN.4/SER.A/1977/Add.1 (Part 2), (1977) à la p. 15. au para. 8.

³⁷⁶ *Infra* note 397.

³⁷⁷ Elizabeth Zoller, « Observations sur la révision et l'interprétation des sentences arbitrales », (1978) 24 A.F.D.I. 327 à la p. 343.

³⁷⁸ *Ibid.* à la p. 347.

obligatoire que dans les limites de la décision de l'arrêt interprété »³⁷⁹. En clair, le recours en interprétation ne saurait servir à obtenir une décision allant au-delà des termes de l'arrêt et cela quand bien même la question posée à la Cour est intimement liée à ce qu'elle a décidé.

La portée limitée et spécifique du recours en interprétation a mené la Cour à décider trois questions. D'une part, il s'agissait de savoir si l'interdiction d'exécuter les ressortissants mexicains que le Mexique a sollicité comme mesure conservatoire pouvait être rattachée à la demande en interprétation de l'arrêt *Avena* (I). D'autre part, il s'agissait de savoir si la question de l'effet direct de l'obligation de réexaminer et de réviser les condamnations était contenue dans le libellé du paragraphe 153(9) de l'arrêt *Avena* (II). En effet, la question posée par le Mexique à la Cour était de savoir si en énonçant l'obligation de réexaminer et de réviser les condamnations des cinquante et un ressortissants mexicains comme une obligation de résultat, la Cour avait voulu lier directement les organes fédéraux et des États fédérés des États-Unis (et notamment les tribunaux) et, donc, si le refus de ceux-ci de prendre en compte l'arrêt *Avena* était une violation de cette obligation. Enfin, il s'agissait de savoir si l'exercice d'un recours en interprétation permettait au Mexique de présenter des réclamations en matière de responsabilité internationale (III).

1. QUELS DROITS PEUVENT ÊTRE PROTÉGÉS PAR LE BIAIS D'UNE MESURES CONSERVATOIRE DANS LE CADRE D'UNE DEMANDE EN INTERPRÉTATION D'UN ARRÊT ?

Il est rare qu'une demande d'interprétation d'un arrêt soit accompagnée d'une demande de mesures conservatoires. L'exercice d'un recours en interprétation se prête mal, en principe, aux mesures conservatoires qui ont pour fonction de sauvegarder provisoirement les droits des parties³⁸⁰. Cette impression repose en fait sur un préjugé, comme le démontre la présente affaire. Les mesures conservatoires ont certainement leur place lorsque, comme en l'espèce, la Cour est appelée à dire si elle a reconnu dans un arrêt un droit directement invocable devant un tribunal interne et que ce droit risque d'être irrémédiablement affecté avant qu'elle n'ait eu l'occasion de se prononcer.

Dans sa demande en indication de mesures provisoires, le Mexique prétendait vouloir sauvegarder les droits qu'elle invoquait dans sa requête introductive d'instance, or « en procédant à l'exécution de Monsieur Medellín ou d'autres ressortissants mexicains, les États-Unis priveraient à *jamais* ces ressortissants de l'interprétation exacte de l'arrêt »³⁸¹. En effet, le Mexique considérait que la Cour avait créé un droit au réexamen et à la révision des condamnations en faveur de ses ressortissants. Or, logiquement, « il serait porté une atteinte irrémédiable [à celui-ci] si l'un quelconque des ressortissants mexicains dont le droit à bénéficier d'un

³⁷⁹ Arrêt n° 7 et 8, *supra* note 43 à la p. 21.

³⁸⁰ *Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*, Ordonnance du 5 juillet 1951, [1951] C.I.J. rec. 89 à la p. 93 La Cour précise que « l'objet des mesures conservatoires [...] est de sauvegarder les droits de chacun en attendant que la Cour rende sa décision ».

³⁸¹ Ordonnance Mexique c. États-Unis, *supra* note 324 au para. 59.

réexamen et d'une révision a été affirmé dans l'arrêt *Avena* devait être exécuté sans qu'il ait pu se prévaloir de ce droit »³⁸².

Le Mexique a ajouté que les mesures conservatoires étaient urgentes puisque, évidemment, l'exécution de ses ressortissants avant que la Cour ne se prononce sur l'interprétation de l'arrêt *Avena*, les priverait d'une éventuelle interprétation sur l'étendue de l'obligation de réexaminer et réviser les condamnations³⁸³.

De leur côté, les États-Unis arguaient que la demande mexicaine visait à protéger des droits que le Mexique ne faisait pas valoir dans sa demande d'interprétation de l'arrêt *Avena* : tandis que dans sa requête le Mexique demandait à la Cour une interprétation de l'arrêt *Avena* suivant laquelle les États-Unis ne doivent faire exécuter aucune peine avant que les intéressés n'aient bénéficié d'un réexamen et d'une révision de leur condamnation, dans sa demande sur les mesures conservatoires le Mexique demandait une interdiction absolue de procéder à l'exécution des peines prononcées³⁸⁴. Dès lors, « aucune des conditions régissant l'indication de mesures conservatoires n'est [donc] remplie »³⁸⁵.

Rappelant sa jurisprudence traditionnelle, la Cour a précisé que les mesures conservatoires qu'elle pourrait être amenée à ordonner doivent avoir pour objet les droits que l'arrêt sur le fond pourrait éventuellement reconnaître³⁸⁶. S'agissant d'un recours en interprétation, « la Cour est appelée à éclaircir le sens et la portée de ce qui a été décidée avec force obligatoire dans un arrêt » et, donc, les droits que le demandeur des mesures conservatoires doit chercher à sauvegarder doivent être ceux consacrés dans l'arrêt dont l'interprétation est demandée³⁸⁷. Or, en l'espèce,

c'est l'interprétation du sens et de la portée de cette obligation [de réexamen et de révision des condamnations] et, partant, des droits que le Mexique ou ses ressortissants tiennent du point 9) du paragraphe 153 qui constitue l'objet de l'instance pendante devant la Cour sur la demande en interprétation ; et que le Mexique a présenté une demande en indication de mesures conservatoires à l'effet de protéger ces droits en attendant la décision définitive de la Cour.³⁸⁸

La Cour a conclu que le lien suffisant qui doit exister entre les droits allégués et les mesures sollicitées existait en l'espèce.

S'agissant de l'urgence, la Cour a rappelé que, selon sa jurisprudence en la matière, « le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires ne sera exercé que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il est probable qu'une action préjudiciable aux droits de l'une ou de l'autre Partie sera commise avant que la Cour n'ait rendu sa décision définitive »³⁸⁹. La Cour n'a eu aucun mal à reconnaître que ce critère était

³⁸² *Ibid.* au para. 19.

³⁸³ *Ibid.* au para. 68.

³⁸⁴ *Ibid.* au para. 61.

³⁸⁵ *Ibid.* au para. 71.

³⁸⁶ *Ibid.* au para. 58.

³⁸⁷ *Ibid.* au para. 63.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ *Ibid.* au para. 66.

largement respecté en l'espèce :

Considérant que l'exécution d'un ressortissant détenteur de droits dont le sens et la portée sont en cause, si elle avait lieu avant que la Cour n'ait rendu son arrêt sur la demande en interprétation, « rendrait impossible l'adoption de la solution demandée par [son État national] et porterait ainsi un préjudice irréparable aux droits revendiqués par celui-ci » [...] [L]eur exécution porterait un préjudice irréparable à tout droit dont l'interprétation du sens et de la portée est en question; que lesdits ressortissants mexicains sont susceptibles d'être exécutés avant que la Cour n'ait rendu son arrêt sur la demande en interprétation et que, en conséquence, il y a indubitablement urgence.³⁹⁰

La Cour a, dès lors, ordonné la mesure conservatoire suivante :

Les États-Unis d'Amérique prendront toutes les mesures nécessaires pour que MM. José Ernesto Medellín Rojas, César Roberto Fierro Reyna, Rubén Ramírez Cárdenas, Humberto Leal García et Roberto Moreno Ramos ne soient pas exécutés tant que n'aura pas été rendu l'arrêt sur la demande en interprétation présentée par les États-Unis du Mexique, à moins et jusqu'à ce que ces cinq ressortissants mexicains aient bénéficié du réexamen et de la révision prévus aux paragraphes 138 à 141 de l'arrêt rendu par la Cour le 31 mars 2004 dans l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*.³⁹¹

2. LA COUR POUVAIT-ELLE SE PRONONCER SUR L'EXÉCUTION DE L'ARRÊT *AVENA* EN DROIT INTERNE ?

Le caractère limité et spécifique du recours en interprétation s'exprime clairement dans les conditions propres de recevabilité d'une demande d'interprétation fondée sur l'article 60 du Statut, telles que la Cour les a dégagées dans l'affaire *Droit d'asile*:

1) Il faut que la demande ait réellement pour objet une interprétation de l'arrêt, ce qui signifie qu'elle doit viser uniquement à faire éclaircir le sens et la portée de ce qui a été décidé avec force obligatoire par l'arrêt, et non à obtenir la solution de points qui n'ont pas été ainsi décidés. Toute autre façon d'interpréter l'article 60 du Statut aurait pour conséquence d'annuler la disposition de ce même article selon laquelle l'arrêt est définitif et sans recours;

2) Il faut ensuite qu'il existe une contestation sur le sens et la portée de l'arrêt.³⁹²

Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, la demande mexicaine d'interprétation reposait essentiellement sur la méconnaissance du caractère directement applicable de l'obligation prévue par le paragraphe 153(9) de l'arrêt

³⁹⁰ *Ibid.* aux para. 72-73.

³⁹¹ *Ibid.* au para. 80.

³⁹² *Droit d'asile, supra* note 350 à la p. 402.

Avena. Le Mexique pouvait-il exercer un recours en interprétation pour, comme le prétendent certains auteurs³⁹³, obtenir des précisions sur son exécution ?

La Cour a rejeté la demande en interprétation du Mexique, estimant que la question en litige, à savoir l'effet direct de l'arrêt sur tous les organes de l'État, y compris le pouvoir judiciaire, n'était pas l'une des questions en litige dans l'affaire *Avena* et ne pouvait donc pas donner lieu à interprétation. Il s'agit donc de la conséquence logique du fait que l'interprétation d'un arrêt « ne peut dépasser les limites de cet arrêt même »³⁹⁴.

La Cour, tout en reconnaissant que « l'obligation énoncée dans [le paragraphe 153(9)] est une obligation de résultat qui doit à l'évidence être exécutée de manière inconditionnelle », a ajouté que l'arrêt *Avena* laisse aux États-Unis le choix des moyens d'exécution, soit en adoptant une législation appropriée, soit en exécutant directement l'obligation en cause. Bref, la question de l'effet direct de l'obligation « n'a pas été tranchée par l'arrêt initial de la Cour et ne peut dès lors lui être soumise dans le cadre d'une demande en interprétation en vertu de l'article 60 du Statut »³⁹⁵.

Il doit être rappelé à ce sujet que, comme l'a souligné la CDI,

[c]e qui distingue le premier type d'obligations [obligations de moyens] du deuxième [obligations de résultat], ce n'est pas que les obligations « de comportement » ou « de moyens » ne visent pas un but ou résultat donné, mais le fait qu'un tel but ou résultat doive être atteint par des activités, comportements ou moyens « spécifiquement déterminés » par l'obligation internationale elle-même, ce qui n'est pas le cas pour les obligations internationales dites « de résultat ». Là est le critère distinctif essentiel pour que l'obligation internationale puisse être qualifiée d'obligation « de comportement » ou « de moyens ».³⁹⁶

Ainsi, en précisant que le réexamen et la révision des condamnations des cinquante et un ressortissants mexicains devaient être réalisés par les États-Unis « par les moyens de leur choix », la Cour a indéniablement consacré une obligation de résultat³⁹⁷, en laissant aux États-Unis libres de choisir la façon dont le réexamen et la

³⁹³ Mutlaq Al-Qahtani, « The Role of the International Court of Justice in the Enforcement of Its Judicial Decisions », (2002) 15 *Leiden J. Int'l L.* 781 à la p. 795. L'auteur explique que : « *for the purposes of implementation of the Court's decisions reveals the adequacy of this Article as it stands and how it has been perceived by litigant states regarding the role this Article may play in the process of enforcement of the Court's decisions. The Court, upon an application for interpretation or implementation made under Article 60 of the Statute, can indicate in an elaborate way a reiteration of the enforceability and bindingness of its judgment, a practice that has been recently adopted in judgments in the merits. This interpretation should not constitute an amendment or modification of the authority of res judicata, which the judgment has already acquired, but rather reiteration of its effective nature.* ».

³⁹⁴ Arrêt n°3, *supra* note 350 à la p. 7.

³⁹⁵ Arrêt *Mexique c. États-Unis*, *supra* note 324 au para. 44.

³⁹⁶ Commission du droit international, *Annuaire de la Commission du droit international*, Doc. Off. AG NU, 29e sess., Doc. NU A/CN.4/SER.A/1977/Add.1 (Part 2), (1977) à la p. 15. au para. 8.

³⁹⁷ *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, « Déclaration du Juge Koroma », en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/139/14941.pdf>> [Déclaration Koroma] au para. 9. Comme l'a indiqué le juge Koroma, « the Court had indicated that the United States should carry out review and reconsideration "by means of its own choosing". This necessarily implies that the United States has a

révision des condamnations seront réalisés.

Or, la Cour ne pouvait pas préciser comment les organes internes des États-Unis devaient exécuter l'arrêt *Avena*. En effet, conformément à sa jurisprudence traditionnelle, préciser quelles sont les mesures qui devraient être prises par les États-Unis pour exécuter l'arrêt *Avena*. Ainsi, dans l'affaire *Haya de la Torre*, la Cour a précisé qu'elle aurait dépassé ses fonctions judiciaires si elle avait choisi pour le compte des parties les moyens par lesquels elles auraient pu satisfaire leurs obligations au titre de son arrêt dans l'*Affaire Droit d'asile*. En effet, la Cour a considéré que les conclusions qu'on lui soumettait avaient

pour objet d'obtenir de la Cour une décision sur la manière dont l'asile doit prendre fin. La partie de l'arrêt du 20 novembre 1950 à laquelle elles se réfèrent est celle où, statuant sur la régularité de l'asile, l'arrêt dit que l'octroi de l'asile n'a pas été fait en conformité [...] de la Convention de La Havane de 1928 relative à l'asile. La Cour rappelle que ledit arrêt s'est borné à définir, dans cet ordre d'idées, les rapports de droit que la Convention de La Havane avait établis entre Parties. Il ne comporte aucune injonction aux Parties et n'entraîne pour celles-ci que l'obligation de s'y conformer. La forme interrogative qu'elles ont donnée à leurs conclusions montre qu'elles entendent que la Cour opère un choix entre les diverses voies par lesquelles l'asile peut prendre fin. Mais ces voies sont conditionnées par des éléments de fait et par des possibilités que, dans une très large mesure, les Parties sont seules en situation d'apprécier. Un choix entre elles ne pourrait être fondé sur des considérations juridiques, mais seulement sur des considérations de nature pratique ou d'opportunité politique ; il ne rentre pas dans la fonction judiciaire de la Cour d'effectuer ce choix³⁹⁸.

Le rejet de la demande mexicaine semblait, dans ces circonstances, fondées.

Cela étant, dans le paragraphe 153(9) de l'arrêt *Avena*, la Cour a précisé que l'obligation de réexaminer et de réviser les condamnations par les moyens du choix des États-Unis, devait être remplie « en tenant compte [...] des paragraphes 138 à 141 du présent arrêt »³⁹⁹. Or, dans ces paragraphes, la Cour avait précisé que « le réexamen et la révision auraient lieu dans le cadre de la procédure judiciaire globale par laquelle passe chaque accusé »⁴⁰⁰, afin d'examiner et de prendre en considération les conséquences juridiques de la violation des droits individuels conférés par la *Convention de Vienne sur les relations consulaires*. Ainsi, comme l'a souligné un auteur, « [p]ar conséquent, les suites de cet arrêt aux États-Unis devraient impliquer les organes juridictionnels pour procéder au réexamen et à la révision des verdicts, dans la mesure où, selon la Cour, “c'est la procédure judiciaire qui est adaptée à cette tâche” »⁴⁰¹.

choice of means as to how to implement its obligation under the Judgment ».

³⁹⁸ *Affaire Haya de la Torre*, [1951] C.I.J. rec. 71 aux pp. 78-79.

³⁹⁹ *Avena*, *supra* note 327 au para. 153(9).

⁴⁰⁰ *Ibid.* au para. 141.

⁴⁰¹ Ana Peyró Llopis, *supra* note 333 à la p. 141. Dans le même sens, la professeure Benlolo-Carabot a précisé que « [l]a Cour estime que le but assigné aux procédures de réexamen et de révision ne peut être atteint en dehors du cadre de la procédure judiciaire », Myriam Benlolo-Carabot, *supra* note 331 à la p. 285.

Ainsi, s'il est vrai que l'argumentation du Mexique portait avant tout sur la question générale des effets d'un arrêt de la Cour dans l'ordre juridique interne des États-Unis et que, comme l'a constaté la Cour, cette question générale échappait à sa compétence au titre de l'article 60 du Statut, une réelle ambiguïté existait quant à l'application directe de l'obligation de réexaminer et de réviser les condamnations par les tribunaux américains. Ce point, distinct de la question générale soulevée par le Mexique, aurait pu justifier la demande d'interprétation du Mexique. Dans ces circonstances, la conclusion de la Cour nous semble quelque peu hâtive, d'autant plus que la Cour jouit d'une certaine liberté dans l'interprétation de ses arrêts et qu'elle n'est pas tenue par les formules de prétoire que les parties choisissent⁴⁰². La Cour aurait certainement pu « faire abstraction des imperfections de forme »⁴⁰³ de la demande mexicaine afin de préciser comment « le cadre de la procédure judiciaire » à laquelle fait référence, par renvoi, le paragraphe 153(9) de l'arrêt *Avena*, devait être utilisé en vue de réexaminer et de réviser les condamnations.

La Cour, comme l'a indiqué le juge Koroma⁴⁰⁴, aurait également pu tenir compte du fait qu'elle avait défini, au paragraphe 137 de l'arrêt *Avena*, les moyens de mise en œuvre de l'obligation de réexamen, en précisant notamment qu'elles doivent être « effectifs » et garantir que la violation de l'article 36 de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* et le préjudice résultant « seront pleinement étudiées et pris en considération dans le processus de réexamen et de révision »⁴⁰⁵. La Cour a ainsi encadré la marge d'appréciation des tribunaux internes et, s'agissant d'un raisonnement inséparable de la décision prise au paragraphe 153(9) de l'arrêt *Avena*, elle aurait certainement pu préciser quels étaient les moyens « effectifs » en question.

Peut être la Cour a-t-elle considéré superflu de s'engager dans cette voie. La reconnaissance du caractère directement applicable de l'arrêt *Avena* devait en effet surmonter deux obstacles.

D'une part, l'article 59 du Statut de la CIJ, selon lequel « [l]a décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé »⁴⁰⁶, précise de façon explicite qui a la charge d'exécuter les décisions de la Cour et indique, sans équivoques, que les décisions de la Cour déploient leurs effets juridiques uniquement entre les parties à l'instance⁴⁰⁷. Ceci est renforcé par l'article 94 de la Charte de l'ONU qui précise que le devoir de se conformer aux décisions de la Cour prise « dans tout litige auquel il est partie » pèse sur « chaque [État] membre ». Comme l'a indiqué le professeur Palombino, « ces arrêts, en tant que *res*

⁴⁰² *Arrêts n° 7 et 8, supra* note 43 aux pp. 15-16 Dans cet arrêt, « la cour ne se considère pas comme tenue de répondre simplement par oui ou non aux propositions formulées dans les conclusions de la Requête allemande. Elle se place à ce point de vue parce que, pour interpréter un arrêt, elle ne saurait être liée par des formules choisies par les parties en cause, mais doit pouvoir se prononcer librement ».

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ Déclaration Koroma, *supra* note 397 au para. 6.

⁴⁰⁵ *Avena, supra* note 327 au para. 138.

⁴⁰⁶ *Statut de la CIJ, supra* note 61 art 59.

⁴⁰⁷ Robert Jennings, « The Judicial Enforcement of International Obligations », (1987) 47 *Heidenberg J. Int'l L.* 3 à la p. 10 ; Fulvio Maria Palombino, « Les arrêts de la Cour internationale de justice devant le juge interne », (2005) 51 *A.F.D.I.* 121 à la p. 122 ; Mohammed Bedjaoui, « The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals », (1995-1996) 28 *N.Y.U.J. Int'l L. & Pol.* 45 à la p. 51.

judicata, ne lient ni les sujets privés, qui sont toujours tiers par rapport au procès se déroulant devant la Cour, ni *a fortiori* le juge d'une procédure interne ultérieure à laquelle ces sujets seraient parties »⁴⁰⁸. Le fait que l'État dont les juges sont saisis ait été condamné par la Cour pour la violation de droits individuels consacrés par un traité⁴⁰⁹ n'élimine pas le problème car même quand un État agit en protection des droits de ses ressortissants devant la Cour, l'arrêt rendu demeure obligatoire et efficace uniquement à l'égard des États parties à l'instance⁴¹⁰. La solution de simplicité préconisée par certains consistant à « *to abandon derivations from formalistic criteria and to "pierce the veil of State-representation"* »⁴¹¹ serait de toutes les façons inutile. Tout au plus, ces juges pourraient prendre en compte l'arrêt de la Cour dans leur interprétation du droit individuel consacré par le traité invoqué par son titulaire dans le cadre d'une procédure de droit interne.

D'autre part, les décisions juridictionnelles internationales sont exécutoires dans l'ordre international mais, afin d'acquérir une force exécutoire en droit interne, un acte interne spécifique d'adaptation est nécessaire⁴¹². Ainsi, comme l'a constaté un tribunal de Tanger :

the Judgment of the International Court of Justice of 1952 is not applicable to the Tangier Zone because, first, it does not create precedent, the Judgment itself declaring that its applicability is limited to the French Zone

⁴⁰⁸ Fulvio Maria Palombino, *supra* note 407 à la p. 122.

⁴⁰⁹ *Avena*, *supra* note 327 aux pp. 128 et s. Il doit en effet être souligné que, dans l'affaire *Avena*, la Cour a reconnu que le droit d'assistance consulaire prévu par l'article 36(1) de la *Convention de Vienne sur les relations consulaires* est un droit propre à l'individu, ce qui n'empêche pas à son État d'appartenance de faire valoir ce droit en son nom propre.

⁴¹⁰ *Osbaldo Torres*, *supra* note 339. Dans ce sens, dans le cas de Monsieur Torres, une cour américaine a considéré, à justice titre, que celui-ci n'ayant pas été partie au procès devant la Cour, il ne pouvait pas exiger l'application de l'arrêt *Avena* sur le plan interne. Voir aussi *Socobel (Société commerciale de Belgique v. Greek State)*, (1951) 18 I.L.R. 3 à la p. 5 [*Socobel*]. Le tribunal indique que : « *the plaintiff Company cannot maintain that the decision of June 15, 1939, in a dispute between the Greek State and the Belgian State — taking up its case before the Hague Court — was a judgment in its favour even though it was not a party to the case. It is inconceivable that a party which, by definition, is not admitted to the bar of an international court should be able to rely on a judicial decision in a case to which it was not a party. Therefore, the plaintiff Company cannot yet be considered to have recovered an executory judgment for the purpose of obtaining the attached sums* ».

⁴¹¹ Christopher Schreuer, « The implementation of international judicial decisions by domestic courts », (1975) 24 I.C.L.Q. 153 à la p. 165 (« *The test of res judicata with its traditional requirements of identity of claim, persons and cause will only afford a poor touchstone for domestic courts when called upon to give effect to international decisions involving material rights of non-State entities. The better approach would be to abandon derivations from formalistic criteria and to "pierce the veil of State representation". Only this method [...] will take due regard of the true equities underlying international litigation* »).

⁴¹² *Socobel*, *supra* note 410 à la p. 4 La Cour ajoute que : « *The plaintiff Company claims that it cannot be conceived that a decision emanating from that International Court, which decides disputes between States, should require the exequatur of Belgian tribunals. De lege ferenda such an exemption from exequatur seems conceivable or even legitimate. However, at the present time, no international arrangement has introduced such a principle into the Belgian legal system. The plaintiff Company claims that the Permanent Court is not a "foreign tribunal" but a "superior tribunal", common to all States which have accepted its Statute, and that as such its decisions do not require exequatur. However, in the absence of an independent power of execution belonging to that Court, which would enable litigants before it to execute its decisions de plano, these decisions are not exempt from the servitude imposed on Belgian territory on decisions of other than Belgian tribunals* ».

*of Morocco; secondly, because, even if this were not so, such decision might at best provide inspiration and guidance, although not because its judgments have any binding force in municipal courts; and, thirdly, because the judgments of the International Court of Justice resolve differences arising between States, which differences usually refer to conflicting interpretation of treaties between the two nations concerned. The juridical value of such judgments is centred on the differences with which they deal, and the judgments are binding only upon the High Contracting Parties, who must then take the necessary internal legislative measures to carry out the decisions of that high Court. For these reasons, those judgments cannot have an obligatory character on individuals who might litigate on similar matters.*⁴¹³

L'exécution d'un arrêt de la Cour en droit interne dépendra, en définitive, des mécanismes de chaque système juridique national pour intégrer les règles du droit international en droit interne.

3. LA COUR POUVAIT-ELLE SE PRONONCER SUR DES DEMANDES EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE ?

Malgré la décision de la Cour ordonnant aux États-Unis de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les cinq ressortissants mexicains dans le couloir de la mort ne soient pas exécutés tant qu'elle n'aurait pas rendu l'arrêt sur la demande en interprétation⁴¹⁴, Monsieur Medellín fut exécuté par l'État texan. Le Mexique a donc demandé à la Cour de constater la responsabilité internationale des États-Unis pour violation de l'ordonnance. On sait en effet qu'il est aujourd'hui clairement établi que les ordonnances de la Cour sont contraignantes pour les parties et que leur violation engage la responsabilité internationale de la partie défaillante⁴¹⁵. Selon le Mexique, l'exécution de Monsieur Medellín constituait également une violation de l'arrêt *Avena* et demandé à la Cour de constater cette violation. Le Mexique a, enfin, demandé à la Cour d'ordonner aux États-Unis de fournir des garanties de non répétition⁴¹⁶.

⁴¹³ *Mackay Radio and Telegraph Company c. Lal-La Fatma Bent Si Mohamed El Khadar and others*, (1954) 21 I.L.R. 136 à la p. 137. Voir également *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua v. Reagan*, (1988) 85 I.L.R. 249 à la p. 254. La Cour d'appel déclare que : « Neither individuals nor organizations have a cause of action in an American court to enforce ICJ judgments. The ICJ is a creation of national governments, working through the U.N.; its decisions operate between and among such governments and are not enforceable by individuals having no relation to the claim that the ICJ has adjudicated — in this case, a claim brought by the government of Nicaragua. Appellants try to sidestep this difficulty by alleging that our government has violated international law rather than styling their suit as an enforcement action in support of the ICJ judgment. The United States' contravention of an ICJ judgment may well violate principles of international law. But, as we demonstrate below, those violations are no more subject to challenge by private parties in this court than is the underlying contravention of the ICJ judgment » ; *Goretti v. Ministero della Difesa*, Cour de cassation d'Italie, arrêt N° 291 du 5 février 1971, 54 [1971] Riv. Dir. Int. 253 à la p. 262.

⁴¹⁴ Ordonnance Mexique c. États-Unis, *supra* note 324 au para. 80(a).

⁴¹⁵ *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, [2001] C.I.J. rec. 466 aux para. 110-116.

⁴¹⁶ *Arrêt Mexique c. États-Unis*, *supra* note 324 au para. 51.

Selon les États-Unis, la Cour était incompétente pour connaître les demandes additionnelles.

La Cour a accepté de faire droit à la demande du Mexique tendant à constater la violation de l'ordonnance, celle-ci ayant été rendue dans le cadre de l'instance en interprétation:

La Cour n'a pas à rechercher d'autre base de compétence que celle de l'article 60 du Statut pour connaître de cette allégation de violation de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue dans le cadre de la même instance. La compétence que lui confère cette disposition entraîne nécessairement la compétence incidente pour statuer sur les violations alléguées de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires. Cela demeure vrai même lorsque la Cour décide, au stade de l'examen de la demande en interprétation, comme elle l'a fait en l'espèce, de ne pas exercer sa compétence pour statuer en vertu de l'article 60.⁴¹⁷

La solution aurait été différente si la Cour avait constaté l'inexistence d'une contestation. On comprend donc pourquoi la Cour a décidé de ne pas se prononcer sur l'existence d'une contestation entre les parties. Si, en effet, la Cour s'était prononcée dans le sens de l'inexistence d'une divergence de vues entre les parties, elle n'aurait pu exercer ses fonctions judiciaires et, donc, n'aurait pu en principe se prononcer sur la violation de l'ordonnance.

A l'inverse, la Cour ne pouvait pas, en toute logique, se prononcer sur la violation de l'arrêt *Avena* car « la seule base de compétence invoquée dans la présente affaire à cet égard est l'article 60 du Statut et que celui-ci ne lui permet pas de connaître de violations éventuelles de l'arrêt dont elle est priée de donner une interprétation »⁴¹⁸. En effet, la violation d'un arrêt constitue une cause différente et indépendante qui devra faire l'objet d'une action en responsabilité distincte⁴¹⁹. Contrairement à une position d'une partie de la doctrine⁴²⁰, la Cour a réaffirmé sans ambiguïtés que sa compétence pour décider une affaire ne s'étend pas, une fois ce titre de compétence devenu caduc, à des différends portant sur l'exécution de l'arrêt. La décision de la Cour devrait porter un arrêt à cette « *presumed extension of jurisdiction* »⁴²¹.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ *Ibid.* au para. 56.

⁴¹⁹ Mohammed Bedjaoui, *supra* note 407 au para. 22. Comme l'a souligné le juge Bedjaoui, « [t]he sole consequence of the non-execution of the decision would appear to be that the defaulting state incurs international responsibility. This approach leads nowhere. For this international responsibility could only be declared by an international judgment, which itself could fail to be implemented by the same state, which would thus be in default a second time ».

⁴²⁰ Mutlaq Al-Qahtani, *supra* note 393 à la p. 785. L'auteur explique que : « However, enforcement of international or national judicial decisions normally requires instituting new proceedings before the competent court to give effect to the judgment directly or indirectly in the form of constraint measures. Yet, in the case of the ICJ, it could be argued that the consent to jurisdiction over the merits under Article 36 of the Statute should comprehend jurisdiction over the enforcement of its decisions and/or that the jurisdiction of the Court over the enforcement is inherent, under Article 60 of the Court's Statute under which the Court has compulsory jurisdiction to construe its decision ».

⁴²¹ Robert Jennings, *supra* note 407 à la p. 5.

Mais, n'y a-t-il pas, ici, une contradiction? Selon le juge Abraham oui et la Cour aurait également dû se déclarer incompétente pour constater la violation de l'ordonnance⁴²². Pourtant, force est de constater que, s'étant déclaré compétente pour connaître la demande d'interprétation du Mexique (bien que l'ayant rejeté parce que les questions qui l'opposent aux États-Unis n'étaient pas incluses dans l'arrêt *Avena*⁴²³), la Cour était compétente pour les questions incidentes. Son incompétence pour constater la violation de l'arrêt *Avena* sur la base de l'article 60 du Statut suit la même logique.

La contradiction se trouve, en fait, ailleurs. D'abord, les ordonnances qui indiquent des mesures conservatoires sont des décisions administratives, plus précisément, des « actes administratifs individuels » par le biais desquels la Cour exerce « une fonction administrative, celle de garantir une “bonne administration de la justice” »⁴²⁴. Il est en effet contraire à la bonne administration de la justice que, compte tenu des inévitables délais pour prendre une décision sur le fond, cette décision devienne inefficace, les droits en dispute ayant déjà subi un préjudice irréparable. Or, le propre de ces décisions administratives est d'instaurer une relation verticale entre les États-Unis et la Cour. En ce qui concerne la relation entre le Mexique et les États-Unis, l'incidence de la violation de la mesure conservatoire prend une toute autre forme :

si l'État, en n'adoptant pas les mesures conservatoires, aggrave le dommage, il devra réparer davantage - mais seulement s'il avait commis en amont un fait internationalement illicite, et si on établit le lien de causalité entre l'aggravation du « dommage » et le premier acte - ; si, en n'adoptant pas les mesures conservatoires, l'État n'aggrave pas un dommage qu'il n'avait jamais causé, faute de fait illicite ou parce que les conséquences de l'illicite n'impliquaient pas ce que demandaient les mesures conservatoires, alors il n'aura rien à réparer, comme s'il n'avait jamais violé l'ordonnance.⁴²⁵

Or, dans la mesure où, en l'espèce, la mesure conservatoire visait à protéger le droit de Monsieur Medellín au réexamen et à la révision de sa condamnation tel qu'interprété par la Cour n'a pas été reconnu par la Cour, celle-ci ayant rejeté la demande d'interprétation, on a du mal à voir à quel titre le Mexique pouvait invoquer la responsabilité des États-Unis. La position de la Cour revient en fait à accepter, d'une certaine façon, que l'ordonnance a créé un droit passager ou temporaire à l'interprétation pendant la durée de l'instance.

Enfin, la Cour a considéré que les garanties de non répétition n'étaient pas nécessaires puisqu'elle « lui suffit de rappeler que l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Avena* reste obligatoire et que les États-Unis sont toujours tenus de l'appliquer

⁴²² *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, « Déclaration du Juge Abraham », en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/139/14942.pdf>>.

⁴²³ *Arrêt Mexique c. États-Unis*, *supra* note 324 au para. 61.

⁴²⁴ Carlo Santulli, « Une administration internationale de la justice nationale? À propos des affaires *Breard* et *LaGrand* », (1999) 45 A.F.D.I. 101 à la p. 120.

⁴²⁵ *Ibid.* aux pp. 123-124.

pleinement »⁴²⁶. En effet, le fait que la Cour ait laissée aux États-Unis le choix des moyens afin de réexaminer et de réviser les condamnations des 51 ressortissants mexicains, ne signifie pas que, parce que les moyens choisis à ce jour se sont avérés inadéquats, l'obligation de résultat a disparu. Au contraire, la Cour a précisé que

les considérations de droit interne qui ont, jusqu'à présent, empêché que soit honorée l'obligation incombant aux États-Unis, ne sauraient les en délier. Les États-Unis ont été laissés libres de recourir aux moyens de leur choix pour la mise en oeuvre de cette obligation et, dans l'hypothèse où le moyen retenu ne permettrait pas d'atteindre le résultat escompté dans un délai raisonnable, ils doivent recourir promptement à d'autres moyens efficaces à cette fin.⁴²⁷

En effet, l'obligation de réexaminer et de révision des condamnations demeure en vigueur et il appartient aux États-Unis de trouver un moyen adéquat alternatif.

La demande d'interprétation du Mexique mettait en cause une délicate question dans l'étude des juridictions internationales. Malgré son importance évidente pour l'efficacité du droit international, l'exécution des décisions judiciaires internationales, et notamment celle des arrêts de la Cour, est un sujet délaissé. Cela, sans doutes, s'explique principalement par le fait que, dans la très grande majorité des cas, l'exécution des décisions judiciaires internationales ne pose pas de problèmes. Ainsi, un auteur affirmait en 2004 qu'environ 80 % des jugements de la CIJ avaient été respectés⁴²⁸.

Pourtant, lorsque l'exécution d'un arrêt de la Cour pose problème, les convictions de certains internationalistes sont soumises à rude épreuve. Convaincu de la supériorité du droit international sur le droit interne et de la fiction de l'unité de l'État en droit international, l'internationaliste tombe dans l'erreur de la transposition critiquée par Rousseau⁴²⁹ dans un contexte qui, bien que différent, s'avère fortement appropriée pour nos propos. Il ne suffit pas de s'imaginer, comme le veut un auteur, que « *[w]ith the gradual erosion of dualist ideas in academic writings came a growing recognition of the fact that international judicial decisions like other international norms were not just a matter between governments* »⁴³⁰. L'exécution des décisions judiciaires internationales exige la participation et la coopération du juge et

⁴²⁶ *Arrêt Mexique c. États-Unis*, *supra* note 324 au para. 60.

⁴²⁷ *Ibid.* au para. 47.

⁴²⁸ Colter Paulson, « Compliance with Final Judgments of the International Court of Justice Since 1987 », (2004) 98 A.J.I.L. 434. Voir également Philippe Weckel, « Les suites des décisions de la Cour internationale de justice », (1996) 42 A.F.D.I. 428.

⁴²⁹ En critiquant la théorie du droit naturel de son temps, Jean Jacques Rousseau a souligné que les auteurs tombaient dans une confusion entre l'état de nature et l'état de société en transposant les qualités de l'homme civilisé de l'état de société dans l'état de nature pour en déduire le contenu du droit naturel à partir de la nature humaine.

⁴³⁰ Christophe H. Schreuer, *supra* note 411 à la p. 156.

du droit interne pour être efficace et ce n'est pas en éliminant le problème, en se plaçant dans le domaine des principes applicables dans la scène internationale, que les problèmes concrets d'exécution sont résolus.

En exigeant des États-Unis, à titre de réparation, le réexamen et la révision des condamnations, la Cour avait fait un choix qui semblait adéquat. Ces procédures de réexamen sont, selon l'expression du doyen Cohen-Jonathan, « le moyen le plus efficace, voire le seul, pour réaliser la *restitutio in integrum* »⁴³¹ et qui correspond, en droit international général, à la réparation appropriée, « c'est-à-dire que l'État doit prendre à l'égard de la victime toutes les mesures individuelles qui s'imposent pour tenter d'effacer au maximum la violation constatée »⁴³². Pourtant, comme l'a souligné le professeur Santulli, « la force de certaines formules est impuissante à transformer les propositions légales internationales en propositions de droit étatique »⁴³³. Plusieurs juges nationaux, saisis d'une instance de révision ordonnée par un juge international, l'ont rejetée, en considérant que les transformations sur des actes juridiques de droit interne est impossible sans un instrument juridique *ad hoc* qui le permette. Dans ce sens, la loi française du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et le droit des victimes a instauré un mécanisme de réexamen d'une décision pénale définitive, après un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme constatant une violation des dispositions de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁴³⁴.

Les limites inhérentes au recours en interprétation et, d'une façon générale, à la fonction judiciaire internationale, empêchaient à la Cour de préciser quelles étaient les mesures que les États-Unis devaient prendre précisément. Certains y verront un exemple de la prétendue inutilité et inefficacité du droit international. Or, ces critiques reposent, en réalité, sur une déformation de ce qu'est le droit international et de la méconnaissance des limites qui séparent le droit international et le droit interne. Tout comme il est choquant qu'un juge interne annule un traité international, car cette question ne relève pas de l'ordre interne, il est aussi inadmissible que le juge international s'érige en juge interne. Le droit international a pour fonction, en répartissant les compétences du juge international et du juge interne, de préciser ce qui relève du domaine de l'un et de l'autre, et ce n'est pas en niant l'existence et les pouvoirs du juge interne que le juge international réaffirmera l'efficacité de ses décisions.

⁴³¹ Gérard Cohen-Jonathan, « Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la Convention européenne des droits de l'homme », dans *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000 à la p. 138.

⁴³² *Ibid.* à la p. 115.

⁴³³ Carlo Santulli, *supra* note 424 à la page 124.

⁴³⁴ Christophe Pettiti, « Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme: la loi française du 15 juin 2000 », (2001) 45 Rev. trim. dr. h. 3.