

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



COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Jose Joaquin Caicedo Demoulin et Sergey Golubok

Volume 21, numéro 1, 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068947ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068947ar>

[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. & Golubok, S. (2008). COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 21(1), 319–392. <https://doi.org/10.7202/1068947ar>

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2008

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

*Jose Joaquin Caicedo Demoulin**
*Sergey Golubok***

L'année 2008 a marqué une recrudescence de l'utilisation de la Cour qui a ainsi recentré son rôle, de manière encore plus évidente pour le grand public, au cœur des problématiques géopolitiques et juridiques mondiales^{***}. Deux événements ont notamment marqué l'activité de la CIJ cette année : l'avis consultatif demandé par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 octobre sur la déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo, mais aussi le différend entre la Géorgie et la Russie, qui a atteint son paroxysme militaire cette année et a fait l'objet d'une décision sur des mesures conservatoires.

En matière d'activité judiciaire, face à l'absence d'affaires enregistrées lors de l'exercice 2007, l'année 2008 fait figure d'année faste et est en réalité une des années durant laquelle, depuis la création de la Cour, le plus grand nombre d'affaires ont été enregistrées. En effet, six affaires contentieuses ont été enregistrées ainsi qu'une procédure consultative¹.

Le 31 décembre 2008, le rôle de la Cour comptait ainsi seize affaires, soit cinq de plus qu'à la fin de l'exercice 2007². Entre le 2 mai 1947 et le

* 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). Il est l'auteur des chapitres 1, 3 et 4 de la présente section.

** Lawyer at the Registry of the European Court of Human Rights in Strasbourg, France. Specialist in Russian law (St. Petersburg State University, Russia), LL.M. in International Human Rights Law (University of Essex, United Kingdom). He is the author of Chapter 2 of the present section. All views expressed in this commentary shall be attributed only to the author in his personal capacity.

*** En raison d'un léger retard éditorial attribuable à la rédaction, la chronique actuelle couvre exceptionnellement la jurisprudence des années 2008 et 2009, bien que la date de publication du présent numéro corresponde à l'année 2008.

¹ *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie)* [2008], en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/14924.pdf>>; *Application de l'Accord Intérimaire du 13 septembre 1995 (ex-République yougoslave de Macédoine c. Grèce)* [2008], en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/142/14880.pdf>>; *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)* [2008], en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/140/14664.pdf>>; *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)* [2008], en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/139/14582.pdf>>; *Épandages aériens d'herbicides (Équateur c. Colombie)* [2008], en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/138/14469.pdf>>; *Différend maritime (Pérou c. Chili)* [2008], en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/137/14386.pdf>>. La procédure consultative étant *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance des institutions provisoires d'administration autonome du Kosovo (requête pour avis consultatif)* [2008], en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/14796.pdf>>.

² Concernant l'évolution des affaires aux rôles, l'on pourra se référer aux huit chroniques précédentes. Voir *supra* note 1.

31 décembre 2008, cent quarante-trois affaires ont été inscrites au rôle de la Cour. Cette effervescence de l'activité judiciaire de la Cour est de plus confirmée par les cinq décisions qui ont été rendues en 2008, dont quatre feront l'objet d'un commentaire dans la présente chronique³.

Julien Fourret

I. Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (*Djibouti c. France*)⁴

Le 9 janvier 2006, la République de Djibouti a introduit une requête devant la Cour internationale de justice à l'encontre de la France, en invoquant la violation de ses obligations internationales concernant l'entraide judiciaire en matière pénale dans le cadre de l'enquête sur le décès du magistrat français Bernard Borrel.

Djibouti a également allégué la violation par la France de l'obligation de prévenir les atteintes à la personne, la liberté ou la dignité des personnes qui jouissent d'une protection internationale (chef d'État et hauts fonctionnaires), faisant référence à la convocation de hauts fonctionnaires djiboutiens en qualité de témoins assistés dans le cadre d'une plainte pénale pour subornation de témoin contre X par les juges français dans le cadre de l'affaire *Borrel*.

Les faits de l'espèce peuvent être résumés comme il suit⁵. Le 19 octobre 1995, le corps du magistrat Bernard Borrel fut trouvé face à l'île du Diable à Djibouti. Suite à la plainte déposée par sa veuve dès 1995, une information judiciaire s'est ouverte devant le Tribunal de grande instance de Paris. En 2002, après la réalisation d'une expertise médico-légale, les juges français retiennent la thèse de l'assassinat. Une habile pression médiatique a fait de la thèse de l'assassinat politique du juge Borrel une véritable affaire d'État. En 2004, après avoir clos le dossier dans un premier temps, la justice djiboutienne a annoncé la réouverture du dossier, pour autant que les juges français lui communiquent les nouveaux éléments qu'ils avaient recueillis. Ainsi, le 3 novembre 2004, la justice djiboutienne décernait une commission rogatoire à l'intention des autorités judiciaires françaises demandant la transmission du dossier *Borrel*. En 2005, le président djiboutien, Ismaël Omar Guelleh, fut mis en cause par des témoins et, de ce fait, convoqué comme témoin par la justice française. En octobre de la même année, deux hauts fonctionnaires djiboutiens, à savoir Djama Souleiman Ali et Hassan Said Khaireh, respectivement procureur de la République et chef des services secrets de Djibouti, furent aussi

³ Seule l'affaire de délimitation maritime *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge (Malaisie/Singapour)* ne fera pas l'objet d'un commentaire. Cependant, l'affaire de l'interprétation de l'Arrêt *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)* inclura à la fois l'ordonnance de juillet 2008 mais aussi l'arrêt du 19 janvier 2009 en raison de l'impossibilité de les dissocier. Voir *supra* note 1.

⁴ *Affaires relatives à certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, Arrêt, [2008], en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/136/14549.pdf>> [*Djibouti c. France*].

⁵ *Ibid.* aux para. 19-38.

convoqués par les juges français mais en qualité de témoins assistés. Dans ces conditions, les juges français se refusèrent de transmettre le dossier à la justice djiboutienne puisque la demande de coopération judiciaire proviendrait de personnes mises en cause en France. C'est à la suite de cet enchaînement de convocations et du refus de la France que Djibouti a saisi la Cour le 9 janvier 2006 et que sa requête a été inscrite au rôle général de la Cour le 9 août 2006.

Cependant, un mois plus tard, la Cour d'appel de Versailles a délivré deux mandats d'arrêts, le mercredi 27 septembre 2006, à l'encontre de Djama Souleiman Ali et Hassan Said Khaireh, en estimant que la comparution devant la justice de ces deux personnalités était indispensable à la manifestation de la vérité. En 2007, malgré son statut de chef d'État, le président Guelleh fut à nouveau convoqué comme témoin, alors qu'il était en voyage en France pour assister à un sommet France-Afrique.

Enfin, le 27 mars 2008, la Chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Versailles a condamné (par défaut) Djama Souleiman à dix-huit mois de prison ferme et Hassan Saïd à un an de prison ferme. Les deux dignitaires djiboutiens ont été reconnus coupables de subornation de témoins pour avoir fait pression sur deux témoins dans l'enquête sur l'assassinat du juge Borrel dans le but d'annuler ou de discréditer un témoignage mettant en cause le président Ismaël Omar Guelleh.

C'est dans ce contexte que la Cour a rendu son arrêt, le 4 juin 2008, dans lequel elle a déclaré que la France avait manqué à ses obligations internationales concernant l'entraide judiciaire en matière pénale.

L'arrêt ici commenté présente une première caractéristique qu'il convient de souligner. En effet, la Cour était amenée pour la première fois à trancher au fond une affaire dont elle avait été saisie sur la base du paragraphe 5 de l'article 38 du *Règlement de la Cour internationale de justice*⁶, la France ayant accepté, par le biais

⁶ Aux termes de l'article 38 du *Règlement de la Cour internationale de justice*, « 1. lorsqu'une instance est introduite devant la Cour par une requête adressée conformément à l'article 40, paragraphe 1, du Statut, la requête indique la partie requérante, l'État contre lequel la demande est formée et l'objet du différend. 2. La requête indique autant que possible les moyens de droit sur lesquels le demandeur prétend fonder la compétence de la Cour; elle indique en outre la nature précise de la demande et contient un exposé succinct des faits et moyens sur lesquels cette demande repose. 3. L'original de la requête est signé soit par l'agent de la partie qui l'introduit soit par le représentant diplomatique de cette partie dans le pays où la Cour a son siège, soit par une autre personne dûment autorisée. Si la requête porte la signature d'une personne autre que le représentant diplomatique, cette signature doit être légalisée par ce dernier ou par l'autorité compétente du ministère des affaires étrangères du demandeur. 4. Le Greffier transmet immédiatement au défendeur une copie certifiée conforme de la requête. 5. Lorsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement non encore donné ou manifesté par l'État contre lequel la requête est formée, la requête est transmise à cet État. Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et aucun acte de procédure n'est effectué tant que l'État contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire ». *Règlement de la Cour internationale de justice*, 14 avril 1978, art. 38, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0>> (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 1978) [*Règlement*]. Ainsi, lorsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement non encore donné ou manifesté par l'État contre lequel la requête est formée, la requête est transmise à cet État. Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et aucun acte de procédure n'est effectué tant que l'État contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire.

d'une déclaration en date du 10 août 2006, la compétence de la Cour dans l'espèce. Or, puisque la France considérait que les demandes de Djibouti dépassaient les limites de son consentement à la compétence de la Cour, celle-ci fut amenée à donner de précieuses indications sur la compétence fondée sur l'article 38(5) de son *Règlement* (A). Quant aux questions de fond, si l'arrêt commenté ne présente pas de nouveaux apports jurisprudentiels, elles n'en demeurent pas un moins un clair exemple d'application des règles d'interprétation des traités et des actes unilatéraux internationaux (B) et du régime des immunités des organes des États (C).

A. Les enseignements de la Cour sur le régime juridique du *forum prorogatum*

Comme indiqué ci-dessus, Djibouti a fondé la compétence de la Cour sur l'article 38(5) du *Règlement*. La requête prend ainsi alors la forme d'une proposition de soumettre un différend à la Cour qui, en cas d'acceptation de l'État défendeur, satisfera le principe du fondement consensuel de la compétence de la Cour⁷. Une fois le consentement du défendeur donné à la Cour, il ne saurait être retiré de manière unilatérale⁸.

Aux termes de l'article 36(1) du *Statut* de la Cour, « la compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la *Charte des Nations unies* ou dans les traités et conventions en vigueur »⁹. La Cour permanente de justice internationale (CPJI) avait considéré que, dans la mesure où cette disposition ne soumet pas l'acceptation de la juridiction de la Cour à certaines formes particulières (notamment à l'établissement d'un compromis formel), « il ne semble pas douteux que la volonté d'un État de soumettre un différend à la Cour puisse résulter, non seulement d'une déclaration expresse, mais aussi d'actes concluants »¹⁰. C'est alors, en se fondant sur l'article 36(1) du *Statut*, que des États ont saisi – sans succès à défaut d'acceptation du défendeur – la Cour par le biais de requêtes dans lesquelles ils reconnaissaient que l'État défendeur n'avait pas reconnu la compétence de la Cour mais l'invitaient à accepter de le faire pour lui soumettre le différend¹¹.

⁷ Comme il a été indiqué ailleurs, l'article 38(5) permet au Greffe de la Cour uniquement de transmettre à un État une requête formulée contre lui. Ainsi, la Cour n'effectue aucun acte de procédure tant que ce consentement n'a pas été explicitement donné. C'est-à-dire qu'elle n'est à proprement parler « saisie » qu'une fois que l'État défendeur a exprimé ce consentement. Vincent Pouliot, «Le *forum prorogatum* devant la Cour internationale de justice : L'affaire *Djibouti c. France*» (9 janvier 2009), en ligne : The Hague Justice Portal <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/Commentaries%20PDF/Vincent_Djibouti_FR.pdf>, à la p. 5.

⁸ *Affaire du détroit de Corfou, Arrêt sur l'exception préliminaire (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albananie)*, [1948] C.I.J. rec. 15 à la p. 29; *Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)* (1928), C.P.J.I. (sér. A) n° 12 à la p. 26 [*Écoles minoritaires*].

⁹ *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, 15 C.N.U.O.I. 365, art. 36, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>> (entrée en vigueur : 24 octobre 1945) [*Statut*].

¹⁰ *Écoles minoritaires*, *supra* note 8 aux pp. 23-24.

¹¹ Voir par ex. *Affaire du traitement en Hongrie d'un avion des États-Unis d'Amérique et de son équipage (États-Unis d'Amérique c. République Populaire de Hongrie)*, Ordonnance du 12 juillet 1954, [1954]

Contrairement aux instances précédentes, dans l'espèce l'État demandeur avait clairement accepté de soumettre le différend à la Cour. Dans sa déclaration en date du 10 août 2006 adressée au greffier de la Cour,

la France "accept[ait] la compétence de [celle-ci] pour connaître de la requête en application et sur le seul fondement de l'article 38, paragraphe 5", du *Règlement*, en précisant que cette acceptation "ne va[la]it qu'aux fins de l'affaire, au sens de l'article 38, paragraphe 5 précité, c'est-à-dire pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci" par Djibouti.¹²

Or, selon la France, Djibouti aurait, dans ses écrits de procédure et dans sa plaidoirie, modifié l'objet du litige pour couvrir des obligations coutumières internationales étrangères à son consentement. La France a donc contesté la compétence de la Cour pour connaître des prétendues violations de certaines obligations internationales coutumières qui, bien que liées à l'affaire *Borrel*, n'auraient aucun rapport avec l'objet du litige tel que définit par le demandeur dans sa requête introductive d'instance, à savoir le refus d'exécution de la commission rogatoire, seule question que la France aurait accepté de soumettre à la compétence de la Cour¹³.

Comme il ressort du résumé des faits ci-dessus indiqués, le litige opposant Djibouti à la France a connu des développements en cours d'instance et il n'est donc pas étonnant que Djibouti ait tenté que la Cour se prononce sur la licéité des nouveaux actes des juridictions françaises.

Étaient ainsi en cause deux questions devant la Cour : d'une part, l'établissement du consentement – et plus précisément l'étendue de celui-ci – des parties à sa juridiction (1) et, d'autre part, le traitement des demandes nouvelles dans le cadre d'une action intentée sur la base du *forum prorogatum* (2).

1. LA PORTEE DU CONSENTEMENT DES PARTIES A LA COMPETENCE DE LA COUR : LE CLASSICISME DE LA SOLUTION APPORTEE PAR LA COUR

À l'instar des autres fondements de la compétence de la Cour prévus par le *Statut* et le *Règlement* (clause compromissoire, compromis, déclarations unilatérales d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour), l'étendue de la compétence de la Cour sera calquée sur l'étendue et le contenu du consentement. En d'autres termes, comme l'a indiqué la Cour dans le cas d'espèce, l'État partie au *Statut* est libre « en déterminant l'étendue du consentement exprimé par l'une des parties, elle se prononce sur sa compétence et non sur la recevabilité de la requête »¹⁴.

C.I.J. rec. 1954 à la p.100; *Incident aérien du 10 mars 1953 (États-Unis d'Amérique c. Tchécoslovaquie)*, Ordonnance du 14 mars 1956, [1956] C.I.J. rec. 1956 à la p. 6.

¹² *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 4.

¹³ *Ibid.* au para. 52.

¹⁴ *Ibid.* au para. 48.

L'analyse de l'étendue de la compétence de la Cour d'après la portée du consentement des parties est d'autant plus évidente dans les cas de *forum prorogatum* que l'État défendeur est entièrement libre d'accepter ou non l'invitation faite par le demandeur à soumettre le différend à la Cour. L'État défendeur peut, comme l'a reconnu la Cour dans le cas d'espèce, donner un consentement « partiel et, dès lors, limiter la compétence de la Cour par rapport à ce qui avait été envisagé dans la requête »¹⁵.

Sur ce point, comme l'a constaté le professeur Weckel,

le parallèle entre ce mécanisme de *forum prorogatum* et les déclarations facultatives de juridiction obligatoire [...] est évident et repris d'ailleurs par la Cour. Dans les deux cas la compétence du tribunal résulte de la superposition et de la coïncidence de deux manifestations unilatérales de consentement.¹⁶

C'est donc à un mécanisme tout à fait classique auquel la Cour a recouru pour déterminer sa compétence dans l'espèce.

L'établissement du contenu et de la portée du consentement des parties à la compétence doit, s'agissant du *forum prorogatum*, être réalisé en deux temps. En effet, comme l'indique un commentateur, « le consentement du défendeur à la compétence de la Cour a un caractère différé et ad hoc. C'est ce qui en fait une modalité d'établissement du *forum prorogatum* »¹⁷. Le juge international doit donc établir, dans un premier temps, le contenu et la portée de l'offre pour, dans un deuxième temps, comparer celui-ci avec le contenu et la portée de l'acceptation de l'État défendeur.

La France s'appuyait sur la propre formulation de l'objet du litige réalisée par Djibouti dans sa requête introductive d'instance dans une section intitulée justement « objet du différend », soit

le refus des autorités gouvernementales et judiciaires françaises d'exécuter une commission rogatoire internationale concernant la transmission aux autorités judiciaires djiboutiennes du dossier relatif à la procédure d'information relative à l'Affaire contre X du chef d'assassinat sur la personne de Bernard Borrel.¹⁸

Or, si la compétence de la Cour est conditionnée par les termes des déclarations de consentement des parties, elle jouit néanmoins d'une liberté pour définir l'objet du litige¹⁹, liberté dont l'exercice s'avère parfois délicat puisqu'elle

¹⁵ *Ibid.* au para. 66.

¹⁶ Philippe Weckel, « Arrêt CIJ du 4 juin 2008, *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)* » (15 juin 2008), en ligne : [sfdi.org <http://www.sfdi.org/actualites/a2008/Sentinelle%20152.htm#djibouti>](http://www.sfdi.org/actualites/a2008/Sentinelle%20152.htm#djibouti).

¹⁷ Pouliot, *supra* note 7 à la p. 5.

¹⁸ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 68.

¹⁹ Ainsi, dans l'affaire entre le Nicaragua et la Colombie, la Cour a rappelé que « c'est à elle qu'il appartient de déterminer, compte tenu des conclusions des parties, quel est l'objet du différend dont

peut entraîner une véritable transformation de l'objet du litige²⁰. Dans l'espèce, la Cour a conclu :

après avoir analysé l'ensemble de la requête djiboutienne, qu'en dépit d'une description sommaire de l'objet du différend au deuxième paragraphe de la requête, celle-ci, prise dans son ensemble, a un objet plus large qui inclut la convocation adressée au président de Djibouti le 17 mai 2005 et celles adressées à d'autres responsables djiboutiens les 3 et 4 novembre 2004.²¹

Quant à l'acceptation de la France, la Cour, se fondant sur une interprétation littérale de la déclaration du 10 août 2006 et sur la prévalence du sens ordinaire des termes employés dans l'interprétation des actes juridiques internationaux, a estimé que

selon son sens ordinaire, le terme "requête" employé dans la lettre d'acceptation doit-il être entendu comme désignant l'intégralité de la requête. Enfin, rien dans la lettre d'acceptation de la France ne laisse entendre qu'elle souhaitait limiter, comme elle aurait pu le faire, la portée de son consentement à un aspect particulier de la requête.²²

Ainsi, la Cour a pu conclure à juste titre que les demandes relatives au refus de la France d'exécuter la commission rogatoire du Djibouti et les différentes convocations adressées par les autorités judiciaires françaises, d'une part au président de Djibouti le 17 mai 2005, et d'autre part à deux hauts fonctionnaires djiboutiens les 3 et 4 novembre 2004 et le 17 juin 2005, relevaient de sa compétence.

Par contre, en incluant la phrase « pour le différend qui fait l'objet de la requête et dans les strictes limites des demandes formulées dans celle-ci »²³, la Cour a estimé que la France avait entendu empêcher Djibouti de présenter, à un stade ultérieur de la procédure, des demandes nouvelles, bien que pouvant rentrer dans l'objet du litige.

elle est saisie » et que « c'est [...] le devoir de la Cour de circonscrire le véritable problème en cause et de préciser l'objet de la demande » (*Différend territorial et maritime (exceptions préliminaires) (Nicaragua c. Colombie)*, Arrêt, [2007], au para. 38 en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/124/14304.pdf>>).

²⁰ Voir les remarques dans : José Joaquín Caicedo Demoulin et Anna Obolensky, « Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie) : exceptions préliminaires » (2007), 20:1 R.Q.D.I. 291 à la p. 298 et s. À ce sujet, Monsieur le juge Peter Tomka a souligné que « l'État qui a été invité à accepter la compétence de la Cour et qui y a consenti, risque de découvrir plus tard que la Cour donne au différend et à son objet une définition différente de la sienne » (Peter Tomka, « Opinion individuelle de M. le juge Tomka », au para. 25, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/136/14560.pdf>>).

²¹ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 75.

²² *Ibid.* au para. 83.

²³ *Ibid.* au para. 4.

2. LA RECEVABILITE DES NOUVELLES DEMANDES ET LE *FORUM PROROGATUM*

Selon la jurisprudence de la Cour portant sur l'admissibilité des nouvelles demandes non incluses dans l'acte introductif d'instance, s'il est vrai que les parties ont le droit d'amender leurs prétentions initiales en cours d'instance, cette faculté est limitée²⁴. En effet, un ajout ou une correction ne saurait transformer l'objet du différend ou de la demande²⁵. Tant que la nouvelle demande garde une connexité ou continuité avec la demande initiale, dans le sens où l'on puisse affirmer qu'elle découle directement de cette dernière, elle sera recevable²⁶.

Dans cette affaire, cependant, la Cour considère que cette jurisprudence est inapplicable puisqu'aucune de ces affaires n'avait été fondée sur le *forum prorogatum*. Or, « là où la compétence est fondée sur le *forum prorogatum*, une attention toute particulière doit être portée à l'étendue du consentement tel qu'il est circonscrit par l'État défendeur »²⁷. En l'espèce, la Cour a déclaré que les questions de « continuité » et de « connexité » n'étaient pas pertinentes : seuls comptent les termes mêmes de la lettre d'acceptation de la compétence de la Cour par la France, laquelle excluait très clairement la compétence de la Cour à l'égard des faits survenus postérieurement à la saisine. La Cour a ainsi exclu de sa compétence *rationae materiae* les mandats d'arrêt délivrés le 27 septembre 2006 à l'encontre du chef de la sécurité nationale et du procureur de la République de Djibouti dans le cadre de la procédure ouverte du chef de subornation de témoins, qui n'étaient mentionnés nulle part dans celle-ci²⁸. Au contraire, s'agissant de la convocation (l'invitation) adressée au président de Djibouti le 14 février 2007, la Cour a considéré qu'il s'agissait en substance de la même convocation que celle de 2005, répétant simplement la précédente. Or, dans la mesure où Djibouti avait fait référence expressément à cette convocation de 2005 comme une question litigieuse, la Cour s'est déclarée compétente *rationae materiae* pour décider de la licéité des deux convocations²⁹.

²⁴ « Il y a lieu d'observer 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* et à l'article 32, alinéa 2, du *Règlement* qui disposent que la requête doit indiquer l'objet du différend. La Cour n'a pas eu, jusqu'à présent, l'occasion de déterminer les limites de ladite faculté, mais il est évident que 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. [...] De même, un changement complet de la base de l'affaire soumise à la Cour pourrait exercer une répercussion sur la compétence de celle-ci ». *Société commerciale de Belgique* (1939), Arrêt, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 78 à la p. 173.

²⁵ Voir par ex. *Administration du Prince von Pless (exception préliminaire)*, Ordonnance du 4 février 1933, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 52 à la p. 14; *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, [1998] C.I.J. rec. 432 à la p. 477.

²⁶ *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, [1992] C.I.J. rec. 240 à la p. 265 et s.; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, [2003] C.I.J. rec. 161 aux pp. 213-14.

²⁷ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 87.

²⁸ *Ibid.* au para. 88.

²⁹ *Ibid.* aux para. 92-95.

Ainsi, l'on a pu dire que la doctrine du *forum prorogatum* permet à un État de donner son consentement à la compétence de la Cour de façon « informelle »³⁰, voire même de déduire ce consentement du comportement procédural du défendeur (comme l'absence de contestation)³¹. Cette informalité, cependant, doit être limitée aux questions de forme et notamment aux moyens de manifestation du consentement à la juridiction de la Cour. En tant que mécanisme d'exception à l'attribution de compétence de la Cour, l'attitude de l'État défendeur doit « pouvoir être regardée comme une “manifestation non équivoque” de la volonté de cet État d'accepter de manière “volontaire, indiscutable” la compétence de la Cour »³². L'exclusion des nouvelles demandes décidées par la Cour s'ensuivait donc naturellement.

B. Le rappel des règles en matière d'interprétation des engagements internationaux

La République de Djibouti a invoqué la violation par la France du *Traité d'amitié et de coopération* (27 juin 1977)³³ et de la *Convention d'entraide judiciaire en matière pénale* (27 septembre 1986)³⁴.

Or, force est de constater que les traités invoqués par Djibouti avaient une portée normative assez diffuse, non seulement à cause de leur propre formulation, mais aussi à cause des nombreuses exceptions et références à la législation nationale de l'État requis. Il est alors compréhensible que Djibouti ait tenté de rendre les obligations internationales prévues par ces traités plus contraignantes que ce qu'elles n'étaient. Pour ce faire, Djibouti a eu recours à divers arguments interprétatifs que la Cour, avec une rigueur remarquable, rejette (1).

Sans doute, consciente de cela, la République de Djibouti a tenté de fonder l'obligation de transmettre le dossier sur un prétendu engagement unilatéral que la France aurait assumé à son égard. Or, pour ce faire, encore eut-il fallu que, en application des principes d'interprétation des actes unilatéraux, Djibouti puisse démontrer l'existence de la volonté de la France de s'engager de la sorte (2).

³⁰ Sienho Yee, « Forum prorogatum and the advisory proceedings of the International Court », (2001) 95 A.J.I.L. 381.

³¹ Par exemple, s'agissant de l'opinion consultative de la Cour sur le Sud-ouest africain, Jacques Soubeyrol avance que « [l]e fait que l'Afrique du sud ait, par le passé et dans l'affaire qui lui est soumise, plaidé sur le fond sans contester la possibilité que la Cour avait de rendre l'avis, ce fait suffit à constituer un *forum prorogatum*, et à parfaire sa compétence ». Jacques Soubeyrol, « *Forum prorogatum* et Cour internationale de justice : de la procédure contentieuse à la procédure consultative » (1972) 76 R.G.D.I.P. 1098 à la p. 1104.

³² *Djibouti c. France*, supra note 4 au para. 62.

³³ *Traité d'amitié et de coopération*, France et Djibouti, 27 juin 1977, 1482 R.T.N.U. 193 (entrée en vigueur : 31 octobre 1982) [le *Traité de 1977*].

³⁴ *Convention d'entraide judiciaire en matière pénale*, France et Djibouti, 27 septembre 1986, 1695 R.T.N.U. 297 (entrée en vigueur : 1^{er} août 1992) [*Convention de 1986*].

1. L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS INVOQUÉS PAR DJIBOUTI

a) *L'interprétation du Traité de 1977*

S'agissant du *Traité de 1977*, la République de Djibouti arguait que la France avait violé l'obligation générale de coopération prévue par le *Traité d'amitié et de coopération* en ne coopérant pas avec elle dans le cadre de la procédure d'information judiciaire relative à l'affaire *Borrel*, en portant atteinte à la dignité et à l'honneur du chef de l'État djiboutien, et d'autres autorités djiboutiennes, et en agissant ainsi au mépris des principes d'égalité, de respect mutuel et de paix énoncés à l'article premier du traité³⁵.

En effet, selon Djibouti, l'article premier du traité fixerait un objectif, une obligation générale de coopération qui découlerait de l'objet et du but du traité interprété à la lumière de ses articles et à la lumière duquel toutes les autres dispositions du traité doivent être interprétées et appliquées³⁶. En d'autres termes, Djibouti a invoqué plusieurs articles du traité pour inférer une obligation générale de coopération entre les deux États.

Or, comme n'a pas manqué de le souligner la Cour, pour autant que le *Traité de 1977* crée une obligation générale de « coopération » ou d'amitié entre Djibouti et la France, cette obligation se limite aux domaines précis régis par le traité³⁷. La coopération prévue par le *Traité de 1977* n'incluait pas le domaine judiciaire³⁸, et c'est donc tout naturellement que la Cour a rejeté les arguments djiboutiens sur la violation de ce traité par le refus d'exécution de la commission rogatoire et les convocations adressées à ses hauts fonctionnaires.

Il doit être souligné à cet égard que le fait que l'article 31 de la *Convention de Vienne* prévoit de se référer au but et à l'objet d'un traité³⁹ pour son interprétation, ne permet pas d'y trouver une justification pour réaliser des inférences contraires au texte et à l'intention des parties, surtout lorsqu'il s'agit d'une convention portant sur

³⁵ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 96.

³⁶ Selon le préambule : « Désireux de développer et renforcer les liens d'amitié entre leurs deux pays, et la coopération entre la République Française et la République de Djibouti dans les domaines politique, militaire, économique, monétaire, culturel, social et technique, sur la base de l'égalité, du respect mutuel de la souveraineté nationale, de la non ingérence dans les affaires intérieures de chaque État et de la sauvegarde de leurs intérêts réciproques ». Quant aux articles 1 et 2, ils disposent que : « Article 1^{er}. Les Hautes Parties contractantes décident de fonder les relations de leurs deux pays sur l'égalité, le respect mutuel et la paix. Article 2. Les Hautes Parties contractantes proclament leur ferme volonté de préserver et raffermir les liens de coopération et d'amitié existant entre leurs deux pays, d'œuvrer au renforcement de la paix et de la sécurité, de favoriser toute coopération internationale visant à promouvoir la paix et le progrès culturel, économique et social ». *Traité de 1977*, *supra* note 33, art. 1-2.

³⁷ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 105 et s.

³⁸ « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à développer et renforcer la coopération entre leurs deux pays dans les domaines de la culture, des sciences, de la technique et de l'éducation. ». *Traité de 1977*, *supra* note 33, art. 4.

³⁹ « Règle générale d'interprétation. 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 13 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 331, art. 31(1) (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

une matière précise ou technique. En effet, la Cour n'accepte pas des inférences ou des projections interprétatives lorsque le but et l'objet d'un traité bilatéral n'ont pas de portée générale sur une question particulière. Ainsi, dans l'affaire relative aux *Droits des ressortissants des États-Unis au Maroc*, la Cour s'est refusé à inférer un droit de juridiction consulaire dans une convention portant sur l'uniformisation de l'exercice du droit de protection des ressortissants⁴⁰. Dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des enfants*, la Cour a considéré que ce serait passer outre le but que propose la Convention de 1902 que de l'étendre à l'application des lois nationales dans d'autres matières que celles ayant directement trait à la tutelle⁴¹. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour précisait que

même lorsqu'un traité d'amitié est en cause, il doit nécessairement exister une distinction entre la grande catégorie des actes inamicaux et la catégorie plus étroite d'actes tendant à faire échouer le but et l'objet du traité. Ce but et cet objet sont de manifester une amitié effective dans les domaines précis prévus par le traité, et non une amitié en un sens vague et général.⁴²

Mais si le but et l'objet très général du *Traité de 1977* dans certains domaines ne sauraient créer une obligation en matière de coopération dans le domaine judiciaire, la Cour a constaté qu'il participait au « contexte » prévu par l'article 31(3) de la *Convention de Vienne*⁴³ et avait donc une certaine pertinence pour interpréter la *Convention de 1986*, de sorte que « cette dernière n'en doit pas moins être interprétée et appliquée d'une manière qui prenne en considération l'amitié et la coopération posées par la France et par Djibouti comme constituant le fondement de leurs relations mutuelles dans le [T]raité de 1977 »⁴⁴. Cela étant, cette incidence « ne saurait priver une partie à la convention de la possibilité d'en invoquer une clause autorisant, dans certaines circonstances, la non-exécution de l'une des obligations qu'elle impose »⁴⁵.

⁴⁰ « La Cour ne saurait adopter une interprétation par implication des dispositions de la Convention qui dépasserait la portée de ses buts et de son objet explicites. De plus, cet argument entraînerait dans les dispositions de la convention des modifications radicales et des additions ». *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. 196.

⁴¹ *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, [1958] C.I.J. rec. 55 aux pp. 68-69.

⁴² *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, [1986] C.I.J. rec. 14 à la p. 137 [*Nicaragua c. États-Unis*].

⁴³ « 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions; b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité; c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties » (*Convention de Vienne, supra* note 39, art. 31). Sur le recours à d'autres traités conclus entre les mêmes parties comme « contexte » du traité à interpréter voir Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006 à la p. 463 et s.

⁴⁴ *Djibouti c. France, supra* note 4 au para. 113.

⁴⁵ *Ibid.* au para. 114.

b) *L'interprétation de la Convention de 1986*

En ce qui concerne la violation de la *Convention de 1986*, Djibouti avançait deux arguments : en premier lieu, que selon son article 1⁴⁶, la France était tenue, au nom de la réciprocité, d'exécuter la commission rogatoire. En deuxième lieu, Djibouti arguait que la France, en ne motivant pas son refus d'exécution de la commission rogatoire, avait violé la *Convention de 1986*.

L'argument de la réciprocité était, sans doute, mal fondé puisque, selon les propres termes de l'article 2 de la *Convention de 1986*, la demande d'entraide judiciaire pouvait – en toutes circonstances et donc sans égard à la préalable exécution d'une commission rogatoire française – être refusée dans certains cas⁴⁷. Ayant recours à l'interprétation *a coherentia*⁴⁸, la Cour a, à juste titre, indiqué que

s'agissant de la convention de 1986, chaque demande d'entraide judiciaire doit être appréciée, selon ses mérites propres, par chaque Partie. De plus, le concept de réciprocité tel qu'invoqué par Djibouti priverait de tout effet les exceptions énumérées à l'article 2. La Cour relève qu'il n'est prescrit nulle part dans ce texte que l'octroi par un État d'une assistance dans un dossier donné impose à l'autre de faire de même lorsqu'il est sollicité à son tour.⁴⁹

Aux termes de l'article 2(c) de la *Convention de 1986*, l'État requis peut refuser l'exécution de la commission rogatoire pour le risque qu'une telle exécution pourrait entraîner pour la souveraineté, la sécurité, l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels. Ce fut justement sur la base de cet article que le juge d'instruction en charge du dossier *Borrel* a refusé d'exécuter la commission rogatoire⁵⁰. Plus précisément, le juge d'instruction français a expliqué dans sa décision de refus que la transmission du dossier était contraire aux intérêts essentiels de la France dans la mesure où il contenait des documents « secrets défense » qui avaient été déclassifiés.

⁴⁶ « Les deux États s'engagent à s'accorder mutuellement, selon les dispositions de la présente Convention, l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure visant des infractions dont la répression est, au moment où l'entraide est demandée, de la compétence des autorités judiciaires de l'État requérant ». *Convention de 1986, supra* note 34 à la p. 298.

⁴⁷ « L'entraide judiciaire pourra être refusée : a) Si la demande se rapporte à des infractions considérées par l'État requis soit comme des infractions politiques, soit comme des infractions connexes à des infractions politiques, soit comme des infractions en matière de taxes et impôts, de douane et de change. b) Si la demande se rapporte à des infractions qui ne sont pas punissables, à la fois par la loi de l'État requérant et celle de l'État requis. c) Si l'État requis estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres de ses intérêts essentiels ». *Convention de 1986, supra* note 34 à la p. 298.

⁴⁸ Les tribunaux internationaux se refusent de retenir une interprétation d'une disposition d'un traité si, ce faisant, elle créerait des incohérences et contradictions au sein du traité. Voir par ex. *Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise (Allemagne c. Pologne)*, Sentence arbitrale du 10 juillet 1924, 1 R.S.A. 401 à la p. 424; *Affaire des réparations allemandes selon l'article 260 du Traité de Versailles (Allemagne c. Commission des Réparations)*, Sentence arbitrale du 3 septembre 1924, 1 R.S.A. 429 à la p. 438; *Différend interprétation et application des dispositions de l'Article 78, par. 7, du Traité de Paix au territoire éthiopien — Décisions nos 176 et 201*, 13 R.S.A. 626 à la p. 647; *Flegenheimer Case—Décision No. 182*, 14 R.S.A. 327 à la p. 381 (Italian-United States Conciliation Commission).

⁴⁹ *Djibouti c. France, supra* note 4 au para. 119.

⁵⁰ *Ibid.* au para. 140.

Dès lors, communiquer le dossier « aurait pour conséquence de livrer indirectement des documents des services de renseignement français à une autorité politique étrangère »⁵¹. Djibouti avait pourtant mis en cause la compétence du juge d'instruction pour « apprécier les intérêts fondamentaux d'un État », l'appréciation des risques pour la souveraineté, la sécurité et l'ordre public d'un État relevant, selon elle, « des organes les plus élevés de cet État »⁵².

Sans surprise, la Cour a rejeté cet argument sans préciser exactement le fondement juridique en droit international⁵³. Il est pourtant clair que, comme l'a effleuré la Cour, c'est au droit français et à lui seul qu'il revient de déterminer quel est l'organe habilité en dernier ressort pour décider des demandes de commissions rogatoires internationales. L'on découvre ici le principe général de liberté constitutionnelle de l'État selon lequel, en l'absence de règle internationale en sens inverse, chaque État est libre d'organiser sa structure étatique et de fixer les compétences de ses organes, dans les limites bien sûr du droit international général sur les compétences extraterritoriales des États⁵⁴. Dès lors, « [l]a présente Cour ne peut faire autrement que d'accepter les conclusions de la [C]our d'appel de Paris sur ce point »⁵⁵.

⁵¹ *Ibid.* au para. 147.

⁵² *Ibid.* au para. 131.

⁵³ « La Cour ne saurait accepter l'argument de Djibouti selon lequel, en droit français, les questions de sécurité et d'ordre public ne pourraient être réglées par le seul pouvoir judiciaire. La Cour n'ignore pas qu'à un certain moment, le ministère de la justice a joué un rôle très actif dans le traitement de ces questions. Cependant, la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 19 octobre 2006, a désigné l'organe habilité à répondre en dernier ressort aux demandes de commission rogatoire ». *Ibid.* au para. 146.

⁵⁴ La référence faite au droit interne était incontournable car lorsque l'État détermine quelles sont les questions qui relèvent de ses organes judiciaires ou administratifs, il exerce son droit souverain à l'auto-organisation ou principe d'autonomie constitutionnelle des États. Selon ce principe, chaque État a le droit de s'organiser comme bon lui semble et donc de désigner ses agents et organes. Il s'agit d'une compétence faisant partie du domaine réservé de l'État et donc exclusive. Dans cette sphère, l'État agit comme un tout indivisible : c'est sur lui que repose la responsabilité internationale pour les actes de ses agents et organes commis *ès qualitate*, quelle que soit leur position dans le système constitutionnel et administratif de l'État, ainsi que leur indépendance par rapport au pouvoir central. Le professeur Abi-Saab indique, à ce sujet, que l'État est un fait primaire dans le sens où le droit international constate son existence et articule les conséquences juridiques : « si l'on définit le "fait primaire" [...] comme une population organisée souverainement sur un territoire, le noyau dur peut être succinctement formulé en termes d'un droit souverain "d'auto-organisation". Conçu stricto sensu, ce droit implique une totale liberté de choix de l'appareil et des orientations étatiques : structures et formes de gouvernement, choix du système politique, juridique, économique et culturel, type de rapports avec les citoyens, etc. » Georges Abi-Saab, « Cours général de droit international public », (1987) 207 R.C.A.D.I. 1 à la p. 75. Sur ce principe, voir *Nicaragua c. États-Unis*, *supra* note 42 à la p. 133; *Sahara occidental*, Avis consultatif, [1975] C.I.J. rec.12 aux pp. 43-44.

⁵⁵ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 146.

Par ailleurs, l'article 3 de la *Convention de 1986*⁵⁶, qui porte précisément sur les commissions rogatoires, présente deux limitations importantes à l'obligation d'exécuter la commission émanant des autorités judiciaires de Djibouti : d'une part, l'exécution ou non de la commission rogatoire émanant de l'un des États parties est conditionnée à la conformité avec sa législation; d'autre part, l'obligation d'exécuter une commission rogatoire internationale, prévue par l'article 3, portait sur l'obligation de « veiller à ce que [la] procédure soit déclenchée, mais il n'en garantit pas pour autant le résultat »⁵⁷. Dès lors, lorsque la France a argué que la transmission du dossier *Borrel* était conditionnée à la procédure interne du pays requis, elle n'était pas en train de justifier la violation de la *Convention de 1986* par son droit interne. Comme l'a indiqué la Cour,

le sens de l'article 3 de la [C]onvention de 1986, ne voit pas en quoi la règle coutumière reflétée à l'article 27 de la [C]onvention de Vienne sur le droit des traités serait applicable en l'espèce. En fait, l'État requis invoque ici son droit interne, non pas pour justifier la prétendue non-exécution des obligations internationales figurant dans la [C]onvention de 1986, mais, bien au contraire, pour assurer l'application de celles-ci conformément aux termes de ladite convention.⁵⁸

Si donc la France était en droit de refuser l'exécution de la commission rogatoire internationale en déterminant discrétionnairement que celle-ci risquait de porter atteinte à des intérêts fondamentaux, cette liberté n'était pourtant pas absolue :

même si la France est fondée à dire que les termes de l'article 2 donnent un très large pouvoir discrétionnaire à l'État requis, l'exercice de ce pouvoir demeure soumis à l'obligation de bonne foi codifiée à l'article 26 de la [C]onvention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.⁵⁹

Certes, le juge d'instruction français a bien fondé son refus de transmission du dossier *Borrel* sur les exceptions prévues par l'article 2 de la *Convention de 1986*. Or, aux termes de l'article 17 de cette même Convention, « tout refus d'entraide sera motivé ». Dans l'espèce, comme l'a constaté la Cour, « aucun motif n'ayant été

⁵⁶ « 1. L'État requis fera exécuter, conformément à sa législation, les commissions rogatoires relatives à une affaire pénale qui lui seront adressées par les autorités judiciaires de l'État requérant et qui ont pour objet d'accomplir des actes d'instruction ou de communiquer des pièces à conviction, des dossiers ou des documents. 2. Si l'État requérant désire que les témoins ou les experts déposent sous serment, il en fera expressément la demande et l'État requis y donnera suite si sa législation ne s'y oppose pas. 3. L'État requis ne pourra transmettre que des copies ou photocopies certifiées conformes des dossiers ou documents demandés. Toutefois, si l'État requérant demande expressément la communication des originaux, il sera donné suite à cette demande dans toute la mesure du possible ». *Convention de 1986*, *supra* note 34 aux pp. 298-99.

⁵⁷ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 123.

⁵⁸ *Ibid.* au para. 124. Aux termes de l'article 27 de la *Convention de Vienne* : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'art. 46 ». *Convention de Vienne*, *supra* note 39, art. 27.

⁵⁹ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 145.

avancé dans la lettre du 6 juin 2005 [...], la Cour conclut que la France a manqué à son obligation au titre de l'article 17 de la [C]onvention de 1986 »⁶⁰.

Il convient de souligner à ce sujet que, dans l'espèce, la Cour a constaté le défaut de motivation en violation d'une obligation prévue explicitement par le traité en question. Cet auteur considère que quand bien même la *Convention de 1986* n'avait pas consacré expressément une obligation de motivation, celle-ci se serait imposée de toute façon. En effet, en vertu du droit international général, les compétences discrétionnaires des États doivent être exercées de bonne foi, sans détournement de pouvoir ou abus de droit, ce qui inclut que sera illicite l'acte manifestement injustifié par les faits de l'espèce⁶¹.

Restait donc à savoir quelles étaient les conséquences de la violation de l'obligation de motivation d'un acte discrétionnaire. Selon Djibouti, la violation de l'obligation de motivation prévue par l'article 17 de la *Convention de 1986* affectait le droit de la France à invoquer les cas de refus prévus par l'article 2 de cette même Convention et donc la validité du refus⁶².

La Cour, s'en tenant aux règles d'interprétation traditionnelles prévues par l'article 31 de la *Convention de Vienne* (sens ordinaire des mots employés et but et objet du traité) a constaté que l'obligation de motiver s'appliquait aux exceptions prévues par l'article 2 sans subordonner pour autant le droit de refuser la commission rogatoire au respect de l'obligation de motivation. Ainsi, la France avait le droit d'invoquer ses intérêts essentiels pour refuser l'exécution de la commission rogatoire et n'avait pas, dès lors, à transmettre le dossier *Borrel*⁶³. Mais, ce faisant, elle n'a pas respecté l'obligation de motivation⁶⁴.

Il convient de souligner qu'il ne s'agit pas ici d'une solution générale applicable à tout exercice d'une compétence discrétionnaire mais bien d'un cas d'espèce fondé sur les dispositions d'un traité en particulier. Nous ne croyons pas que l'on puisse, sur la base de l'arrêt de la Cour ici commenté, conclure d'une façon générale que l'acte unilatéral discrétionnaire constitutif d'un abus de droit ou d'un détournement de pouvoir soit un acte valide et opposable mais illicite et, de ce fait, relevant du seul droit de la responsabilité internationale. Le remède accordé par la Cour à Djibouti pour la violation de l'obligation de motiver le refus d'exécution de commission rogatoire (la satisfaction⁶⁵) ne pourrait, selon nous, exclure d'autres modes de réparation dans d'autres types de situations comme, par exemple, l'obligation d'abroger ou de priver d'effet les actes législatifs et réglementaires

⁶⁰ *Ibid.* au para. 152.

⁶¹ Sur ce point, voir Stevan Jovanović, *Restrictions des compétences discrétionnaires des États en droit international*, Paris, A. Pedone, 1988 à la p. 193 et s.

⁶² *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 135.

⁶³ « Ayant conclu que les motifs que la France a invoqués, de bonne foi, au titre de l'article 2c) entraient dans les prévisions de la [C]onvention de 1986, la Cour n'ordonnera pas la communication du dossier *Borrel* expurgé de certaines pages, comme Djibouti l'avait demandé [...] ». *Ibid.* au para. 202.

⁶⁴ *Ibid.* aux para. 154-57.

⁶⁵ « La Cour considère que sa conclusion selon laquelle la France a violé l'obligation qui était la sienne envers Djibouti au titre de l'article 17 constitue une satisfaction satisfaisant ». *Ibid.* au para. 204.

associés avec la décision unilatérale constitutive d'un abus de droit ou d'un détournement de pouvoir au titre de cessation de l'illicite⁶⁶.

2. L'INTERPRETATION DE L'ACTE UNILATERAL INVOQUE PAR DJIBOUTI

Ne pouvant fonder une obligation de résultat d'exécuter la commission rogatoire internationale adressée aux autorités judiciaires françaises sur le texte des conventions internationales conclues avec la France, Djibouti a prétendu que la France s'était engagée à une telle exécution par le biais d'une lettre du chef de cabinet du ministre de la justice en date du 27 janvier 2005⁶⁷.

La Cour était ainsi appelée à interpréter cette lettre afin d'établir s'il s'agissait d'un acte juridique unilatéral, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté attribuable à un sujet de droit international et destinée à créer des droits ou obligations⁶⁸. C'est donc du volontarisme normatif que découlent les effets juridiques, d'où la question essentielle de l'intentionnalité de l'auteur de l'acte unilatéral⁶⁹.

L'on sait que, s'agissant des traités internationaux, la prévalence est donnée à la volonté déclarée par les parties par le biais du texte⁷⁰. La même approche donnant prévalence au texte est utilisée s'agissant des actes unilatéraux. Ainsi, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la Cour a précisé que « c'est du contenu réel de ces déclarations et des circonstances dans lesquelles elles ont été faites que la portée juridique de l'acte unilatéral doit être déduite »⁷¹. Qui plus est, il n'est pas exagéré de

⁶⁶ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] C.I.J. rec. 136 à la p. 196.

⁶⁷ On peut lire dans cette lettre : « J'ai demandé à ce que tout soit mis en œuvre pour que la copie du dossier de l'instruction judiciaire relative au décès de Monsieur Bernard Borrel soit transmise au ministre de la justice et des affaires pénitentiaires et musulmanes de la République de Djibouti avant la fin du mois de février 2005 (ce délai s'explique par le volume du dossier dont il y a lieu de faire la copie). J'ai par ailleurs demandé au procureur de Paris de faire en sorte que ce dossier ne connaisse aucun retard injustifié ». *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 125.

⁶⁸ Jean-Paul Jaqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international*, Paris, L.G.D.J., 1972 à la p. 181.

⁶⁹ Dans l'affaire *Temple Preah Vihear*, la Cour, après avoir indiqué que le droit international n'exige pas que l'acte unilatéral revête une forme particulière, a bien souligné que « la seule question pertinente est de savoir si la rédaction employée dans une déclaration donnée révèle clairement l'intention ». *Affaire du temple de Preah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, Exceptions préliminaires, [1961] C.I.J. rec. 17 à la p. 32.

⁷⁰ La conduite à suivre par l'interprète aux termes de l'article 31 de la *Convention de Vienne* a été clairement définie par la Commission du droit international qui l'a rédigé : « Cet article est fondé sur l'opinion selon laquelle il faut présumer que le texte est l'expression authentique de l'intention des parties et que, par suite, le point de départ de l'interprétation est d'élucider le sens du texte et non pas de rechercher *ab initio* quelles étaient les intentions des parties ». Voir (1977) 2 *Annuaire de la Commission du droit international* à la p. 240.

⁷¹ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, [1974] C.I.J. rec. 253 à la p. 269 [*Essais nucléaires (Australie c. France)*]. Dans le même sens, dans une autre affaire, la Cour a affirmé que : « Aux fins de déterminer la portée juridique de cette déclaration, la Cour doit toutefois examiner le contenu réel de celle-ci ainsi que les circonstances dans lesquelles elle a été faite ». *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda) (compétence de la Cour et recevabilité de la requête)*, [2006] C.I.J. rec. 5 à la p. 28 [*Congo c. Rwanda*].

dire que les actes unilatéraux des États doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive⁷² car, comme l'a relevé la Cour dans une autre affaire, « une déclaration de cette nature ne peut créer des obligations juridiques que si elle a un objet clair et précis »⁷³.

Dans l'espèce, la Cour a d'abord analysé le sens ordinaire des termes employés par le directeur de cabinet du ministère de la justice dans sa lettre en date du 27 janvier 2005 pour conclure, assez logiquement, qu'aucun engagement formel n'avait été pris par la France de transmettre le dossier *Borrel*⁷⁴. Djibouti, par le biais de son ambassadeur, était tout simplement informé du déclenchement de la procédure légale pouvant rendre possible la transmission⁷⁵.

De plus, la Cour a pris en compte les circonstances dans lesquelles la lettre fut envoyée, à savoir la demande djiboutienne d'accélérer la transmission du dossier et surtout le contexte juridique interne français : la compétence exclusive du juge d'instruction pour délivrer une copie de l'instruction d'après la législation française⁷⁶. C'est donc inévitablement que la Cour a conclu que « la lettre du 27 janvier 2005, de par son contenu et les circonstances de fait et de droit dans lesquelles elle a été préparée, ne comporte pas, en elle-même, d'engagement juridique de la France d'exécuter la commission rogatoire internationale qui lui a été transmise par Djibouti le 3 novembre 2004 »⁷⁷.

C. Le régime des immunités des représentants des États

En tant que personnes morales, les États agissent par le biais de personnes physiques qui les personnifient dans la scène internationale. Il est donc tout à fait naturel que le droit international accorde des privilèges et immunités à certains organes des sujets de droit international car, comme l'a souligné le professeur Verhoeven, « [q]uand bien même ces derniers [les sujets de droit international] ne bénéficieraient pas d'un traitement privilégié, il pourrait d'ailleurs aisément se comprendre que des immunités soient accordées à leurs organes, en raison du rôle décisif qu'ils jouent dans la matérialisation d'une capacité juridique qui est condamnée à demeurer virtuelle si elle ne trouve des agents pour se réaliser »⁷⁸. Or, il n'existe pas de règle qui détermine d'une manière générale quels sont, parmi les agents des États, ceux qui bénéficient d'immunités⁷⁹.

⁷² Víctor Rodríguez Cedeño, « *De la interpretación y la revocación de los Actos Unilaterales en estricto sentido* », (2008) 1 Anuario Colombiano de Derecho Internacional 89 aux pp. 95 et s.

⁷³ *Congo c. Rwanda*, *supra* note 71 à la p. 28.

⁷⁴ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 128.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.* au para. 129.

⁷⁷ *Ibid.* au para. 130.

⁷⁸ Joe Verhoeven, « Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international », dans Joe Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités : contestation ou consolidation?*, Bruxelles, L.G.D.J. / Larcier, 2004 à la p. 61.

⁷⁹ *Ibid.* à la p. 64.

Dans le cas d'espèce, Djibouti arguait que la France avait violé l'obligation « découlant des principes établis du droit international général et coutumier, de prévenir les atteintes à la personne, la liberté ou la dignité d'une personne jouissant d'une protection internationale »⁸⁰. Si la question de l'immunité des dirigeants étrangers ne posait pas de problèmes majeurs (1), il n'en allait pas de même s'agissant des autres agents djiboutiens (2).

1. L'INCONTESTABLE INVOLABILITE ET L'IMMUNITE DE JURIDICTION PENALE DES DIRIGEANTS ETRANGERS

Les dirigeants des États étrangers jouissent incontestablement de l'inviolabilité et de l'immunité de juridiction pénale⁸¹, comme l'a rappelé la Cour dans des termes non équivoques :

La Cour a déjà rappelé dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* « qu'il est clairement établi en droit international que [...] certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État..., jouissent dans les autres États d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales » (arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 20-21, par. 51). Un chef d'État jouit en particulier « d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totales » qui le protègent « contre tout acte d'autorité de la part d'un autre État qui ferait obstacle à l'exercice de ses fonctions » (*ibid.*, p. 22, par. 54). Ainsi, pour apprécier s'il y a eu atteinte, ou non, à l'immunité du chef de l'État, il faut vérifier si celui-ci a été soumis à un acte d'autorité contraignant; c'est là l'élément déterminant.⁸²

En effet, l'inviolabilité du chef d'État étranger signifie le droit à ne pas être soumis à des mesures de contrainte de la part des autorités de l'État sur le territoire duquel il se trouve, soit en visite ou en mission⁸³.

La seule question à résoudre dans l'espèce était donc de savoir si la convocation à témoigner adressée au chef d'État djiboutien le 17 mai 2005, alors qu'il était en visite officielle, ainsi que celle du 14 février 2007, alors qu'il se trouvait en France pour participer à une conférence internationale, étaient des actes de « contrainte ».

Pour déterminer si tel était le cas, la Cour s'est appuyée sur les caractéristiques de ces convocations en droit français. Notant que ces convocations étaient de simples « invitations » qui n'étaient pas assorties des mesures de contrainte prévues par le droit français, la Cour a conclu que la France n'avait pas porté atteinte

⁸⁰ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 157.

⁸¹ Sur le caractère coutumier de cette règle, voir Philippe Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, Genève, E. Droz, 1962 à la p. 338.

⁸² *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 170.

⁸³ Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, s.v. « Inviolabilité des chefs d'État étrangers » à la p. 615.

à l'inviolabilité et à l'immunité de juridiction pénale du chef d'État djiboutien⁸⁴. Il n'en pouvait être autrement car, comme l'indique le professeur Verhoeven, « [l']inviolabilité est cette immunité de contrainte qui interdit de soumettre une personne à quelque mesure d'arrestation ou de détention que ce soit [...] ». L'inviolabilité renforce en pareil cas l'immunité de juridiction pénale, qui soustrait son bénéficiaire à toute poursuite dans l'État du for »⁸⁵.

Cela étant, il n'en demeure pas moins que le juge d'instruction français, en convoquant le 17 mai 2005 le chef d'État djiboutien sans suivre les canaux diplomatiques, a fait preuve d'un manque de finesse contraire aux devoirs de courtoisie internationale que la Cour n'a pas hésité à condamner : « la Cour considère qu'en invitant un chef d'État à déposer par simple télécopie et en lui fixant d'autorité un délai extrêmement bref pour se présenter à son bureau, le juge d'instruction Clément n'a pas agi conformément à la courtoisie due à un chef d'État étranger »⁸⁶. La France fut donc condamnée tout naturellement à présenter ses excuses à Djibouti.

2. L'INVIOABILITE ET L'IMMUNITE DES AUTRES AGENTS DJIBOUTIENS

Djibouti contestait également les convocations en qualité de témoins assistés adressées par le juge d'instruction français à deux hauts fonctionnaires djiboutiens, à savoir le procureur de la République et le chef de la sécurité nationale du Djibouti.

Il convient à ce titre de souligner, de prime abord, que l'extension de l'inviolabilité et de l'immunité de juridiction pénale aux membres du gouvernement d'un État étranger autres que le chef d'État, le chef de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères⁸⁷ est incertaine (pour autant que ces agents n'exercent pas des fonctions internationales)⁸⁸. La présente affaire reflète les incertitudes en la matière.

En effet, Djibouti a reconnu que les personnes revêtant la qualité d'organe de l'État, même de rang élevé, ne jouissent pas systématiquement d'immunités personnelles⁸⁹. Il a donc, afin de justifier les immunités du procureur de la République et du chef de la sécurité nationale du Djibouti, invoqué (pour la première fois et à un stade avancé de la procédure) l'idée des immunités fonctionnelles⁹⁰ ce qui, comme l'a

⁸⁴ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 aux para. 171 et 179-80.

⁸⁵ Verhoeven, *supra* note 78 à la p. 72.

⁸⁶ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 172.

⁸⁷ L'on sait que ces personnes sont les organes compétents par excellence pour mener les relations internationales d'un État, comme il en découle, par exemple, de l'article 7(2)(a) de la *Convention de Vienne* selon lequel en vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire des pleins pouvoirs, sont considérés par le droit international général comme représentant naturellement l'État « les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères ». *Convention de Vienne*, *supra* note 39, art. 7(2)(a).

⁸⁸ Verhoeven, *supra* note 78 à la p. 65.

⁸⁹ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 185.

⁹⁰ « Ce que la Partie djiboutienne demande à la Cour[, c']est de reconnaître qu'un État ne saurait considérer une personne revêtant la qualité d'organe d'un autre État comme pénalement responsable, à titre individuel, des actes accomplis en cette qualité officielle, c'est-à-dire dans l'exercice de ses fonctions ». *Ibid.* au para. 187.

souligné la Cour, revient à invoquer l'immunité de l'État djiboutien dont les agents bénéficieraient pour leurs actes officiels ou commis *ès qualitate*⁹¹.

La Cour a rejeté les prétentions djiboutiennes sur ce point. Elle a d'abord sanctionné le manque de rigueur du Djibouti dans la mesure où celui-ci n'a pas établi que les actes pour lesquels les deux hauts fonctionnaires djiboutiens étaient convoqués par la justice française étaient effectivement des actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions en tant qu'organes de l'État. Qui plus est, « [c]es conclusions finales ne sont pas formulées en des termes montrant clairement qu'il s'agit d'immunités diplomatiques ou d'immunités d'État »⁹².

Face à ce manque de rigueur, la Cour précise qu'« il n'existe en droit international aucune base permettant d'affirmer que les fonctionnaires concernés étaient admis à bénéficier d'immunités personnelles, étant donné qu'il ne s'agit pas de diplomates [...] et que la [C]onvention de 1969 sur les missions spéciales n'est pas applicable en l'espèce »⁹³. Cette dernière précision de la Cour n'est pas anodine. En effet, l'article 21 de la *Convention de New York de 1969 sur les missions spéciales* précise que, outre le chef de l'État, le chef du gouvernement et du ministre des affaires étrangères, « les autres personnalités de rang élevé » jouissent des « facilités, privilèges et immunités reconnus par le droit international »⁹⁴. Il était évident que les deux hauts fonctionnaires djiboutiens n'ont participé à aucune mission sur le territoire français dans le sens de cette Convention et donc que celle-ci n'avait pas lieu à s'appliquer. Il n'en demeure pas moins que, comme l'a souligné le professeur Verhoeven, « il existe en effet une tendance à étendre aux “personnalités de rang élevé”, pour reprendre la formule de la [C]onvention de New York du 16 décembre 1969 sur les missions spéciales, le bénéfice d'une protection particulière, comportant le cas échéant des immunités »⁹⁵.

Enfin, la Cour, visiblement agacée par le caractère tardif de l'argument djiboutien sur les immunités fonctionnelles, a tenu à faire une précision des plus claires :

L'État qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censé en informer les autorités de l'autre État concerné. Cela devrait permettre à la juridiction de l'État du for de s'assurer qu'elle ne méconnaît aucun droit à l'immunité, méconnaissance qui pourrait engager la responsabilité de cet État. Par ailleurs, l'idée qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes, assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte.⁹⁶

⁹¹ *Ibid.* au para. 188.

⁹² *Ibid.* au para. 193.

⁹³ *Ibid.* au para. 194.

⁹⁴ *Convention sur les missions spéciales*, 16 décembre 1969, 1400 R.T.N.U. 231 (entrée en vigueur : 21 juin 1985) dans Éric David et Cédric Van Assche, *Code de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2006 à la p. 620.

⁹⁵ Verhoeven, *supra* note 78 à la p. 65.

⁹⁶ *Djibouti c. France*, *supra* note 4 au para. 196.

Cette précision doit bien entendu être saluée afin d'éviter des invocations abusives et *a posteriori* des immunités fonctionnelles.

II. *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*⁹⁷

In 2004, the International Court of Justice rendered its judgment in the case concerning *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. the United States of America)*.⁹⁸ The Court found by a majority of fourteen votes to one that by not informing without delay the detained Mexican nationals of their right to consular assistance under Article 36 of the 1963 *Vienna Convention on Consular Relations*⁹⁹ and thus depriving the Mexican authorities of their right to render consular assistance to their nationals the United States breached their obligations arising out of the said Convention.¹⁰⁰ Moreover, taking into account its earlier finding in the *LaGrand* case that Article 36 of the *VCCR* establishes rights and obligations not only vis-à-vis States but also “creates individual rights”,¹⁰¹ the Court felt obliged “to specify what remedies are required in order to redress the injury done”.¹⁰² It found in this respect that the appropriate remedy consists in the United States’ obligation to provide review and reconsideration of the convictions and sentences of the Mexican nationals concerned.¹⁰³ However, building upon its earlier finding that “the individual rights of Mexican nationals [...] are rights which are to be asserted, at any rate in the first place, within the domestic legal system of the United States”,¹⁰⁴ the Court ruled that the “review and reconsideration” required of the Respondent shall be implemented “by means of its own choosing”.¹⁰⁵

⁹⁷ *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. the United States of America) (Mexico v. the United States of America), Request for the Indication of Provisional Measures*, Order of 16 July 2008, [2008] I.C.J. Rep. 1, online: ICJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/139/14639.pdf>> [*Avena, Indication of Provisional Measures, Order of 16 July 2008*]. See also *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. the United States of America)*, [2009] I.C.J. Rep. 1, online: ICJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/139/14939.pdf>> [*Avena, judgement 2009*].

⁹⁸ *Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. the United States of America)*, [2004] I.C.J. Rep. 12 [*Avena*].

⁹⁹ *Vienna Convention on Consular Relations*, 24 April 1963, 596 U.N.T.S. 261 (entered into force 19 March 1967) [*VCCR*].

¹⁰⁰ *Avena*, *supra* note 98 at 71-72.

¹⁰¹ *LaGrand (Germany v. the United States of America)*, [2001] I.C.J. Rep. 466 at 494. See also *Avena (Declaration of Vice-President Ranjeva)*, *supra* note 98 at 78 (“the 1963 Convention sought to identify the holders of the rights it created, with individual rights being those belonging to the detained nationals”).

¹⁰² *Avena*, *supra* note 98 at 62.

¹⁰³ *Ibid.* at 72.

¹⁰⁴ *Ibid.* at 35.

¹⁰⁵ *Ibid.* at 72.

The whole saga which uncovered subsequently is about the scope of and procedure for the “review and reconsideration” of convictions and sentences—in some cases those of death—imposed on the Mexican nationals referred to in the 2004 *Avena*¹⁰⁶ judgment. The case became even more complicated due to the fact that the persons in question had been tried and convicted not by the state courts, mostly of California and Texas.¹⁰⁷ Although the President of the United States issued a memorandum to the effect that “the United States will discharge its international obligations under the [*Avena* decision...], by having State courts give effect to the decision”,¹⁰⁸ the Supreme Court of the United States in March 2008 when faced with the capital case of José Ernesto Medellín Rojas—one of the Mexican nationals referred to in the *Avena*¹⁰⁹ judgment—ruled by six votes to three that “the ICJ’s judgment in *Avena* does not automatically constitute federal law judicially enforceable in United States courts”.¹¹⁰ It is to be noted that this judgment is accompanied by the eloquent dissenting opinion of Justice Breyer (which other two Justice of the minority joined) maintaining that “the treaty obligations, and hence the judgment, resting as it does upon the consent of the United States to the ICJ’s jurisdiction, bind the courts not less than would an act of the federal legislature”.¹¹¹ Nevertheless, the Texan authorities set the Medellín’s execution date for 5 August 2008.¹¹²

In these circumstances Mexico re-applied to the International Court of Justice requesting interpretation of the “review and reconsideration” requirement of the 2004 *Avena*¹¹³ judgment as imposing “an obligation of result” on the United States.¹¹⁴ It simultaneously sought provisional measures, namely stay of execution of its nationals including Medellín.¹¹⁵

¹⁰⁶ *Supra* note 98.

¹⁰⁷ *Ibid.* at 24.

¹⁰⁸ Cited by Mr. John B. Bellinger, the Agent of the United States, before the International Court of Justice: Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the *Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. the United States of America) (Mexico v. the United States of America)*, “Verbatim record CR 2008/15” (19 June 2008), I.C.J. Pleadings 1 at 11 [CR 2008/15].

¹⁰⁹ *Avena*, *supra* note 98.

¹¹⁰ *Medellín v. Texas*, 128 S. Ct. 1346 at 1360 (2008).

¹¹¹ Dissenting Opinion of Justice Breyer joined by Justices Souter and Ginsburg, *ibid.* at 1376.

¹¹² *Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (United Mexican States v. United States of America)*, “Request for the Indication of Provisional measures of protection submitted by the Government of the United Mexican States” (5 June 2008), at para. 5, online: ICJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/139/14580.pdf>> [*Avena, Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by United Mexican States*].

¹¹³ *Avena*, *supra* note 98.

¹¹⁴ *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, “Request for the Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*”, *Application Instituting Proceedings* (5 June 2008), I.C.J. Pleadings 1 at 59, online: ICJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/139/14582.pdf>>.

¹¹⁵ *Avena, Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by United Mexican States*, *supra* note 112 at 15.

A. Request for the Indication of Provisional Measures: Order of 16 July 2008

Having received the request for provisional measures lodged with the Court by Mexico on 5 June 2008, the International Court of Justice proceeded very swiftly and held hearings on this request as early as on 19-20 June 2008.¹¹⁶

The United States argued before the Court that there was no dispute between them and Mexico regarding the interpretation of the 2004 *Avena* judgment,¹¹⁷ being a *conditio sine qua non* for the Court to exercise its interpretative jurisdiction according both to the *Statute of the Court*¹¹⁸ and its well-established jurisprudence.¹¹⁹ The Agent of the United States declared the following before the Court: “We did not agree with [the 2004 *Avena*] decision—no losing litigant ever does—but we take our international legal obligations extremely serious and therefore we respect the Court’s decision. We have gone to great lengths to implement the Court’s Judgment, and we will continue to do so”.¹²⁰ In an attempt to explain why all those efforts did not bring any meaningful result in the case of Mr. Medellín, he referred to “[t]wo aspects of the United States political system”, namely federalism and separation of powers,¹²¹ which effectively prevented the federal executive from influencing the primary decision-makers in question—the state judiciary. It was also noted on behalf of the United States that the real dispute between them and Mexico was about implementation, enforcement of the 2004 *Avena*¹²² judgment, rather than the interpretation thereof.¹²³

Mexico rebutted by saying that notwithstanding the federal authorities’ attempts and gestures, the authorities of Texas—a constitutive entity of the United States—have “unmistakably communicated [their] disagreement with Mexico’s interpretation of the [2004 *Avena*] Judgment”.¹²⁴ In addition, Mexico argued that in fact the United States authorities had not taken all measures at their disposal to bring

¹¹⁶ Request for the Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America)*, “Press Release 2008/17” (13 June 2008), I.C.J. Pleadings 1.

¹¹⁷ CR 2008/15, *supra* note 108 at 3 (Mr. Bellinger).

¹¹⁸ *Statute of the International Court of Justice*, 26 June 1945, R.T. Can. 1945 No. 7 (entered into force 24 octobre 1945), art. 60: “In the event of dispute as to the meaning or scope of the judgment, the Court shall construe it upon the request of any party”; see also para. 1 of article 98 of the *Rules of Court*, online: ICJ <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0&lang=en>> (1 July 1978).

¹¹⁹ *Request for Interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the Asylum Case*, [1950] I.C.J. Rep. 395 at 402. See also *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, [1985] I.C.J. Rep. 192 at 216-217.

¹²⁰ CR 2008/15, *supra* note 108 at 6 (Mr. Bellinger).

¹²¹ *Ibid.* at 7 (Mr. Bellinger).

¹²² *Avena*, *supra* note 98.

¹²³ CR 2008/15, *supra* note 108 at 30 (Mr. Mathias).

¹²⁴ Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the *Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. the United States of America) (Mexico v. the United States of America)*, “Verbatim record CR 2008/16” (20 June 2008), I.C.J. Pleadings 1 at 9 [CR 2008/16] (Mr. Hernández).

about the full enforcement of the Court's 2004 *Avena*¹²⁵ judgment; most critically, the federal executive had neither proposed legislation which would implement the right to review and reconsideration under *Avena*¹²⁶ nor engaged in a dialogue with Members of Congress to explore legislative options.¹²⁷ Responding to the argument advanced by the United States that no dispute within the meaning of Article 60 of the *Statute of the Court*¹²⁸ exists between the parties, the Agent of Mexico addressed those sitting at the long wooden table in the Great Hall of Justice, *Vredespaleis*, in the following terms: "Mexico did not 'manufacture' the execution order in your folders. Mexico did not invent the dispute over the scope and meaning of the *Avena* judgment".¹²⁹

The Court delivered its Order on 16 July 2008.¹³⁰ It granted the request submitted by Mexico and ordered that the United States shall take all measures necessary to ensure that named individuals, including Medellín, are not executed pending the Court's judgment on the Mexico's request for interpretation of the 2004 *Avena* judgment.¹³¹ The Court dealt fairly briefly with the Respondent's contention that no dispute as to interpretation within the meaning of Article 60 of the *Statute of the Court*¹³² existed between the parties noting that "the Parties nonetheless apparently hold different views as to the meaning and scope of that obligation of result [the one which derives from the 2004 *Avena* judgment, notably its paragraph 153(9)], namely, whether that understanding [as to the necessity of appropriate 'review and reconsideration' as obligated by the above sub-paragraph] is shared by all United States federal and state authorities and whether that obligation falls upon that authorities".¹³³

This apparently weak element of the Court's position was predictably criticized by the dissenting judges. In particular, the following was noted by Judge Leonid Skotnikov:

There is no disagreement between Mexico and the United States that no executions should be carried out unless and until the Mexican nationals in question have received review and reconsideration consistent with the *Avena* Judgment. [...] [T]he United States has held that its competent organs and subdivisions do not speak on behalf of the United States, either under international law or under the United States Constitution, and that their positions are not attributable to the United States for the purposes of determining whether there is a dispute between the United States and Mexico as to the meaning or scope of the *Avena* Judgment. [...] An interpretation is in order only if lack of clarity as to the meaning or scope of the binding provisions of a judgment impedes its execution. There is no

¹²⁵ *Avena*, *supra* note 98.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ CR 2008/16, *supra* note 124 at 6 (Mr. Hernández).

¹²⁸ *Statute of the International Court of Justice*, *supra* note 118.

¹²⁹ CR 2008/16, *supra* note 124 at 13 (Mr. Hernández).

¹³⁰ *Avena, Indication of Provisional Measures, Order of 16 July 2008*, *supra* note 97.

¹³¹ *Ibid.* at 80 (II)(a).

¹³² *Statute of the International Court of Justice*, *supra* note 118.

¹³³ *Avena, Indication of Provisional Measures, Order of 16 July 2008*, *supra* note 97 at 55.

such lack of clarity [...] There is no ambiguity. There is no disagreement. There is nothing for the Court to interpret.¹³⁴

The other three members of the minority have pointed out additionally that the issue whether the obligation of result flowing from paragraph 153(9) of the 2004 *Avena*¹³⁵ judgment falls upon federal or State authorities—this issue being the one referred to by the Court as a matter of dispute (see above)—was not in fact raised by Mexico and accordingly had not become the subject of its dispute with the United States.¹³⁶

The brevity with which the Court has dealt in its Order of 16 July 2008 with the question whether the dispute between the parties existed – the central issue for admissibility of the request for interpretation – may be partly explained by the consideration that, according to the well-established jurisprudence of the Court, the jurisdictional standard is lower in respect of requests for provisional measures: as very recently stated by the Court, “on a request for the indication of provisional measures, the Court need not finally satisfy itself, before deciding whether or not to indicate such measures, that it has jurisdiction on the merits of the case, yet it may not indicate them unless the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded”.¹³⁷ There is no reason not to follow this approach *mutatis mutandis* in the proceedings on interpretation. This is in accord with the practice of other international tribunals. For example, the European Court of Human Rights may order interim measures even before the application in question is declared admissible¹³⁸ and in the past some applications in respect of which the interim measures had been granted were later ruled inadmissible by the Court as being manifestly ill-founded.¹³⁹ The Administrative Tribunal of the Council of Europe—an international administrative tribunal which operates in Strasbourg and whose jurisprudence is relatively unknown—has gone even further and has stated in the context of a request for stay of execution that “*il ne saurait être point question d’analyser à ce stade des arguments qui se rattachent à la recevabilité [...] du grief formulé par le réclamant dans le cadre de sa réclamation, ces questions n’ayant pas à être débattues et a fortiori examinées dans le cadre de la présente procédure qui ne vise que l’adoption de mesures d’urgence*”.¹⁴⁰

¹³⁴ Dissenting Opinion of Judge Skotnikov, *ibid.* at 2, 4 and 8.

¹³⁵ *Avena*, *supra* note 98.

¹³⁶ Dissenting Opinion of Judges Owada, Tomka and Keith, *supra* note 97 at 18.

¹³⁷ *Case concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. the Russian Federation)*, Order of 15 October 2008, [2008] I.C.J. Rep. at 85, online: ICJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/140/14801.pdf>>.

¹³⁸ *Rules of the European Court of Human Rights*, Rule 39(1)1, online: European Court of Human Rights <<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D1EB31A8-4194-436E-987E-65AC8864BE4F/0/RulesOfCourt.pdf>> (entered into force 1 July 2009).

¹³⁹ See, as a recent example, *K.R.S. v. the United Kingdom* (dec.), no. 32733/08 (2 December 2008), online: UNHCR <<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/49476fd72.pdf>>.

¹⁴⁰ See, as a recent authority, TACE, *Golubok c. Secrétaire Général*, no. 456/2008, Ordonnance no. 2 du 26 février 2009, at 22.

It was also suggested that the provisional measures were ordered by the Court in July 2008 due to the “[h]umanitarian considerations”¹⁴¹—the Court making its utmost to cancel or at least to delay Mr. Medellín’s execution in Texas. Be as it may, the World Court’s intervention did not help Jose Medellín: he was executed by lethal injection on 5 August 2008 in Huntsville, Texas, with only a slight delay.¹⁴² The Supreme Court of the United States by one-vote majority had turned down Medellín’s last-minute attempt to stay the execution just hours before he was pronounced dead,¹⁴³ with Justice Breyer exclaiming helplessly that the inevitable execution of Medellín would “place this Nation in violation of international law”.¹⁴⁴ It is noteworthy that the Department of Justice of the United States chose not to intervene in those last death-or-life-proceedings although being “well aware”¹⁴⁵ of them, in spite of open invitation of some Members of the Court; in particular, Justice Ginsburg who invited “the Solicitor General’s clarification of that representation very recently made to the international tribunal”.¹⁴⁶

Simultaneously with Amnesty International which proclaimed that “[l]’exécution de José Ernesto Medellín Rojas par l’État du Texas est une violation du droit international”¹⁴⁷ this state’s Attorney General explained that “Texas is not bound by the World Court but by the US Supreme Court, which reviewed this matter and determined that the convicted murderer’s execution shall proceed”.¹⁴⁸ The federal authorities kept solemn silence. All hidden at once became revealed.

It should be also noted here in passing that only on 14 July 2008 two congressmen introduced the bill aimed at the establishment of the judicial remedies required by the 2004 *Avena*¹⁴⁹ judgment “in any case where the plaintiff is convicted of a criminal offense where the violation [of Article 36, *VCCR*] occurs during and in relation to the investigation or prosecution of that offense” which shall include “any relief required to remedy the harm done by the violation, including the vitiation of the conviction or sentence where appropriate”.¹⁵⁰ In a separate development, on 24 July 2008 the Inter-American Commission on Human Rights found that the obligation of the United States under Article 36, *VCCR*, “constituted a fundamental

¹⁴¹ Dissenting Opinion of Judges Owada, Tomka and Keith, *supra* note 97 at 1.

¹⁴² “Texas executes Mexican murderer”, *BBC News* (6 August 2008), online: BBC News <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/7542794.stm>>; David Carson, “Jose Medellin”, *Texas Execution Information Center* (6 August 2008), online: Texas Execution Information Center <<http://www.txexecutions.org/reports/410.asp>> [Texas Execution].

¹⁴³ *Medellin v. Texas*, 129 S. Ct. 360 (2008), Justices Stever, Souter, Ginsburg and Breyer dissenting.

¹⁴⁴ Dissenting Opinion of Justice Breyer, *ibid.* at 364.

¹⁴⁵ *Ibid.* at 360.

¹⁴⁶ Dissenting Opinion of Justice Ginsburg, *supra* note 143 at 363.

¹⁴⁷ Amnesty International, “États-Unis. L’exécution qui vient d’avoir lieu au Texas bafoue le droit international” (6 août 2008), online: Amnesty International <<http://www.amnesty.org/fr/for-media/press-releases/usa-texas-execution-violates-international-law-20080806>>.

¹⁴⁸ Texas Execution, *supra* note 142, at last paragraph.

¹⁴⁹ *Avena*, *supra* note 98.

¹⁵⁰ U.S., *Avena Case Implementation Act of 2008 : A Bill to Create a Civil Action to Provide Judicial Remedies to Carry out Certain Treaty Obligations of the United States Under the Vienna Convention on Consular Relations and the Optional Protocol to the Vienna Convention on Consular Relations*, 110th Cong., session 2 (H.R. Doc. No. 6481) (2008).

component of the due process standards to which [the petitioners including Mr. Medellín] were entitled under Articles XVIII and XXVI of the American Declaration [of the Rights and Duties of Man], and that the State's failure to respect and ensure this obligation deprived them of a criminal process that satisfied the minimum standards of due process and a fair trial required under Articles XVIII and XXVI of the Declaration".¹⁵¹ The Commission concluded by recommending the United States to vacate the death sentences imposed and provide the victims with an effective remedy, which includes a new trial.¹⁵² Obviously, while being unable (or unwilling) to comply with the binding judgment rendered by the International Court of Justice, the United States authorities did not care much of the Inter-American Commission's very well-reasoned but recommendatory report. Mr. Medellín being dead in the Texan dungeon, the inter-State case before the Court in The Hague ought nevertheless to proceed.

B. Request for Interpretation Refused: Judgment of 19 January 2009

In the round of written observations which followed the Medellín's execution, Mexico predictably maintained that the dispute as to interpretation of the 2004 *Avena*¹⁵³ judgment existed: "There is perhaps no better evidence of a dispute than the fact of the execution of Mr. José Ernesto Medellín".¹⁵⁴ It referred to the Court's previous *dictum* (albeit given in the exercise of its advisory jurisdiction) that the existence of a dispute is "a matter for objective determination" and cannot depend upon the mere assertions or denials of the parties.¹⁵⁵ In addition, they specifically criticized the United States authorities' inaction in pursuing a number of legal and political avenues available to them in order to secure the "review and reconsideration" mandated by the 2004 *Avena*¹⁵⁶ judgment. More specifically, they argued that "the Federal Executive took no steps to support legislation proposed in Congress that would implement *Avena* or to assist in moving forward the legislation that Members of Congress introduced".¹⁵⁷ In respect of execution of Mr. Medellín Mexico requested the Court to declare that the United States failed to comply with its Order on provisional measures of 16 July 2008.

The United States—not without reason—accused their opponent of the attempt "to extend this case well beyond the limited and special jurisdiction provided in

¹⁵¹ *Medellín, Ramírez Cardenas and Leal Garcia v. the United States* (2008), Inter-Am. Comm. H.R. No.45/08, at para. 132, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights: 2008*, OEA/Ser.L/V/II.132, doc. 21 (2008).

¹⁵² *Ibid.* at 160 (1).

¹⁵³ *Avena*, *supra* note 98.

¹⁵⁴ *Request for Interpretation of the Judgment Of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v. United States of America)*, "Submission of Mexico in response to the Written Observations of the United States of America" (17 September 2008), I.C.J. Pleadings 1 at 3 [*Mexico v. USA*].

¹⁵⁵ *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Advisory Opinion, [1950] I.C.J. Rep. 65 at 74.

¹⁵⁶ *Avena*, *supra* 98.

¹⁵⁷ *Mexico v. USA*, *supra* note 154 at 47.

Article 60 of the Statute”;¹⁵⁸ they suggested that Mexico in fact sought ruling on the question as to whether the 2004 *Avena* judgment had been complied with.¹⁵⁹ The United States also argued that “[t]he Court lack[ed] jurisdiction to rule on the merits of Mexico’s supplemental request that the Court declare the United States in breach of the Court’s July 16 Order”.¹⁶⁰ This argument ran rather straightforwardly: since the Court has no jurisdiction to interpret under Article 60 of the *Statute*¹⁶¹ (because there is no dispute), it “also has no basis to address an ancillary claim”.¹⁶² Moreover, *arguendo*, the United States effectively argued that the execution of Mr. Medellín had not in fact affected the issue of interpretation of the Court’s 2004 *Avena* judgment: “The question of whether the United States has *complied* with *Avena* is distinct from the question of how to interpret *Avena*”.¹⁶³

The International Court of Justice rendered its Judgment on 19 January 2009¹⁶⁴ without holding additional hearings, being satisfied by the exchange of written observations between the parties – the course of action nor without precedent in its jurisprudence on the requests for interpretation.¹⁶⁵ The Court considered that its Order of 16 July 2008 contained only provisional observations on the matter¹⁶⁶ and thus was without prejudice for the subsequent re-consideration of the admissibility of the Mexico’s request for interpretation and noted accordingly that “in the present procedure it [was] appropriate for the Court to review again whether there [did] exist a dispute”¹⁶⁷ between the parties.

While the Court has accepted that “it could be said that a variety of factors suggest that there is a difference of perception”,¹⁶⁸ it nevertheless considered that “there would be a further obstacle to granting the request of Mexico”.¹⁶⁹ The Court observed the following:

The *Avena* Judgment nowhere lays down or implies that the courts in the United States are required to give direct effect to paragraph 153(9). The obligation laid down in that paragraph is indeed an obligation of result which clearly must be performed unconditionally; non-performance of it constitutes internationally wrongful conduct. However, the Judgment leaves it to the United States to choose the means of implementation, not

¹⁵⁸ *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v. United States of America)*, “Further Written Observations of the United States of America on the Application for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case Concerning *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. the United States of America)*” (6 October 2008), I.C.J. Pleadings 1 at 2 [*Mexico v. USA*].

¹⁵⁹ *Ibid.* at 23.

¹⁶⁰ *Ibid.* at 25.

¹⁶¹ *Statute of the International Court of Justice*, *supra* note 118.

¹⁶² Mexico v. USA, *supra* note 158 at 28.

¹⁶³ *Ibid.* at 33 (italics in original).

¹⁶⁴ *Avena, judgment 2009, supra* note 97.

¹⁶⁵ See *Request for Interpretation of the Judgment of November 20th, 1950, in the Asylum Case (Colombia v. Peru)*, [1950] I.C.J. Rep. 395.

¹⁶⁶ *Avena, judgment 2009, supra* note 97 at 27.

¹⁶⁷ *Ibid.* at 20.

¹⁶⁸ *Ibid.* at 31.

¹⁶⁹ *Ibid.* at 43.

excluding the introduction within a reasonable time of appropriate legislation, if deemed necessary under domestic constitutional law. Nor moreover does the *Avena* Judgment prevent direct enforceability of the obligation in question, if such an effect is permitted by domestic law. In short, the question is not decided in the Court's original Judgment and thus cannot be submitted to it for interpretation under Article 60 of the Statute¹⁷⁰.

The Court therefore concluded that Mexico's request actually concerned not the question of the interpretation of its 2004 *Avena*¹⁷¹ judgment but rather the question of its implementation, which was deliberately omitted from the *dispositif* thereof and which was referred to the Respondent to solve "by means of its own choosing".¹⁷² The request for interpretation was therefore rejected¹⁷³ by an overwhelming majority with only the judge *ad hoc* appointed by Mexico voting against.¹⁷⁴ However, the Court did not hesitate to respond implicitly to the Supreme Court of the United States:

[C]onsiderations of domestic law which have so far hindered the implementation of the obligation incumbent upon the United States, cannot relieve it of its obligation. A choice of means was allowed to the United States in the implementation of its obligation and, failing success within a reasonable period of time through the means chosen, it must rapidly turn to alternative and effective means of attaining that result.¹⁷⁵

In spite of this finding, the Court proceeded to the question as to whether by executing Mr. Medellín the United States were in non-compliance with the provisional measures ordered by it on 16 July 2008. In response to the jurisdictional objection raised by the United States, the Court merely noted that "[t]here is no reason for [it] to seek any further basis of jurisdiction than Article 60 of the Statute to deal with this alleged breach of its Order indicating provisional measures issued in the same proceedings".¹⁷⁶ Inescapably, the Court had no other option but to find that "the United States did not discharge its obligation under the Court's Order of 16 July 2008, in the case of Mr. José Ernesto Medellín Rojas".¹⁷⁷ It also added that "the other persons named in the *Avena* Judgment are also to be afforded review and reconsideration in the terms there specified".¹⁷⁸

Although the Court showed its reluctance to go so far as to declare that the Medellín's execution violated the initial *Avena*¹⁷⁹ judgment, since Article 60 of its

¹⁷⁰ *Ibid.* at 44 [emphasis added].

¹⁷¹ *Avena*, *supra* note 98.

¹⁷² *Avena*, *judgment 2009*, *supra* note 97 at 11.

¹⁷³ *Ibid.* at 46.

¹⁷⁴ *Ibid.* at 61 (1).

¹⁷⁵ *Ibid.* at 47.

¹⁷⁶ *Ibid.* at 51.

¹⁷⁷ *Ibid.* at 53.

¹⁷⁸ *Ibid.* at 54.

¹⁷⁹ *Avena*, *supra* note 98.

*Statute*¹⁸⁰ “does not allow it to consider possible violations of the Judgment which it is called upon to interpret”,¹⁸¹ it nevertheless included in the *dispositif* the reaffirmation of “the continuing binding character”¹⁸² of the obligation of the United States to review and reconsider in the *Avena*¹⁸³ sense. This last point although being criticized by Judge Abraham was very precisely explained by him by “*parfois des raisons d’ordre pédagogique*”.¹⁸⁴

Be as it may, the *Avena*¹⁸⁵ interpretation proceedings highlighted the important problem which is also the Achilles heel of the contemporary international justice—the issue of judgments’ implementation. The International Court of Justice—the authority of whose judgments was questioned by the supreme judicial body of one of the leading Members of the United Nations – had to reiterate again the binding character of its judgment rendered against its Member and this Member’s continuing international obligation to fully implement it.¹⁸⁶ One of the Judges while noting in the similar vein that “international law demands nothing less than the full and timely compliance”¹⁸⁷ with the judgment in question has also pointed out to Article 94 of the *Charter of the United Nations*¹⁸⁸ which provides for the binding character of the World Court’s judgments.¹⁸⁹ This Article also gives the Security Council of the United Nations the authority to “make recommendations or decide upon measures” in case of non-compliance.¹⁹⁰ These provisions which have been authoritatively characterised as “*limitées, facultatives et imprécises*”¹⁹¹ are almost meaningless in the situation, like the one following the 2004 *Avena*¹⁹² judgment, when the State which is not compliant is itself a permanent member of the Security Council. This was exactly the outcome of the only situation in the past when the attempt had been made to invoke this provision: the action was blocked by the United States,¹⁹³ the party which lost the case in The Hague.

Regrettably, the *Texas v. Medellin* judgment was a last stroke in what one commentator characterised as a “grim picture of non-implementation of the ICJ’s

¹⁸⁰ *Statute of the International Court of Justice*, *supra* note 118.

¹⁸¹ *Supra* note 164 at 56.

¹⁸² *Ibid.* at 61 (3).

¹⁸³ *Avena*, *supra* note 98.

¹⁸⁴ *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 de M. le Judge Abraham” (19 janvier 2009), [2009] C.I.J. Mémoires 1 at 2.

¹⁸⁵ *Avena*, *supra* note 98.

¹⁸⁶ *Supra* note 164 at 60.

¹⁸⁷ *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. the United States of America)*, “Declaration of Judge Koroma” (19 January 2009), I.C.J. Pleadings 1 at para. 11.

¹⁸⁸ *Charter of the United Nations*, 24 October 1945, 1 U.N.T.S. XVI.

¹⁸⁹ *Ibid.*, art. 94 (1).

¹⁹⁰ *Ibid.*, art. 94 (2).

¹⁹¹ Alain Pillepich, “Commentaire Article 94” in Jean-Pierre Cot & Alain Pellet, eds., *La Charte des Nations Unies : Commentaire, article par article* (Paris : Economica, 1985) 1269 at 1278.

¹⁹² *Avena*, *supra* note 98.

¹⁹³ Hermann Mosler & Karin Oellers-Frahm, “Commentary to Article 94” in Bruno Simma, ed., *The Charter of the United Nations: A Commentary* (Oxford, Oxford University Press, 2002) 1174 at 1178.

jurisprudence on the Vienna Convention in the United States”.¹⁹⁴ The problem is however much wider: withdrawing into one’s own constitutional cocoon, isolating the international context and deciding the case exclusively by reference to internal constitutional precepts is not the correct way in which supreme jurisdictions should interact with norms originating from the highest organs of the International Legal Order.¹⁹⁵ Such attitude on the part of the domestic authorities – which may be explained by a variety of reasons from a lack of political will to a lack of resources to ensure implementation – will necessarily (albeit probably somewhat belatedly) produce the adequate response on the side of the international courts. Indeed, as the European Court of Human Rights famously declared, the right to a court would be illusory if a legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party.¹⁹⁶ This conclusion – although made in the context of the problem of non-execution of the domestic judicial decision within the national legal system – is fully applicable to the judgments of the International Court of Justice which are of course final and without appeal.¹⁹⁷ All references to the domestic law to justify the non-implementation are of course of no relevance, since, as the Permanent Court of International Justice has ruled as early as in 1925 and what has become since then a general principle of international law, “a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfillment of the obligations undertaken”.¹⁹⁸

C. Some concluding thoughts: interpretation or implementation?

The World Court in the course of its 2008 proceedings on interpretation of the 2004 *Avena*¹⁹⁹ judgment and especially in its Order on provisional measures of 16 July 2008 used its jurisdiction under Article 60 of the *Statute*²⁰⁰ to reinstate its authority concerning the enforcement of its own judgments. It then proceeded to find execution of Medellín in violation of international law, namely of its provisional measures ordered under Article 41 of the *Statute*²⁰¹. Although, following its traditionally sober and cautious approach, the International Court of Justice refrained from declaring this act a direct violation of its 2004 *Avena*²⁰² judgment, it did not miss this chance to reiterate its continuingly obligatory character. It remains to be seen when and how the United States authorities will follow their own constitutional

¹⁹⁴ Carsten Hoppe, “Implementation of LaGrand and Avena in Germany and the United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights” (2007) 18 E.J.I.L. 317 at 324.

¹⁹⁵ Joseph H.H. Weiler, “Editorial” (2008) 19 E.J.I.L. 895 at 896. European Journal of International Law Editorial 19:5 (2008).

¹⁹⁶ *Hornsby v. Greece*, no. 18357/91, Judgment of 19 March 1997, at para. 40, Reports of Judgments and Decisions 1997-II.

¹⁹⁷ *Supra* note 118, art. 60 (first sentence).

¹⁹⁸ *Exchange of Greek and Turkish Populations*, Advisory Opinion, P.C.I.J. (Ser. B) No. 10 at 25.

¹⁹⁹ *Avena*, *supra* note 98.

²⁰⁰ *Statute of the International Court of Justice*, *supra* note 118.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Avena*, *supra* note 98.

commitment to treat their international obligations as “the supreme Law of the Land”.²⁰³ On a more general footing, the 2008 *Avena* proceedings should provoke the discussion as to whether supervision over the enforcement of their own rulings is within the judicial domain of the international courts.

It would be unfair to say that the World Court has before the *Avena*²⁰⁴ case been indifferent to the issue of implementation. For example, the Permanent Court of International Justice has once noted that “it is certainly incompatible with the character of the judgments rendered by the Court and with the binding force attached to them... for the Court to render a judgment which either of the Parties may render inoperative”.²⁰⁵

It is instructive that the European Court of Human Rights—although the *European Convention on Human Rights*, unlike the *Charter of the United Nations*²⁰⁶, specifically entrusts the supervision of its judgments to the intergovernmental political body, the Committee of Ministers of the Council of Europe²⁰⁷—also does not lose sight of its role in so far as it concerns implementation.

Firstly, it may well be a case that a violation of the continuing character which gave rise to the initial judgment does not cease after its entry into force and—if the applicant again lodges an application with the European Court of Human Rights—will again lead to the condemnation of the non-compliant State by the Strasbourg Court.²⁰⁸ For example, another notable case concerning the failure of the domestic authorities to allow broadcasting of social advertisement, in spite of the earlier finding of the European Court of Human Rights that this refusal contradicts Article 10 of the *European Convention on Human Rights* (right to freedom of expression), was recently condemned by the Strasbourg Court’s Grand Chamber.²⁰⁹

Secondly and most importantly, the European Court of Human Rights is now playing a more active role in ordering just satisfaction²¹⁰ to the injured applicants. Traditionally the Strasbourg Court—as the International Court of Justice in *Avena*²¹¹—held that the respondent State remains free, subject to monitoring by the Committee of Ministers, to choose the measures to be adopted in their domestic legal order to put

²⁰³ U.S. Const., art. VI(2).

²⁰⁴ *Avena*, *supra* note 98.

²⁰⁵ *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Order of 6 December 1930, P.C.I.J. (Ser. A) No. 24 at 14.

²⁰⁶ *Supra* note 188.

²⁰⁷ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4 November 1950, 213 U.N.T.S. 221 at 223, art. 46(2), [*European Convention on Human Rights*].

²⁰⁸ See, as probably the most indicative example, *Wasserman v. Russia* (No. 2), no. 21071/05 (2008), E.C.H.R. at para. 64, on line: ECHR <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=wasserman%20%2021071/05&sessionId=55636187&skin=hudoc-fr>>.

²⁰⁹ *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland* (no. 2) [GC], no. 32772/02 (2009), E.C.H.R. online: ECHR <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=Verein%20%20Gegen%20%20Tierfabriken%20%20Schweiz&sessionId=55636187&skin=hudoc-fr>>.

²¹⁰ *European Convention on Human Rights*, *supra* note 207, art. 41.

²¹¹ *Avena*, *supra* note 98.

an end to the violation found and to redress so far as possible the effects.²¹² In recent years, however, the Court, in certain circumstances, feels it necessary to go forward. In certain situations “[p]our aider l’État défendeur à remplir ses obligations au titre de l’article 46 [de la Convention], la Cour a cherché, à titre purement indicatif, le type de mesures que l’État [défendeur] pourrait prendre pour mettre un terme à la situation structurelle constatée en l’espèce”.²¹³ Moreover, in some cases—where there is in fact no choice as to the type of remedy to be provided, the Court includes the relevant indication in the *dispositif* of its judgment. Thus, in Article 5 cases—concerning flagrant violations of the right to personal liberty and security – the Court has ruled that the respondent State must secure the applicant’s release.²¹⁴ This approach which is based on the principle of *restitutio in integrum*²¹⁵ shall also be followed, according to several judges of the European Court in those Article 6 cases which concern flagrant violations of the right to fair trial, where the re-trial shall be ordered.²¹⁶ The stringent control of the Court over the measures taken by the respondent States domestically, in order to implement its findings, is even more significant in the so-called “pilot judgment” procedure, when the Court decides the leading case out of a group of largely similar complaints and then allots time to the State concerned to introduce the appropriate domestic remedy in respect of the violation found; the remaining complaints concerning the same subject meanwhile remain frozen, if the remedy introduced is found by the Court to be effective and available, those complaints will be disposed of, if not, the Court will resume the proceedings.²¹⁷

²¹² See, among many other authorities, for example, *Scozzari and Giunta v. Italy*, nos. 39221/98 and 41963/98 [2000] VIII E.C.H.R. at 249; *Bersunkayeva v. Russia*, no. 27233/03, E.C.H.R. at para. 157, online: ECHR <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Bersunkayeva&sessionid=55636187&skin=hudoc-fr>>.

²¹³ *Deneş et Autres c. Roumanie*, no. 25862/03 (2009), E.C.H.R. at para. 65, online: ECHR <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=23&portal=hbkm&action=html&highlight=Deneş%u015F&sessionid=55636187&skin=hudoc-fr>>.

²¹⁴ *Assanidzé c. Géorgie* [GC], no. 71503/01 (2004), E.C.H.R. at para. 203 and *dispositif*, at 14 (a), online: ECHR <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=56&portal=hbkm&action=html&highlight=g%E9orgie&sessionid=55636187&skin=hudoc-fr>>; *Aleksanyan v. Russia*, no. 46468/06, E.C.H.R. at 240 and *dispositif*, at 9, online: ECHR <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=7&portal=hbkm&action=html&highlight=Aleksanyan&sessionid=55636187&skin=hudoc-fr>>.

²¹⁵ *Case concerning the Factory at Chorzów*, P.C.I.J. (Ser. A) No. 17 at 47.

²¹⁶ *Vladimir Romanov v. Russia*, no. 41461/02, E.C.H.R. Joint Concurring Opinion of Judges Spielmann and Malinverni, online: ECHR <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Vladimir%20%20Romanov%20%2041461/02&sessionid=55636486&skin=hudoc-fr>>. *Salduz v. Turkey* [GC], no. 36391/02 (2008), E.C.H.R. Joint Concurring Opinion of Judges Rozakis, Spielmann, Ziemele and Lazarova Trajkovska, online: ECHR <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=79&portal=hbkm&action=html&highlight=salduz&sessionid=55636486&skin=hudoc-fr>> [*Salduz v. Turkey*, Concurring Opinion of Judges Rozakis, Spielmann, Ziemele and Lazarova Trajkovska]. This approach is also followed in some of the views adopted by the UN Human Rights Committee on individual petitions, see e.g.: *Maleki v. Italy*, no. 699/1996, [1999] at 11. The relevant considerations are however currently normally included in the judgments’ reasoning, see e.g.: *R.R. c. Italie*, no. 42191/02, [2005] at 76.

²¹⁷ For a recent example see: *Burdov v. Russia (no. 2)*, no. 33509/04 (2009), E.C.H.R. at para. 6-8 of *dispositif*, online: ECHR <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=85&portal=hbkm&action=html&highlight=burdov%20%20v.%20%20russia&sessionid=55636486&skin=hudoc-fr>>.

The *Avena*²¹⁸ interpretation proceedings is thus a very good example of a gradually increasing role of the international judiciary in the oversight of the enforcement of their own rulings, since it is essential that in their judgments – especially those that concern the rights of the individuals – the Court should not merely give as precise a description as possible of the nature of the international law violation found but should also indicate to the State concerned in the operative provisions, if the circumstances of the case so require, the measures it considers the most appropriate to redress the violation.²¹⁹

III. *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*²²⁰

Les événements qui ont débuté au mois d'août 2008 en Ossétie du Sud et Abkhazie entre la Géorgie et la Fédération de Russie (« Russie ») ont donné lieu à la saisine de trois juridictions internationales par la Géorgie à l'encontre de la Russie en alléguant la mise en œuvre d'un nettoyage ethnique, la violation de la *Convention européenne des droits de l'homme* et de la *Convention des Nations unies sur l'élimination de la discrimination raciale de 1965* (la *Convention*)²²¹. Cette chronique ne traitera que de la demande en indication de mesures conservatoires devant la Cour internationale de justice (C.I.J. ou la Cour) qui accompagnait la requête introductive instance déposée par la Géorgie contre la Russie le 12 août 2008.

Pour mémoire, à la fin du mois de juillet et au début du mois d'août 2008, des forces séparatistes bombardèrent des villages abritant des personnes de souche géorgienne en Abkhazie et en Ossétie du Sud. En réponse, les forces armées géorgiennes lancèrent une opération de grande ampleur le 7 août 2008²²².

²¹⁸ *Avena*, *supra* note 98.

²¹⁹ *Salduz v. Turkey*, Concurring Opinion of Judges Rozakis, Spielmann, Ziemele and Lazarova Trajkovska, *supra* note 216 at 13. See also: *Panovits v. Cyprus*, no. 4268/04 (2008), E.C.H.R. Joint Concurring Opinion of Judges Spielmann and Jebens at 18, online: ECHR <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=9&portal=hbkm&action=html&highlight=PANOVITS%20%20CYPRUS&sessionid=55636486&skin=hudoc-fr>>; *Pishchalnikov v. Russia*, no. 7025/04 (2009), E.C.H.R. Concurring Opinion of Judge Spielmann, at para. 4, online: ECHR <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Pishchalnikov%20%207025/04&sessionid=55636755&skin=hudoc-fr>>.

²²⁰ *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, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/140/14800.pdf>> [*Géorgie c. Russie*].

²²¹ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 R.T.N.U. 195 (entrée en vigueur : 4 janvier 1969) [*Convention sur l'élimination de la discrimination*]. Sur ces différentes saisines voir : Antonella Sampo, « Le conflit en Géorgie et la justice internationale » (31 août 2008), en ligne : Sentinelle <<http://www.sfdi.org/actualites/a2008/Sentinelle%20157.htm#georgie4>>.

²²² *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 18.

Le 8 août 2008, la Russie a lancé une opération militaire de grande ampleur en Géorgie pour, selon elle, protéger ses soldats de la paix²²³ et ses ressortissants des attaques et des persécutions continuelles dont ils feraient l'objet dans les Républiques séparatistes d'Abkhazie et d'Ossétie du Sud.

Au contraire, pour la Géorgie, le 8 août 2008, la Russie, prêtant main forte aux séparatistes en Ossétie du Sud et en Abkhazie, a entrepris une véritable invasion militaire du territoire géorgien, qui est à l'origine de centaines de morts parmi la population civile, de destructions massives de biens de caractère civil et du départ de la quasi-totalité de la population de souche géorgienne de l'Ossétie du Sud²²⁴. De plus, selon la Géorgie, le 13 août 2008, les forces armées russes, opérant de concert avec les miliciens séparatistes sud-ossètes et des mercenaires étrangers, auraient entrepris une campagne de nettoyage ethnique contre les personnes de souche géorgienne, ainsi que de pillages et de destructions massives dans les villages jouxtant l'Ossétie du Sud²²⁵. C'est cette opération militaire qui est à l'origine de la saisine de la Cour.

Cela étant, devant la Cour, la Géorgie a argué que le conflit en lui-même avait une histoire qui remontait au début des années 1990 et aux événements qui ont suivi la désintégration de l'Union soviétique²²⁶. Suite au refus du Soviet suprême de Géorgie d'octroyer au Soviet régional d'Ossétie du sud le statut de République autonome le 28 novembre 1990, un violent conflit a éclaté au cours de l'année 1991. La période qui a suivi l'indépendance de la Géorgie (en 1991) a également été marquée par des violences de la part de chaque camp, la plupart des attaques étant dirigées contre des Géorgiens de souche à l'intérieur des deux républiques, qui furent fréquemment l'objet d'expulsions et de destructions de biens. Les tensions aboutirent à la signature d'un cessez-le-feu sous l'égide de la Communauté des États

²²³ La Russie participe à deux forces de paix en territoire géorgien sous l'égide de la Communauté des États indépendants : d'une part, la Force conjointe de maintien de la paix en Ossétie du Sud (JPKF), créée par l'Accord de Sochi (Damogys) du 24 juin 1992 entre la Russie, la Géorgie et les autorités d'Ossétie du Nord et d'Ossétie du Sud, est composée de contingents russes, géorgiens et ossètes. Sa mission est d'établir la paix et de maintenir l'ordre civil en assurant le contrôle du cessez-le-feu, le retrait des forces militaires, la dissolution des forces d'autodéfense, la sécurité dans la région et la démilitarisation de la zone de conflit. D'autre part, la Force de maintien de la paix sur la frontière géorgio-abkhaze (CISPKF), composée exclusivement de troupes russes, est chargée, en vertu de l'Accord de Moscou de 1994 entre la Géorgie et les autorités abkhazes, de faire respecter le cessez-le-feu, de garantir le retour des réfugiés et des personnes déplacées, de surveiller l'application de l'accord mettant en place une zone de sécurité et une zone d'armement limité en Abkhazie. La Russie a indiqué que les renforts envoyés et les opérations militaires menées dans ces deux régions étaient fondés sur la nécessité de protéger les soldats russes participant à ces deux opérations. Selon elle, l'armée géorgienne et les contingents géorgiens les ont attaqués, faisant plusieurs morts et des blessés. Aude Vasseur-Rivollet, « Conflit en Géorgie et mandat des forces russes de maintien de la paix » (31 août 2008), en ligne : Sentinelle <<http://www.sfdi.org/actualites/a2008/Sentinelle%20157.htm#georgie3>>.

²²⁴ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 28.

²²⁵ *Ibid.* au para. 29.

²²⁶ Voir l'analyse géopolitique de Phoebe Okowa, « L'affaire Géorgie c. Russie : un commentaire » (26 janvier 2009), en ligne : The Hague Justice Portal <<http://www.haguejusticeportal.net/smartsite.html?id=10221&Lang=FR>>.

indépendants et le déploiement d'une force de maintien de la paix menée par les Russes²²⁷.

Ainsi, alors que, d'un point de vue objectif, l'on aurait pu s'attendre à une instance portant sur la licéité du recours à la force par la Russie, la Géorgie, consciente de l'absence d'un fondement à la compétence de la Cour pour décider de cette question (ni la Russie, ni la Géorgie n'ont accepté la clause facultative de juridiction obligatoire de la Cour), a alors argué la violation de la *Convention*.

La Géorgie a en effet soutenu devant la Cour que, de 1990 à 1994, la Russie avait appuyé les séparatistes dans le cadre d'attaques et d'expulsions massives visant les personnes de souche géorgienne habitant dans ces régions²²⁸. La Russie, selon la Géorgie, aurait mis en œuvre une politique de « nettoyage ethnique » en Ossétie du sud et Abkhazie en pérennisant les changements démographiques acquis par les paramilitaires séparatistes grâce au déplacement des personnes de souche géorgienne, en faisant obstacle à leur retour et en accordant la nationalité russe aux seules personnes n'étant pas de souche géorgienne²²⁹. L'opération débutée le 8 août 2008, aurait été orchestrée par la Russie comme faisant partie de sa campagne de discrimination à l'encontre des personnes de souche géorgienne, le pillage et la destruction des villages géorgiens visant à empêcher le retour de ces personnes dans ces deux régions²³⁰.

Ainsi, se plaçant dans le sillage de l'épuration ethnique et de la discrimination raciale, la Géorgie a fondé la compétence de la Cour sur l'article 22 de la *Convention* disposant que

tout différend entre deux ou plusieurs États parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de [j]ustice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties au différend ne conviennent d'un autre mode de règlement.

Elle prétend en son nom propre et en qualité de *parens patriae*, que la Fédération de Russie,

par l'intermédiaire de ses organes et agents et d'autres personnes et entités exerçant une autorité gouvernementale, ainsi que par l'intermédiaire des forces séparatistes sud-ossètes et abkhazes et d'autres agents opérant sur ses instructions et sous sa direction et son contrôle, s'est rendue responsable de violations graves des obligations fondamentales que lui impose la CIEDR, notamment en ses articles 2, 3, 4, 5 et 6.²³¹

²²⁷ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 8.

²²⁸ *Ibid.* au para. 7.

²²⁹ *Ibid.* aux para. 10-12.

²³⁰ *Ibid.* aux para. 28-31.

²³¹ *Ibid.* au para. 20.

Le 14 août 2008, la Géorgie, invoquant l'article 41 du *Statut* de la Cour²³² et les articles 73, 74 et 75 du *Règlement*²³³, a présenté une demande en indication de mesures conservatoires²³⁴, dans l'attente de l'arrêt de la Cour, à l'effet de sauvegarder les droits qu'elle tient de la *Convention* s'agissant de « protéger ses ressortissants des violences à caractère discriminatoire que leur infligent les forces armées russes opérant de concert avec des milices séparatistes et des mercenaires étrangers »²³⁵.

La demande géorgienne n'allait pas sans difficultés. Non seulement elle devait convaincre la Cour que l'objet du différend entre la Géorgie et la Russie portait réellement sur l'application de la *Convention* (et non sur la licéité de l'emploi de la force) (A), mais aussi que les conditions de fond nécessaires à l'ordonnance des mesures conservatoires étaient réunies (notamment l'urgence) alors que, selon la Géorgie, il s'agit de violations continues et systématiques qui remontent au début des années 1990 (B). C'est à une très courte majorité (sept juges dissidents) que la Cour a dicté des mesures conservatoires à l'encontre des deux parties.

A. La compétence de la Cour pour dicter des mesures conservatoires

Il est de jurisprudence constante qu'

en présence d'une demande en indication de mesures conservatoires la Cour n'a pas besoin, avant de décider d'indiquer ou non de telles mesures, de s'assurer d'une manière définitive qu'elle a compétence quant au fond de l'affaire, mais qu'elle ne peut cependant indiquer ces mesures que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée.²³⁶

²³² *Statut de la Cour internationale de justice*, annexe à la *Charte des Nations unies*, 26 juin 1945, 15 C.N.U.O.I. 365 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945), en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>> [*Statut*].

²³³ Voir *Règlement*, *supra* note 6.

²³⁴ Il s'agissait de : (i.) s'abstenir « de tout nouvel acte ou pratique de discrimination fondée sur l'origine ethnique contre des citoyens géorgiens ». La Géorgie demande également que cette protection s'applique aux civils dans les territoires sous occupation ou contrôle effectif des forces russes; (ii.) s'abstenir « de tout nouvel acte entraînant la reconnaissance de la ségrégation fondée sur l'origine ethnique pratiquée à l'encontre de citoyens géorgiens ou rendant celle-ci permanente par le déplacement forcé ou le déni du droit au retour des personnes déplacées, en Ossétie-du-Sud, en Abkhazie et dans les territoires voisins »; (iii.) s'abstenir « de tout nouvel acte tel que des citoyens géorgiens soient empêchés de jouir de droits de l'homme fondamentaux, en particulier du droit à la sûreté de la personne et à la protection contre les voies de fait ou les sévices »; et (iv.) s'abstenir « de tout acte privant les citoyens géorgiens soumis à leur juridiction d'une protection et d'une voie de recours effectives contre les actes de discrimination fondée sur l'origine ethnique et les violations des droits de l'homme », *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 33.

²³⁵ *Ibid.* au para. 24.

²³⁶ *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 à la p. 21, au para. 30 [*Cameroun c. Nigéria*]; *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 à la p. 179, au para. 24 [*Nicaragua*]; *Affaire du passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, Ordonnance du 29 juillet 1991, [1991] C.I.J. rec. 12 à la p. 15, 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 à la p. 255, au para. 255.

Dans l'espèce, trois questions procédurales furent posées et analysées par la Cour : l'objet du différend porte-t-il réellement sur l'application de la *Convention* et donc la Cour était-elle compétente sur la base de l'article 22 de la *Convention* (1)? La Géorgie pouvait-elle saisir la Cour directement sans avoir recours aux négociations ou aux procédures prévues par l'article 22 de la *Convention* (2)? La *Convention* est-elle applicable extraterritorialement par rapport à la Russie? (3).

1. L'OBJET DU DIFFEREND

La compétence *prima facie* signifie que l'absence de compétence doit être manifeste pour empêcher à la Cour de connaître de l'affaire et entraîner la radiation de celle-ci du rôle²³⁷. C'est le cas, par exemple, lorsque l'État défendeur a présenté une réserve à la clause juridictionnelle invoquée par l'État demandeur comme fondement de la compétence de la Cour. Il n'est donc pas surprenant que le test sur la compétence *prima facie* faille rarement : en bref, la Cour est satisfaite si elle constate que le titre de compétence existe et paraît couvrir les demandes de l'État demandeur.

La Cour a également précisé dans sa jurisprudence qu'elle se défend de dicter des mesures conservatoires qui n'aient pas pour objet la protection des droits subjectifs qui pourraient ultérieurement faire l'objet d'une décision sur le fond. Ainsi, dans les affaires sur la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour a indiqué :

Considérant que, à l'effet d'établir, même *prima facie*, si un différend au sens de l'article IX de la [C]onvention sur le génocide existe, la Cour ne peut se borner à constater que l'une des parties soutient que la convention s'applique alors que l'autre le nie; et que, au cas particulier, elle doit rechercher si les violations de la [C]onvention alléguées par la Yougoslavie sont susceptibles d'entrer dans les prévisions de cet instrument et si, par suite, le différend est de ceux dont la Cour pourrait avoir compétence pour connaître *ratione materiae* par application de l'article IX.²³⁸

Or, dans cette même affaire, la Cour a constaté que

le recours ou la menace du recours à l'emploi de la force contre un État ne sauraient en soi constituer un acte de génocide au sens de l'article II de la [C]onvention sur le génocide; et que, de l'avis de la Cour, il n'apparaît pas au présent stade de la procédure que les bombardements qui constituent l'objet de la requête yougoslave comporte[nt] effectivement l'élément

²³⁷ *Affaire relative à la compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Islande)*, Ordonnance du 17 août 1972, [1972] C.I.J. rec. 12 à la p. 34, au para. 38; *Cameroun c. Nigéria*, *supra* note 236 à la p. 21, au para. 31; *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Ordonnance du 3 mars 1999, [1999] C.I.J. rec. 9 à la p. 15, aux para. 15-18; *Nicaragua*, *supra* note 236 à la p. 179, au para. 25; *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, Ordonnance du 15 décembre 1979, [1979] C.I.J. rec. 7 à la p. 14, au para. 18 [*Personnel diplomatique*].

²³⁸ *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, Ordonnance du 2 juin 1999, [1999] C.I.J. rec. 124 à la p. 137, au para. 68 [*Licéité de l'emploi de la force*].

d'intentionnalité, dirigé contre un groupe comme tel, que requiert la disposition suscitée.²³⁹

Dans l'espèce, la Russie a mis en cause la compétence *prima facie* de la Cour en arguant que le différend dont la Géorgie avait saisi la Cour n'était pas un différend sur la discrimination raciale relevant donc de la *Convention*, mais un différend touchant au recours à la force, aux principes d'intégrité territoriale et d'autodétermination, à la non-ingérence dans les affaires intérieures des États, aux activités armées et au droit international humanitaire²⁴⁰. En conséquence, la demande en indication de mesures conservatoires devait, selon la Russie, être rejetée et l'affaire radiée du rôle. Bref, comme l'a indiqué Elodie Tranchez à juste titre,

la Russie laisse ainsi entendre que par sa stratégie, son "saupoudrage cosmétique" pour reprendre les termes d'Alain Pellet (para. 12, p. 30), la Géorgie souhaite que la Cour règle le différend opposant les deux États autour de la question du recours à la force, et non de la discrimination raciale présenté comme un "artifice juridique" par la Russie. Et on doute fort en effet que la Russie accepte de soumettre un différend relatif au recours à la force devant la Cour.²⁴¹

Or, le fait que l'essentiel du différend « réel » porte sur la licéité de l'emploi de la force et la violation du droit international humanitaire, n'exclut pas automatiquement et nécessairement l'existence parallèle d'actes de discrimination raciale. La Cour a reconnu que certains aspects du différend soulevaient des questions de droit international humanitaire. Cependant, elle observa que le fait que le différend implique des questions qui relèvent de domaines du droit international qui ne sont pas plaidées par l'État requérant, ne l'empêche pas d'entendre celles de ces questions qui entrent strictement dans le cadre des dispositions de la *Convention*²⁴². Étant uniquement appelée à se prononcer sur sa compétence *prima facie*, la Cour a noté qu'il existait bien un différend entre les parties sur l'applicabilité de la *Convention* à des faits qui « paraissent pouvoir porter atteinte à des droits conférés par la [*Convention*] »²⁴³.

²³⁹ *Ibid.* à la p. 138, au para. 40.

²⁴⁰ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 aux para. 95 et s.

²⁴¹ Elodie Tranchez, « La Cour ordonne des mesures conservatoires aux deux parties dans l'affaire relative à l'application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (*Géorgie c. Fédération de Russie*) » (26 octobre 2008), en ligne : Sentinelle <<http://www.sfdi.org/actualites/a2008/Sentinelle%20164.htm#cij>>.

²⁴² La Cour a souligné à ce titre que : « en outre, les actes allégués par la Géorgie paraissent pouvoir porter atteinte à des droits conférés par la CIEDR, même si certains de ces actes pourraient également être couverts par d'autres règles de droit international, notamment de droit humanitaire; et que ces éléments suffisent, à ce stade, à établir l'existence, entre les Parties, d'un différend pouvant relever des dispositions de la CIEDR, condition nécessaire de la compétence *prima facie* de la Cour au titre de l'article 22 de la convention ». Voir *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 112.

²⁴³ *Ibid.*

La décision de la Cour donne au lecteur un certain sentiment d'artificialité, comme n'ont pas manqué de le souligner les juges dissidents. En tant qu'organe judiciaire, la Cour ne peut exercer ses fonctions que si un différend réel et actuel existe entre les parties sur la question litigieuse portée à sa connaissance²⁴⁴, soit, dans l'espèce, la violation de la *Convention*. Cette détermination doit être réalisée d'une façon objective. Certes, la souplesse de la formule *Mavrommatis* sur ce que constitue un différend²⁴⁵ permettait à la Cour de constater l'existence d'un différend sur l'application de la *Convention* dans la mesure où l'une des parties affirmait l'application et la violation de la *Convention* et l'autre met en cause l'application de celle-ci. Pourtant, force est de constater que, comme l'ont souligné les juges dissidents, la Cour

s'est contentée de constater qu'un différend paraît exister sur l'interprétation et l'application de la CIEDR parce que les deux [p]arties ont montré leur désaccord sur l'applicabilité des articles 2 et 5 de la [C]onvention. Autrement dit, une argumentation développée à l'audience devient la preuve de l'existence d'un différend entre les [p]arties.²⁴⁶

En effet, lors des semaines ayant précédé la saisine de la Cour par la Géorgie, les parties s'étaient accusés mutuellement au sein de diverses organisations internationales – et notamment dans le cadre du Conseil de sécurité des Nations unies – de recours illicite à la force, d'ingérence dans les affaires internes, d'atteinte à la souveraineté et à l'intégrité territoriale, mais la Géorgie n'a à aucun moment accusé la Russie d'actes de discrimination raciale avant le dépôt de sa requête²⁴⁷. L'on peut ainsi douter qu'un différend réel sur la *Convention* existait à la date de la saisine.

²⁴⁴ « La Cour, comme organe juridictionnel, a pour tâche de résoudre des différends existant entre États. L'existence d'un différend est donc la condition première de l'exercice de sa fonction judiciaire; on ne peut se contenter à cet égard des affirmations d'une partie car "l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement" par la Cour (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase*, avis consultatif, [1950] C.I.J. rec. 65 à la p. 74). Le différend dont la Cour a été saisie doit donc persister au moment où elle statue. Elle doit tenir compte de toute situation dans laquelle le différend a disparu parce que l'objet de la demande a été atteint d'une autre manière. Si les déclarations de la France concernant la cessation effective des expériences nucléaires ont la portée que la Cour a décrite, autrement dit si elles ont éliminé le différend, il faut en tirer les conséquences qui s'imposent ». Voir *Essais nucléaires (Australie c. France)*, *supra* note 71 aux pp. 270-71.

²⁴⁵ Selon la formule maintes fois répétée dans la jurisprudence internationale, un différend est défini comme « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes ». Voir *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)* (1924), C.P.J.I. (sér. A) n°2 à la p. 11 [*Mavrommatis*].

²⁴⁶ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220, Opinion dissidente commune de M. le juge Al-Khasawneh, vice-président, et de MM. les juges Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna et Skotnikov, (15 octobre 2008), au para. 10, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org/docket/files/140/14804.pdf>> [*Géorgie c. Russie*, Opinion dissidente].

²⁴⁷ *Ibid.* au para. 12.

2. LA RECEVABILITE DE LA DEMANDE GEORGIENNE

Si un traité prévoit que la saisine de la Cour doit être précédée de certaines conditions ou actes préalables, le demandeur doit démontrer que ces conditions préalables étaient réunies à la date du dépôt de sa requête, sans quoi la demande devra être déclarée irrecevable²⁴⁸.

Dans l'espèce, la Russie arguait que l'article 22 de la *Convention* contient des obligations procédurales pour pouvoir saisir la Cour : « tout différend entre deux ou plusieurs États parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention » sera porté devant la Cour internationale de justice. La Russie estimait que cette disposition prévoit une obligation de négocier ou de se référer aux procédures prévues par la *Convention* or, la Géorgie, n'ayant pas entamé de négociations ou de procédures prévues par la *Convention*, ne pouvait saisir la Cour²⁴⁹.

Une question similaire s'était posée dans l'instance initiée en 2002 dans l'affaire sur les *Activités armées sur le territoire du Congo* quant à l'article 29 de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*²⁵⁰. La Cour avait alors conclu que l'article 29 posait des conditions préalables à la saisine de la Cour et « qu'à ce stade de la procédure, le Congo n'apporte pas la preuve que ses tentatives en vue d'entamer des négociations ou d'engager une procédure d'arbitrage avec le Rwanda [...] visaient l'application de l'article 29 de la [C]onvention »²⁵¹.

En l'espèce, la Cour a rejeté l'argument selon lequel les procédures visées à l'article 22 constituent des conditions préalables auxquelles il doit être satisfait avant toute saisine. Contrairement à l'article 29 ci-dessous cité, l'article 22 de la *Convention* ne contient pas des dispositions précises d'ordre temporelle et processuelle conditionnant la saisine de la Cour. C'est ainsi que la Cour estime que l'article 22 « n'est pas structuré de la même façon que les dispositions de certains autres instruments exigeant qu'un certain temps se soit écoulé ou qu'un arbitrage ait été

²⁴⁸ « Considérant que, sans se prononcer sur la question de savoir si, en présence d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour doit, avant de décider d'indiquer ou non de telles mesures, s'assurer que la requête dont elle est saisie est *prima facie* recevable, elle est d'avis qu'en l'espèce la requête consolidée du Cameroun n'apparaît pas *prima facie* irrecevable au regard des exceptions préliminaires soulevées par le Nigéria ». Voir *Cameroun c. Nigéria*, *supra* note 236 à la p. 21, au para. 33.

²⁴⁹ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 113.

²⁵⁰ « Tout différend entre deux ou plusieurs États parties concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention qui n'est pas 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 [...], 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 ». Voir *Convention concernant l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 R.T.N.U. 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981).

²⁵¹ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, Ordonnance du 10 juillet 2002, [2002] C.I.J. rec. 219 aux para. 78-79.

entrepris avant qu'une quelconque instance puisse être introduite devant la Cour »²⁵². Elle conclut que

la formule "[t]out différend ... qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues" par la [C]onvention, prise dans son sens naturel, ne donne pas à penser que la tenue de négociations formelles au titre de la [C]onvention ou le recours aux procédures visées à l'article 22 constituent des conditions préalables auxquelles il doit être satisfait avant toute saisine de la Cour.²⁵³

3. APPLICATION *RATIONAE LOCI* DE LA *CONVENTION*

Dans sa requête introductive d'instance, certaines demandes de la Géorgie sont fondées sur des actes et omissions de personnes exerçant l'autorité du gouvernement russe ou d'autres personnes agissant sur les instructions de la Russie ou sous sa direction et son contrôle, en territoire géorgien, notamment en Abkhazie et en Ossétie du Sud, ainsi que dans d'autres régions de la Géorgie occupées *de facto* par les forces militaires russes²⁵⁴. Les actes de discrimination raciale dont se plaignait la Géorgie furent donc commis en dehors du territoire russe. Or, la Russie a argué que, à la lumière de l'article 29 de la *Convention de Vienne sur les droits des traités*²⁵⁵, et dans l'absence de disposition expresse dans la *Convention*, le principe demeurerait celui de la territorialité de la *Convention*²⁵⁶.

Selon la jurisprudence de la Cour en la matière : « c'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'État en raison d'actes concernant d'autres États »²⁵⁷. Récemment la C.I.J. a observé que

si la compétence des États est avant tout territoriale, elle peut parfois s'exercer hors du territoire national. Compte tenu de l'objet et du but du [P]acte international relatif aux droits civils et politiques, il apparaîtrait naturel que, même dans cette dernière hypothèse, les États parties au [P]acte soient tenus d'en respecter les dispositions²⁵⁸.

²⁵² *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 114.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.* au para. 24.

²⁵⁵ « À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire ». Voir *Convention de Vienne*, *supra* note 39, art. 29.

²⁵⁶ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 100.

²⁵⁷ *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. 118.

²⁵⁸ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Avis consultatif, [2004] C.I.J. rec. 136 aux para. 109, 111-12. Cette jurisprudence dément la jurisprudence *Banković* de la CEDH, qui, de façon surprenante, est venue rompre une position harmonieuse des tribunaux internationaux sur l'étendue extraterritoriale des compétences étatiques dont l'exercice pourrait violer les droits de l'homme. On rappellera que dans cette affaire, la CEDH., ayant eu à décider si les victimes des bombardements par l'O.T.A.N. d'une installation civile située à Belgrade étaient « sous la juridiction » des États parties à la *Convention européenne des droits de l'homme*, a estimé que « du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un État est

et a conclu que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est applicable aux actes d'un Etat agissant dans l'exercice de sa compétence en dehors de son propre territoire.

À ce stade des mesures conservatoires²⁵⁹, la Cour s'est prononcé uniquement sur la potentielle application extraterritoriale des articles 2 et 5 de la *Convention* :

la CIEDR ne prévoit aucune limitation générale de son champ d'application territorial; qu'elle note en outre qu'en particulier ni l'article 2 ni l'article 5 de la CIEDR, dont la Géorgie invoque la violation, ne contiennent de limitation territoriale spécifique; et qu'elle en conclut que ces dispositions de la CIEDR, à l'instar d'autres dispositions d'instruments de même nature, paraissent généralement applicables aux actes d'un État partie lorsque celui-ci agit hors de son territoire.²⁶⁰

Pour mémoire, et comme il ressort de la décision de la Cour, bien qu'on ait pu parler dans la jurisprudence internationale de « responsabilité extraterritoriale »²⁶¹, cette expression est malencontreuse. En effet, parler de « responsabilité extraterritoriale » du point de vue de l'attribution est superflu : le lieu où le fait de l'organe ou de l'agent s'est déroulé n'a aucune incidence dans l'opération

principalement territoriale ». Dès lors, la responsabilité des États parties pour des actes extraterritoriaux est extraordinaire : « En conformité avec la notion essentiellement territoriale de juridiction, la Cour n'a admis que dans des circonstances exceptionnelles que les actes des États contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire peuvent s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction au sens de l'article 1 de la Convention » et plus particulièrement « il ressort de sa jurisprudence que la Cour n'admet qu'exceptionnellement qu'un État contractant s'est livré à un exercice extraterritorial de sa compétence : elle ne l'a fait jusqu'ici que lorsque l'État défendeur, au travers du contrôle effectif exercé par lui sur un territoire extérieur à ses frontières et sur ses habitants par suite d'une occupation militaire ou en vertu du consentement, de l'invitation ou de l'acquiescement du gouvernement local, assumait l'ensemble ou certains des pouvoirs publics relevant normalement des prérogatives de celui-ci ». Appliquée au cas d'espèce, la CEDH. a estimé que les victimes n'étaient pas sous la juridiction des États parties et n'étaient donc pas protégées par la *Convention européenne des droits de l'homme*. Voir *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants* [GC] (déc.), n° 52207/99, [2001] XII C.E.D.H. 1, aux para. 59-66, 80 [*Banković*]. La jurisprudence *Banković* a été fortement critiquée parce qu'elle imposerait un revirement de jurisprudence fondée sur une interprétation erronée et contraire au but et à l'objet de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Voir par ex. Erik Roxtrom, Mark Gibney et Terje Einarsen, « The NATO Bombing Case (Banković et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection » (2005) 23 B.U. Int'l L.J. 55.

²⁵⁹ Il est de jurisprudence constante que la Cour n'a pas de compétence pour trancher des questions relevant du droit de la responsabilité internationale dans le stade des demandes de mesures conservatoires : « la Cour, dans le cadre de la présente procédure concernant l'indication de mesures conservatoires, n'est pas habilitée à conclure définitivement sur les faits ou leur imputabilité et que sa décision doit laisser intact le droit de chacune des Parties de contester les faits allégués contre elle, ainsi que la responsabilité qui lui est imputée quant à ces faits, et de faire valoir, le cas échéant, ses moyens sur le fond ». Voir *Cameroun c. Nigeria*, *supra* note 236 au para. 43. Voir aussi *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, [1992] C.I.J. rec. 114 au para. 41.

²⁶⁰ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 109.

²⁶¹ *Banković*, *supra* note 259 au para. 62.

d'attribution de cet acte à un État. Les actes des organes et agents, ainsi que les actes des particuliers dirigés par l'État, sont attribuables à l'État, qu'ils soient réalisés sur son territoire ou à l'extérieur. Par conséquent, l'expression « responsabilité extraterritoriale » n'a de sens que du point de vue de l'obligation violée²⁶². En l'espèce, la Cour a décidé que les articles 2 et 5 de la *Convention* sont bien d'application extraterritoriale, tout en prenant la précaution de préciser, s'agissant du contrôle aux fins de l'attribution d'un fait illicite, qu'elle « note des incertitudes qui demeurent quant à la question de savoir qui y détient l'autorité »²⁶³.

B. Les conditions substantielles

En accord avec sa jurisprudence traditionnelle, la Cour a rappelé que

le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que la Cour tient de l'article 41 de son Statut a pour objet de sauvegarder le droit de chacune des parties en attendant qu'elle rende sa décision, afin qu'un préjudice irréparable ne soit pas causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire; qu'il s'ensuit que la Cour doit se préoccuper de sauvegarder par de telles mesures les droits que l'arrêt qu'elle aura ultérieurement à rendre pourrait éventuellement reconnaître, soit au demandeur, soit au défendeur.²⁶⁴

Etait ainsi posée la « condition essentielle et nécessaire »²⁶⁵ pour que des mesures provisoires puissent être dictées : le « lien doit donc être établi entre les droits allégués dont la protection est recherchée par les mesures conservatoires sollicitées et l'objet de la demande principale soumise à la Cour »²⁶⁶. Conformément à cette jurisprudence, la Cour ne doit pas indiquer de mesures tendant à protéger des

²⁶² Comme l'a indiqué madame la professeur Dipla, « l'élément qui ne permettrait pas au fait illicite de se réaliser n'est pas celui de l'attribution mais celui de l'infraction. Les actes des organes de l'État Partie sont bel et bien imputables à celui-ci où qu'ils soient accomplis ». Voir Haritini Dipla, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme : Problèmes d'imputation*, Paris, A. Pedone, 1994 à la p. 46. C'est notamment dans ce sens que la Commission interaméricaine des droits de l'homme a interprété le problème dans l'affaire *Coard* : elle a en effet parlé de « l'application extraterritoriale de la Déclaration américaine des droits de l'homme ». Voir *Coard et al. v. United States* (1999), Inter-Am Comm. H.R. No. 109/99, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights : 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106/doc. 3 1283 au para. 37. Voir notamment John Cerone, «The Application of Regional Human Rights Law Beyond Regional Frontiers : The Inter-American Commission on Human Rights and US Activities in Iraq» (25 octobre 2005), en ligne : American Society of International Law <<http://www.asil.org/insights/2005/10/insights051025.html>>.

²⁶³ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 143.

²⁶⁴ *Ibid.* au para. 118.

²⁶⁵ « Considérant que, d'après ce texte, la condition essentielle et nécessaire pour que des mesures conservatoires puissent, si les circonstances l'exigent, être sollicitées, est que ces mesures tendent à sauvegarder les droits objet du différend dont la Cour est saisie ». Voir *Affaire concernant la réforme agraire polonaise et minorité allemande*, Ordonnance du 29 juillet 1933, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 58 à la p. 177.

²⁶⁶ *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 à la p. 327, en ligne : C.I.J. <<http://www.icj-cij.org/docket/files/139/14638.pdf>>.

droits en litige autres que ceux qui pourraient en définitive constituer la base d'un arrêt rendu dans l'exercice de la compétence prévue par l'article 22 de la *Convention*. Par conséquent, les mesures demandées par la Géorgie, doivent entrer dans le champ d'application de la *Convention* (1)²⁶⁷.

Par ailleurs, le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que la Cour tient de l'article 41 de son *Statut* présuppose qu'un préjudice irréparable puisse être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire pendante. Ainsi, des mesures conservatoires doivent être indiquées uniquement s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel qu'une action préjudiciable aux droits de l'une ou de l'autre partie soit commise avant que la Cour n'ait rendu sa décision définitive (2)²⁶⁸.

1. LE LIEN ENTRE LES DROITS ALLEGUES PAR LA GEORGIE ET LES MESURES CONSERVATOIRES DEMANDEES

Dans sa requête, la Géorgie invoquait comme droits propres et de ses ressortissants ayant été violés par la Russie les articles 2, 3, 4, 5 et 6 de la *Convention*. Dans sa demande en indication de mesures conservatoires, la Géorgie avançait que les droits suivants des personnes de souche géorgienne devaient être sauvegardés d'un préjudice irréparable de la part de la Russie (et des autorités séparatistes agissant sous sa direction et sous son contrôle) ainsi que dans les territoires sous occupation ou contrôle effectif des forces russes²⁶⁹ :

- le droit à ce que, conformément au paragraphe 1 de l'article 2²⁷⁰, les citoyens géorgiens ne souffrent pas d'actes ou pratiques de discrimination fondée sur l'origine ethnique;
- le droit à ce que, conformément à l'article 3²⁷¹, les citoyens géorgiens ne souffrent pas de ségrégation fondée sur l'origine ethnique notamment par le

²⁶⁷ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 127.

²⁶⁸ *Ibid.* aux para. 128-129.

²⁶⁹ *Ibid.* aux para. 107 et s.

²⁷⁰ Voir *Convention sur l'élimination de discrimination*, *supra* note 221, art. 2 : « 1. Les États parties condamnent la discrimination raciale et s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale et à favoriser l'entente entre toutes les races, et, à cette fin : a) Chaque État partie s'engage à ne se livrer à aucun acte ou pratique de discrimination raciale contre des personnes, groupes de personnes ou institutions et à faire en sorte que toutes les autorités publiques et institutions publiques, nationales et locales, se conforment à cette obligation; b) Chaque État partie s'engage à ne pas encourager, défendre ou appuyer la discrimination raciale pratiquée par une personne ou une organisation quelconque; c) Chaque État partie doit prendre des mesures efficaces pour revoir les politiques gouvernementales nationales et locales et pour modifier, abroger ou annuler toute loi et toute disposition réglementaire ayant pour effet de créer la discrimination raciale ou de la perpétuer là où elle existe; d) Chaque État partie doit, par tous les moyens appropriés, y compris, si les circonstances l'exigent, des mesures législatives, interdire la discrimination raciale pratiquée par des personnes, des groupes ou des organisations et y mettre fin; e) Chaque État partie s'engage à favoriser, le cas échéant, les organisations et mouvements intégrationnistes multiraciaux et autres moyens propres à éliminer les barrières entre les races, et à décourager ce qui tend à renforcer la division raciale ».

déplacement forcé ou le déni du droit des personnes déplacées de retourner dans leurs foyers en Ossétie du Sud, en Abkhazie et dans les territoires sous occupation ou contrôle effectif des forces russes;

- le droit à ce que, conformément à l'article 5²⁷², les citoyens géorgiens ne soient pas empêchés de jouir de droits de l'homme fondamentaux (droit à la sûreté de la personne et à la protection contre les voies de fait ou les sévices, droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur des frontières de la Géorgie, droit des personnes déplacées de retourner dans leurs foyers en toute sécurité, droit à la protection des habitations et des biens); et
- le droit à ce que, conformément à l'article 6²⁷³, les citoyens géorgiens reçoivent une protection et une voie de recours effective contre les actes de discrimination fondée sur l'origine ethnique et les violations des droits de l'homme.

Or, la Russie a argué que les mesures demandées par la Géorgie imposaient l'obligation de prévenir la discrimination raciale de la part des tiers alors que les

²⁷¹ « Les États parties condamnent spécialement la ségrégation raciale et l'apartheid et s'engagent à prévenir, à interdire et à éliminer sur les territoires relevant de leur juridiction toutes les pratiques de cette nature ». Voir *ibid.*, art. 3.

²⁷² « Conformément aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2 de la présente *Convention*, les États parties s'engagent à interdire et à éliminer la discrimination raciale sous toute ses formes et à garantir le droit de chacun à l'égalité devant la loi sans distinction de race, de couleur ou d'origine nationale ou ethnique, notamment dans la jouissance des droits suivants : a) Droit à un traitement égal devant les tribunaux et tout autre organe administrant la justice; b) Droit à la sûreté de la personne et à la protection de l'État contre les voies de fait ou les sévices de la part soit de fonctionnaires du gouvernement, soit de tout individu, groupe ou institution; c) Droits politiques, notamment droit de participer aux élections – de voter et d'être candidat – selon le système du suffrage universel et égal, droit de prendre part au gouvernement ainsi qu'à la direction des affaires publiques, à tous les échelons, et droit d'accéder, dans des conditions d'égalité, aux fonctions publiques; d) Autres droits civils, notamment : I / Droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État; II / Droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays; III / Droit à une nationalité; IV / Droit de se marier et de choisir son conjoint; V / Droit de toute personne, aussi bien seule qu'en association, à la propriété; VI / Droit d'hériter; VII / Droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; VIII / Droit à la liberté d'opinion et d'expression; IX / Droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques; e) Droits économiques, sociaux et culturels, notamment : I / Droits au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail, à la protection contre le chômage, à un salaire égal pour un travail égal, à une rémunération équitable et satisfaisante; II / Droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats; III / Droit au logement; IV / Droit à la santé, aux soins médicaux, à la sécurité sociale et aux services sociaux; V / Droit à l'éducation et à la formation professionnelle; VI / Droit de prendre part, dans des conditions d'égalité, aux activités culturelles; f) Droit d'accès à tous lieux et services destinés à l'usage du public, tels que moyens de transport, hôtels, restaurants, cafés, spectacles et parcs ». Voir *ibid.*, art. 5.

²⁷³ « Les États parties assureront à toute personne soumise à leur juridiction une protection et une voie de recours effectives, devant les tribunaux nationaux et autres organismes d'État compétents, contre tous actes de discrimination raciale qui, contrairement à la présente *Convention*, violeraient ses droits individuels et ses libertés fondamentales, ainsi que le droit de demander à ces tribunaux satisfaction ou réparation juste et adéquate pour tout dommage dont elle pourrait être victime par suite d'une telle discrimination ». Voir *ibid.*, art. 6.

articles 2 et 5 de la *Convention* n'énoncent nulle part cette obligation. En plus, ces mesures impliquaient l'obligation de contraindre d'autres acteurs (les autorités séparatistes), qui ne sont pas ses agents et qui ne sont pas responsables devant elle, à prendre des mesures destinées à assurer le respect de ses propres obligations conventionnelles. Ainsi, les mesures spécifiques et positives qui découleraient des demandes géorgiennes ne sauraient constituer l'objet de l'instance sur le fond. Bref, l'obligation de prévention ne pouvait être protégée par l'indication de mesures conservatoires²⁷⁴.

En l'espèce, la Cour a considéré « qu'il n'est pas opportun, à ce stade de la procédure, de se prononcer sur la question de savoir si les articles 2 et 5 de la CIEDR supposent une obligation de prévenir la commission d'actes de discrimination raciale par des tiers »²⁷⁵. Malgré cette déclaration, la Cour semble bien accepter l'existence d'une obligation de prévention dans la mesure où elle déclare plus loin dans l'ordonnance ici commentée que :

Considérant que les États parties à la CIEDR “condamnent la discrimination raciale et s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale”; et que, de l'avis de la Cour, compte tenu des circonstances portées à son attention, lesquelles se caractérisent par un risque grave que des actes de discrimination raciale soient commis, la Géorgie et la Fédération de Russie ont manifestement l'obligation de faire tout ce qui est en leur pouvoir pour veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas, que de tels actes commis dans le passé puissent ou non leur être juridiquement attribués.²⁷⁶

On rappellera à ce sujet que l'obligation de prévention, prévue notamment dans des traités de droit international humanitaire ou dans les traités sur les droits de l'homme, établit un standard de diligence par rapport aux agissements des tiers, qu'il s'agisse d'États étrangers ou de particuliers. L'obligation de prévention sera violée dans la mesure où l'indifférence ou le défaut de réaction de l'État partie peuvent avoir une influence sur la violation des droits garantis aux personnes par la tierce partie. Même lorsqu'un traité oblige les États parties à prendre des mesures pour arrêter les violations de ces conventions, cela ne veut pas dire que toute violation engage *ipso facto* la responsabilité de ces parties. Il s'agit à notre sens d'une obligation de moyen, puisque les États parties sont libres de choisir comment leur devoir sera accompli²⁷⁷.

²⁷⁴ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 125.

²⁷⁵ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 126.

²⁷⁶ *Ibid.* au para. 144.

²⁷⁷ Comme l'a indiqué un auteur au sujet de l'obligation de « faire respecter » prévue à l'article 1 commun aux *Conventions de Genève*, « *under Article 1, a State tries to force another State to stop its misconduct with regard to humanitarian law. This means that there are two international actors involved whose behaviour has to be judged separately. Consequently, the commission of illegal acts by one State cannot suffice in itself to allow the enforcing State to incur State responsibility. Otherwise, the latter would either automatically be responsible for the acts of the other State or incur State responsibility irrespective of its ability to comply with the rule under which it is obliged. Both concepts are foreign to international law. This leads to the conclusion that the States have to exert some kind of*

Ayant ainsi rejeté l'argument de la Russie, la Cour a ensuite noté

qu'il existe un rapport de corrélation entre le respect des droits des individus, les obligations incombant aux États parties en vertu de la CIEDR et le droit des États parties à demander l'exécution de ces obligations; que, selon la Cour, les droits que la Géorgie invoque dans sa demande en indication de mesures conservatoires et qu'elle cherche à protéger en présentant celle-ci possèdent un lien suffisant, aux fins de la présente procédure, avec le fond de l'affaire introduite par elle; et que ce sont les droits ainsi revendiqués qui doivent retenir l'attention de la Cour dans son examen de la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Géorgie.²⁷⁸

La Cour a conclu, de cette façon, qu'il existait bien un lien direct entre les droits allégués par la Géorgie au titre de la *Convention* et l'objet de sa demande principale devant être décidé, si la Cour se déclare compétente, lors de sa décision sur le fond.

2. LE CRITERE DE L'URGENCE DES MESURES CONSERVATOIRES

La Géorgie faisait valoir que, vu le comportement de la Russie en Ossétie du Sud, en Abkhazie et dans les régions adjacentes, des mesures conservatoires étaient requises d'urgence parce qu'

il existe un risque imminent de voir les personnes de souche géorgienne [dans ces régions] brutalement expulsées, tuées, molestées, détenues de manière illicite ou prises en otage, et leurs habitations et autres biens endommagés ou pillés [...], et qu'"[e]n outre, les perspectives du retour des personnes de souche géorgienne qui ont été contraintes à prendre la fuite se détériorent rapidement".²⁷⁹

Par ailleurs, la Géorgie arguait que les droits en litige risquaient

de subir un préjudice par définition irréparable [...], parce qu' "[a]ucune satisfaction ni aucune indemnisation ne pourront jamais réparer les formes extrêmes du préjudice" qui leur a été porté [...et que] "les violations massives des droits que la [C]onvention garantit aux personnes de souche géorgienne se sont même aggravées après la cessation des affrontements militaires [...] et [...] continuent toujours"²⁸⁰.

influence on the party violating its commitments under the Convention ». Voir Birgit Kessler, «The Duty to "Ensure Respect" Under Common Article 1 of the Geneva Conventions : Its Implications on International and Non-International Armed Conflicts» (2001) 44 *German Y.B. Int'l L.* 498 à la p. 505.

²⁷⁸ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 126.

²⁷⁹ *Ibid.* au para. 130.

²⁸⁰ *Ibid.* au para. 132.

Après avoir rappelé qu'elle devait déterminer si les circonstances exigeaient l'indication de mesures conservatoires afin de protéger des droits conférés par la *Convention* et non d'établir l'existence de violations de la *Convention*, la Cour a souligné que « les droits en cause [...] sont de nature telle que le préjudice qui leur serait porté pourrait être irréparable »²⁸¹. En effet, selon la Cour, des violations du droit à la sûreté des personnes et du droit à la protection de l'État contre les voies de fait ou les sévices pourraient se traduire par des pertes en vies humaines ou des atteintes à l'intégrité physique et donc causer un préjudice irréparable. De même, des violations du droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un État pourraient causer un préjudice irréparable lorsque les personnes concernées sont victimes de privations, d'angoisses, de dangers pour leur vie et leur santé²⁸².

Cette approche « essentialiste » fut critiquée par les sept juges dissidents comme une pétition de principe. À leurs yeux, la Cour semblerait dire que certains droits peuvent automatiquement remplir le critère du préjudice irréparable « sans analyser ni les faits réels sur le terrain ni l'effectivité des menaces »²⁸³.

Il convient de souligner à ce sujet que la condition du caractère irréparable fait référence au dommage qui ne pourrait être réparé par la décision sur le fond²⁸⁴. Les tribunaux internationaux dictent des mesures conservatoires parce que, selon un « principe universellement accepté », « les parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable » sur l'exécution de la décision sur le fond²⁸⁵. Or, à n'en pas douter, il ressort de la jurisprudence de la Cour que le caractère irréparable d'un droit est fortement dépendant de la nature de ce droit. Ainsi, tandis que les droits de souveraineté sur un territoire ou une zone maritime en dispute ne peuvent, en principe, souffrir de dommage irréparable tel que définit ci-dessus²⁸⁶, les droits subjectifs des personnes physiques – et notamment les

²⁸¹ *Ibid.* au para. 142.

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Géorgie c. Russie*, Opinion dissidente, *supra* note 246 au para. 21.

²⁸⁴ « Considérant qu'en l'espèce la violation, reprochée à la Turquie, de l'exclusivité du droit revendiqué par la Grèce de recueillir des renseignements sur les ressources naturelles de zones du plateau continental pourrait, si ce droit était établi, donner lieu à une réparation appropriée; de sorte que la Cour n'est pas en mesure de considérer la violation alléguée des droits de la Grèce comme un risque de préjudice irréparable aux droits en litige devant elle exigeant l'exercice du pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires qu'elle tient de l'article 41 du Statut ». Voir *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, Ordonnance du 11 septembre 1976, [1976] C.I.J. rec. 3 au para. 33.

²⁸⁵ *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, Ordonnance du 5 décembre 1939, C.P.I.J. (sér. A/B) n°79 à la p. 199.

²⁸⁶ La CIJ et la CPJI ont constamment rejeté les demandes d'indication de mesures provisoires tendant à protéger la souveraineté réclamée par le demandeur sur le territoire en dispute lorsque le défendeur réalise des exercices militaires, octroie une concession, restreint les droits de pêche, etc. La CIJ a ainsi indiqué que : « Considérant que, conformément au principe énoncé par la Cour permanente de [j]ustice internationale dans son ordonnance du 3 août 1932 en l'affaire relative au *Statut juridique du territoire du sud-est du Groenland*, et réitéré par une chambre de la présente Cour dans son ordonnance du 10 janvier 1986 en l'affaire du *Différend frontalier*, des incidents susceptibles d'aggraver ou d'étendre le différend « ne peuvent en aucun cas et en aucune mesure préjuger l'existence ou la valeur des droits souverains revendiqués par [l'une ou l'autre des Parties] sur le territoire dont il s'agit, à supposer que ces droits soient dûment reconnus par la Cour dans [un] arrêt futur sur le fond du litige ». Voir *Cameroun c. Nigéria*, *supra* note 236 au para. 40.

droits de l'homme comme le droit à la vie ou à l'intégrité physique et mentale – sont au contraire le prototype des droits pouvant souffrir des dommages irréparables²⁸⁷.

Les circonstances de l'espèce exigeaient de la Cour la plus grande prudence. Elle a en effet noté que « caractère exceptionnel et complexe de la situation sur le terrain en Ossétie du Sud, en Abkhazie et dans les régions adjacentes, et prend note des incertitudes qui demeurent quant à la question de savoir qui y détient l'autorité »²⁸⁸. De plus, compte tenu de la volatilité de la situation, tant les personnes d'origine géorgienne que ceux d'origine abkhaze pouvaient être victimes de dommages irréparables à leurs droits. Dans ces conditions, dicter des mesures conservatoires à l'encontre d'une seule des parties semblait impraticable. C'est pourquoi :

Faisant usage du 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*, la Cour a contraint les deux parties en Ossétie du Sud, en Abkhazie et dans les régions géorgiennes adjacentes, de :

1. s'abstenir de tous actes de discrimination raciale contre des personnes, des groupes de personnes ou des institutions;
2. s'abstenir d'encourager, de défendre ou d'appuyer toute discrimination raciale pratiquée par une personne ou une organisation quelconque;
3. faire tout ce qui est en leur pouvoir, chaque fois que, et partout où, cela est possible, afin de garantir, sans distinction d'origine nationale ou ethnique,
 - i. la sûreté des personnes;
 - ii. le droit de circuler librement et de choisir sa résidence; et
 - iii. la protection des biens des personnes déplacées et des réfugiés.

²⁸⁷ Dans l'affaire *Cameroun c. Nigéria*, le Cameroun argua que les interventions militaires nigériennes mirent en danger la vie des habitants du territoire en litige. La Cour a accepté de prononcer les mesures demandées et a précisé que : « Considérant que les événements qui sont à l'origine de la demande, et tout spécialement le fait que des personnes aient été tuées dans la presqu'île de Bakassi, ont porté un préjudice irréparable aux droits que les [p]arties peuvent avoir sur la presqu'île; que les personnes se trouvant dans la zone litigieuse, et par voie de conséquence les droits que les [p]arties peuvent y avoir, sont exposés au risque sérieux d'un nouveau préjudice irréparable ». Voir *ibid.* au para. 42. Dans une autre affaire, une mesure conservatoire ordonnant aux parties de se restreindre d'avoir recours à la force fut dictée car « les faits qui sont à l'origine des demandes des deux [p]arties en indication de mesures conservatoires exposent les personnes et les biens se trouvant dans la zone litigieuse, ainsi que les intérêts des deux États dans cette zone, à un risque sérieux de préjudice irréparable; et qu'en conséquence les circonstances exigent que la Chambre indique les mesures conservatoires appropriées, conformément à l'article 41 du Statut ». Voir *Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, Ordonnance du 10 janvier 1986, [1986] C.I.J. rec. 3 au para. 21. Voir aussi *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, Ordonnance du 3 mars 1999, [1999] C.I.J. rec. 9 à la p. 15; *Nicaragua*, *supra* note 236 aux pp. 182-86; *Personnel diplomatique*, *supra* note 237 au para. 42.

²⁸⁸ *Géorgie c. Russie*, *supra* note 220 au para. 143.

4. faire tout ce qui est en leur pouvoir afin de garantir que les autorités et les institutions publiques se trouvant sous leur contrôle ou sous leur influence ne se livrent pas à des actes de discrimination raciale à l'encontre de personnes, groupes de personnes ou institutions.²⁸⁹

* * *

La décision de la Cour sur sa compétence *prima facie* laisse ouverte la possibilité qu'elle se déclare incompétente pour connaître de l'affaire lors de la prochaine phase de la procédure. L'on pourra alors savoir si la tactique judiciaire de la Géorgie s'avère payante : la Cour pourrait très bien déclarer que le différend juridique est avant tout relatif à l'usage de la force et non aux violations des droits fondamentaux garantis par la *Convention*. L'opinion dissidente commune de sept des juges de la Cour laisse d'ailleurs entrevoir une telle hypothèse.

En tout les cas, il convient de souligner la réelle inquiétude de la Cour quant aux préjudices subis par les populations victimes de discriminations raciale ainsi que son réel embarras devant une situation factuelle complexe. C'est donc à juste titre que la Cour, sur la base des critères traditionnels qui ne se voient pas enrichis par la présente ordonnance, a décidé, par prudence, d'ordonner des mesures conservatoires aux deux parties.

Le lecteur notera que, comme bien souvent lorsqu'il s'agit de mesures conservatoires, la Cour a fait l'injonction de s'abstenir d'agir. Peut-être n'est-il pas inutile de rappeler les mots de Schopenhauer selon lesquels :

Celui qui part de l'idée préconçue que le concept de droit doit être positif, et qui entreprend ensuite de le définir, n'aboutira à rien; il veut saisir une ombre, poursuit un fantôme, recherche un néant. Le concept de droit, comme celui de liberté, est négatif; son contenu est une pure négation. C'est le concept de tort qui est positif; il a la même signification que préjudice au sens large ou lésion. Ce préjudice peut concerner la personne, la propriété, l'honneur. Dès lors, les droits de l'homme sont faciles à définir : chacun a le droit de faire ce qui ne porte pas préjudice à autrui.²⁹⁰

IV. Affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)²⁹¹

Le 2 juillet 1999, la République de Croatie a déposé une requête introductive d'instance contre la République fédérale de Yougoslavie au sujet d'un différend portant sur de prétendues violations de la *Convention des Nations unies du*

²⁸⁹ *Ibid.* au para. 149.

²⁹⁰ Arthur Schopenhauer, *Parerga & Paralipomena*, Partie 2 – Sur le droit et la politique, Circa, Paris, 2005, aux pp. 603-04, § 121.

9 décembre 1948 pour la prévention et répression du crime de génocide (la Convention sur le génocide)²⁹².

L'action intentée par la Croatie est une action en responsabilité internationale. La Croatie prétend que la Serbie a violé plusieurs obligations internationales prévues par la *Convention sur le génocide* et demande réparation. Plus particulièrement, les faits internationalement illicites invoqués par la Croatie sont les suivants : (i) la Serbie aurait commis directement des actes de génocide; (ii) la Serbie aurait été complice à des actes de génocide; (iii) la Serbie aurait failli à son obligation de prévention des actes de génocide; et (iv) la Serbie a failli à ses obligations de poursuivre et punir les personnes pénalement responsables de la perpétration des actes de génocide²⁹³.

Quant à la réparation, la Croatie demande : (i) la traduction en justice des responsables des actes de génocide qui se trouvent sous la juridiction de la Serbie; (ii) la coopération immédiate de la Serbie dans l'identification et récupération des croates victimes des actes de génocide et de leurs dépouilles; (iii) la restitution des biens culturels saisis dans le cadre de la campagne génocidaire; et (iv) la compensation des dommages et préjudices subis par la Croatie et par ses nationaux²⁹⁴.

Trois événements, dans la continuation du démembrement de l'ex-Yougoslavie, eurent lieu au cours de l'instance. Le défendeur a alors présenté des exceptions à la compétence et à la recevabilité de la demande de la Croatie. En effet, alors que l'action avait initialement été intentée contre la République fédérale de Yougoslavie (comprenant la Serbie et le Monténégro), qui prétendait être le continuateur de la République fédérale socialiste de Yougoslavie, les événements suivants eurent lieu :

- le Monténégro a acquis son indépendance le 3 juin 2006²⁹⁵, d'où la question suivante : est-ce que l'action commencée contre un État regroupant deux

²⁹¹ *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, Exceptions préliminaires, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14890.pdf>> [*Croatie c. Serbie*].

²⁹² *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 R.T.N.U. 277 (entrée en vigueur : 12 janvier 1951) [*Convention sur le génocide*].

²⁹³ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 20. Bien que l'analyse des faits internationalement illicites invoqués par la Croatie relève du débat sur le fond, et qu'il serait quelque peu prématuré d'avancer dès maintenant des réflexions définitives, il n'est pas superflu de faire quelques remarques préliminaires. Bien que les prétentions de la Croatie ne soient pas ordonnées, il en découle de la nature même des faits illicites invoqués que la Cour sera appelée, dans un premier temps, à décider si les actes de génocide invoqués par la Croatie sont directement attribuables à la Serbie (fait illicite (i) ci-dessus) parce que commis par des agents ou organes de la Serbie ou par des personnes n'appartenant pas à sa structure étatique mais agissant selon ses directives ou sous son contrôle. Ce n'est que si la Cour venait à répondre par la négative que les faits illicites (ii) et (iii) devront être étudiés successivement : soit la Serbie s'est rendue « complice » en aidant ou assistant les génocidaires, soit, quant bien même elle n'a pas participé aux actes de génocide, elle a laissé faire et failli à son obligation de prévention. Le fait illicite (iv), comme on aura l'occasion de l'expliquer plus amplement ci-dessous, peut être additionné à la demande principale (responsabilité pour des faits illicites directs) ou à la demande subsidiaire (responsabilité pour complicité ou responsabilité pour manque de vigilance).

²⁹⁴ *Ibid.* au para. 21.

²⁹⁵ *Ibid.* au para. 11.

entités (la Serbie et le Monténégro) pouvait être continuée contre une seule d'entre elles (la Serbie)?

- la Serbie-et-Monténégro a demandé puis obtenu le statut de nouvel État membre des Nations unies le 1^{er} novembre 2000²⁹⁶. Or, dans ses arrêts de 2004 sur les affaires sur la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour avait décidé que la Serbie-et-Monténégro n'avait pas la capacité à participer à une procédure devant elle avant de devenir membre des Nations unies²⁹⁷. En toute logique, la Serbie, agissant maintenant en tant que défendeur, invoqua son incapacité à être partie à l'instance à la date de la saisine de la Cour; et
- le 10 juin 2001, la notification d'adhésion et la réserve à l'article IX (clause compromissoire prévoyant la compétence de la Cour) de la *Convention sur le génocide* de la République fédérale de Yougoslavie a pris effet²⁹⁸. Le défendeur argua que, par conséquent, la Cour n'avait pas de compétence en vertu de l'article IX de la *Convention sur le génocide* à la date de sa saisine par la Croatie.

La Cour était ainsi appelée à préciser dans quelle mesure les faits postérieurs à sa saisine peuvent affecter sa compétence. La Cour, par une majorité de seulement trois voix, a profité de cette occasion pour présenter d'importantes considérations sur l'intangibilité de la compétence de la Cour à la date de la saisine (A).

La Serbie a également présenté une deuxième série d'exceptions fondée essentiellement sur le régime de la responsabilité internationale (B). D'une part, l'incompétence et irrecevabilité des demandes pour des faits antérieurs à la création de la République fédérale de Yougoslavie puisque ces faits ne peuvent lui être attribués en droit international. D'autre part, la Cour a affirmé son incompétence pour accorder les mesures de réparation sollicitées par la Croatie.

A. L'incidence des événements ayant eut lieu au cours de l'instance sur l'analyse de la compétence de la Cour

Selon son *Statut* et son *Règlement*²⁹⁹, une affaire est portée devant la Cour par la saisine, laquelle est réalisée par le biais d'un acte introductif d'instance, une requête dans l'espèce. La saisine déclenche le pouvoir de juridiction au profit de la Cour indépendamment de son éventuelle compétence, l'habilitant ainsi au moins à statuer sur sa compétence et à prendre les mesures exigées pour la direction du procès. En d'autres termes, l'acte introductif d'instance ne confère pas par elle-même la compétence de la Cour pour trancher le différend au fond mais l'habilite à exercer

²⁹⁶ *Ibid.* au para. 36.

²⁹⁷ *Affaire relative à la licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, Exceptions préliminaires, [2004] C.I.J. rec. 279 au para. 46 [*Licéité de l'emploi de la force*].

²⁹⁸ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 37.

²⁹⁹ *Statut de la Cour internationale de justice*, *supra* note 118, art. 40; *Règlement*, *supra* note 6, art. 38-39.

les pouvoirs inhérents à la juridiction internationale³⁰⁰. S'agissant de la compétence, le principe fondamental du consentement à la juridiction exige une rencontre de la volonté des parties pour soumettre un différend à la Cour.

Ainsi, la saisine ne crée ni n'octroie en elle-même le pouvoir de juridiction ni la compétence. La saisine se limite à les déclencher ou à les mettre en mouvement, ces éléments devant exister à la date de la saisine pour produire leurs effets et pour habiliter la Cour à trancher le litige qui lui est soumis. Cela étant, des événements postérieurs à la saisine peuvent modifier la situation juridique des parties existante à la date de la saisine et il convient, par conséquent, de se demander dans quelle mesure ces faits peuvent affecter la régularité ou l'irrégularité de la saisine, qu'il s'agisse par exemple d'une succession d'États affectant l'une des parties (1) ou de la satisfaction des conditions d'accès à la Cour (2). Il s'agit là, comme l'a indiqué le juge Ranjeva, de la question la plus importante et critiquable de l'arrêt : « le présent arrêt fera l'objet de commentaires les plus variés : il représente un revirement de jurisprudence sur les conditions d'accès à la Cour »³⁰¹.

1. LES EFFETS DE LA SUCCESSION D'ÉTATS SUR LA COMPÉTENCE RATIONAE PERSONAE

Suite à la déclaration d'indépendance de la République du Monténégro (dorénavant « Monténégro ») le 3 juin 2006, la Cour a demandé d'office aux parties de présenter leurs observations sur les conséquences de ce fait « quant à la dénomination du défendeur »³⁰². Derrière cette question d'identité se cachait la question des effets d'une succession d'États sur l'instance en cours : qui des États impliqués dans une succession d'États sont, désormais, parties à l'instance? Plus particulièrement, le Monténégro demeurerait-il partie à l'instance?

Comme dans d'autres domaines juridiques, ces effets dépendent, avant tout, du type de succession d'États du cas d'espèce. Sans doute, le Monténégro est un nouvel État, jouissant d'une personnalité internationale propre et distincte de celle de l'État prédécesseur. Il fut admis en tant que nouveau membre des Nations unies le 28 juin 2006.

Le statut de l'État prédécesseur était, au contraire, plus ambiguë, notamment par la prise de position de la Serbie. Y avait-il eu dissolution de l'État de Serbie-et-Monténégro suite à une séparation des deux États constitutifs ou s'agissait-il d'une sécession? La première hypothèse suppose la disparition totale, en tant que sujet de droit international, d'un État prédécesseur et l'apparition instantanée de plusieurs successeurs, tandis que la deuxième suppose la survivance de l'État prédécesseur et

³⁰⁰ Sur ce point, voir Mathias Forteau, « La saisine des juridictions interétatiques à vocation universelle (Cour internationale de justice et Tribunal international du droit de la mer) » dans Hélène Ruiz-Fabri et Jean-Marc Sorel, dir., *La saisine des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, 2006, 9 aux pp. 77 et s.

³⁰¹ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291, juge Ranjeva, dissident, au para. 4, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14896.pdf>> [*Croatie c. Serbie*, Opinion dissidente Ranjeva].

³⁰² *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 26.

l'apparition d'un nouvel État. Dans l'espèce, la Serbie, tout en soutenant que « l'entité qu'avait constituée la Serbie-et-Monténégro “avait été remplacé par deux États distincts, la Serbie, d'une part, le Monténégro, d'autre part” »³⁰³, avait proclamé auprès du secrétaire des Nations unies son statut de continuateur de l'État successeur.

La proclamation de la Serbie sur son statut d'État continuateur – nonobstant la dissolution de l'État successeur – a permis à la Cour de se prononcer sans avoir à qualifier le type de succession d'États et à en tirer les conséquences. En tant qu'État continuateur de l'ancienne Serbie-et-Monténégro, la Serbie demeure partie à l'instance en tant que défenderesse. Au contraire, le Monténégro, qui est un nouvel État, ne peut être partie à l'instance si elle n'y consent pas expressément à la compétence de la Cour :

Le Monténégro, quant à lui, a précisé [...] qu'il ne consentait pas à la compétence de la Cour à son égard aux fins du présent différend. Il résulte clairement [...] que le Monténégro n'assure pas la continuité de la personnalité juridique de la Serbie-et-Monténégro; il ne saurait donc, à ce titre, avoir acquis la qualité de partie défenderesse dans la présente instance.³⁰⁴

Le principe selon lequel l'État successeur de l'État prédécesseur contre lequel une action est intentée perd la qualité de partie à l'instance est ainsi clairement posé.

2. LA CAPACITE A AGIR ET LA COMPETENCE DE LA COUR : LA MODIFICATION DES CONDITIONS D'ACCES A LA COUR

Aux termes des articles 34 et 35 de son *Statut*, la Cour est ouverte aux seuls États parties au *Statut*. L'article 35 paragraphe 2 ajoute, s'agissant des États qui ne sont pas parties au *Statut*, que « les conditions auxquelles elle est ouverte aux autres États sont, sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur, réglées par le Conseil de sécurité »³⁰⁵ soit, selon la jurisprudence de la Cour, les traités en vigueur à la date d'entrée en vigueur du *Statut* lui-même³⁰⁶.

³⁰³ *Ibid.* au para. 27.

³⁰⁴ *Ibid.* au para. 33.

³⁰⁵ *Statut de la Cour internationale de justice, supra* note 118, art. 35.

³⁰⁶ Dans l'*Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour avait dit, dans son ordonnance sur les mesures conservatoires, qu'une clause de compétence contenue dans un traité (l'article IX de la *Convention sur le génocide*) pouvait être invoquée contre un État non partie au *Statut*. Voir *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, Mesures conservatoires, Ordonnance du 8 avril 1993, [1993] C.I.J. rec. 3 au para. 19. En 2004, dans ses arrêts sur les exceptions préliminaires soulevées par divers membres de l'OTAN, la Cour a précisé que les travaux préparatoires du *Statut* et l'objet et le but de l'article 35 paragraphe 2 du *Statut* montrent que cette disposition visait uniquement les traités en vigueur au moment de l'entrée en vigueur du *Statut*. En plus, en tant qu'exception à l'article 35 paragraphe 1 (qui exclut les États non parties au *Statut* de la juridiction de la Cour), elle doit être interprétée strictement. Voir *Licéité de l'emploi de la force, supra* note 297 aux para. 101 et s.

La *Convention sur le génocide* ne constitue donc pas un « traité en vigueur » dans le sens de l'article 35 paragraphe 2, comme l'a constaté la Cour dans ses arrêts dans les affaires sur la *Licéité sur l'emploi de la force*. En plus, ce n'est qu'à partir du 1^{er} novembre 2000 que la Serbie est, en tant que membre des Nations unies, devenue partie au *Statut* de la Cour. Par ailleurs, selon la Serbie, elle ne devint partie à la *Convention sur le génocide* par le biais d'une notification d'adhésion qu'en juin 2001, soit après la saisine de la Cour, assortie d'une réserve excluant la clause compromissoire prévue par l'article IX de la *Convention sur le génocide*³⁰⁷. Ainsi, la Cour devait établir la date à laquelle sa compétence devait être établie.

La compétence de la Cour dans une instance particulière doit s'analyser à la date du dépôt de l'acte qui introduit l'instance. Les conditions nécessaires à la saisine de la Cour doivent donc être réunies le jour où le demandeur dépose sa requête introductrice d'instance auprès du greffier de la Cour. Cette date constitue, en ce qui concerne la compétence de la Cour, une véritable date critique, de sorte que les faits postérieurs ne sauraient, en principe, porter atteinte à une compétence acquise³⁰⁸.

Certes, le différend – condition objective *sine qua non* à l'exercice de la fonction judiciaire internationale – peut disparaître ou la requête devenir caduque (exception de non-lieu ou « *mootness* »³⁰⁹), rendant ainsi inutile l'exercice de la fonction judiciaire, mais elle ne saurait, même dans ce cas, priver la Cour d'une compétence acquise. En effet, en ce qui concerne la compétence, la terminaison, retrait ou caducité de l'instrument octroyant compétence à la Cour après la saisine n'affecte pas la compétence acquise³¹⁰.

³⁰⁷ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 37.

³⁰⁸ Ce principe fut rappelé emphatiquement par la Cour dans l'affaire *Yerodia* : « la Cour rappelle que, selon une jurisprudence constante, sa compétence doit s'apprécier au moment du dépôt de l'acte introductif d'instance. Ainsi, si elle est compétente à la date à laquelle une affaire lui est soumise, elle le demeure quels que soient les événements survenus ultérieurement ». Voir *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, [2002] C.I.J. rec. 3 au para. 26 [*République démocratique du Congo c. Belgique*].

³⁰⁹ Dans le même passage dans l'affaire *Yerodia* cité ci-dessus, la Cour reconnaît en effet que « de tels événements [postérieurs à la saisine] peuvent actuellement conduire à constater qu'une requête a été privée d'objet et à prononcer un non-lieu à statuer; ils ne sauraient en revanche priver la Cour de sa compétence ». Voir *ibid.*

³¹⁰ Ainsi, dans l'affaire *Nottebohm*, la déclaration portant acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour avait expiré – d'après ses propres termes – à une date postérieure à l'introduction de l'instance. La Cour déclara : « Lorsque la requête est déposée à un moment où le droit en vigueur entre les parties comporte la juridiction obligatoire de la Cour [...] le dépôt de la requête n'est que la condition pour que la clause de juridiction obligatoire produise effet [...]. Cette condition remplie, la Cour doit connaître de la demande [...]. Un fait extérieur tel que la caducité ultérieure de la déclaration par échéance du terme ou par dénonciation ne saurait retirer à la Cour une compétence déjà établie ». Voir *Affaire Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, Exception préliminaire, [1953] C.I.J. rec. 111 à la p. 122. De même, la terminaison d'un traité bilatéral comportant une clause compromissoire après la saisine de l'instance ne prive pas la Cour de sa compétence : « La Cour note que, depuis l'introduction de la présente instance, ces deux fondements de sa compétence ont été dénoncés [...]. La Cour n'est pas pour autant privée de sa compétence en vertu de l'article 36, paragraphe 2 de son *Statut*, ni de celle que lui confère l'article XXIV, paragraphe 2 du traité, pour se prononcer sur "tout différend qui pourrait s'élever entre les Parties quant à l'interprétation ou à l'application" de celui-ci ». Voir *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Fond, [1986] C.I.J. rec. 14 au para. 36.

Pourtant, ce principe n'est pas absolu et la Cour permanente de justice internationale (C.P.J.I.) a très tôt admis que ne doivent pas être sanctionnés d'irrecevabilité les actes de procédures entachés d'un défaut que la partie requérante pourrait aisément remédier (dorénavant « principe Mavrommatis »). Le principe est applicable non seulement aux exceptions d'inadmissibilité mais aussi aux exceptions d'incompétence. Ainsi, dans le passé, le principe fut appliqué aux requêtes introductives d'instances prématurées³¹¹, aux saisines n'ayant pas respecté la condition d'une contestation formelle devant être préalablement présentée par l'État demandeur³¹², à l'invocation tardive d'un titre de compétence dans la requête d'instance³¹³, ou encore à l'invocation d'un titre de compétence n'étant pas encore entré en vigueur le jour où elle est saisie³¹⁴.

³¹¹ Ainsi, dans l'affaire *Mavrommatis*, la Cour a constaté que l'acte introductif d'instance était défectueux le jour de son dépôt auprès du Greffier pour fonder sa compétence. Néanmoins, « même si l'introduction avait été prématurée parce que le Traité de Lausanne [le titre de compétence invoqué par la Grèce] n'était pas encore ratifié, ce fait aurait été couvert par le dépôt ultérieur des ratifications requises ». Voir *Mavrommatis*, *supra* note 245 à la p. 34.

³¹² « Même si la nécessité d'une contestation formelle ressortait de l'article 23 [de la *Convention de Genève*], cette condition pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse. La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître ». Voir *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (1925), C.P.J.I. (sér. A) n° 6 à la p. 14.

³¹³ Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, le Nicaragua avait fondé la compétence de la Cour sur les seules déclarations reconnaissant la compétence obligatoire de la Cour dans sa requête introductrice d'instance. Compte tenu des exceptions soulevées ultérieurement par les États-Unis, le Nicaragua s'est vu forcé d'invoquer un titre supplémentaire de compétence, à savoir le Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu avec les États-Unis le 21 janvier 1956. Les États-Unis ont argué que le fait que le Nicaragua n'ait pas formulé de griefs sur la violation dudit traité dans sa requête introductrice d'instance impliquait une saisine irrégulière de la Cour puisque « pour que le Nicaragua établisse la compétence de la Cour dans la présente espèce sur la base du Traité, il doit prouver l'existence d'un rapport raisonnable entre ce traité et les demandes présentées à la Cour ». La Cour a rejeté cette exception au motif que : « de l'avis de la Cour, parce qu'un État ne s'est pas expressément référé, dans des négociations avec un autre État, à un traité particulier qui aurait été violé par la conduite de celui-ci, il n'en découle pas nécessairement que le premier ne serait pas admis à invoquer la clause compromissoire dudit traité. Les États-Unis savaient avant l'introduction de la présente instance que le Nicaragua affirmait que leur comportement constituait une violation de leurs obligations internationales; ils savent maintenant qu'il leur est reproché d'avoir violé des articles précis du traité de 1956. Il n'y aurait aucun sens à obliger maintenant le Nicaragua à entamer une nouvelle procédure sur la base du traité – ce qu'il aurait pleinement le droit de faire ». Voir *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, [1984] C.I.J. rec. 392 au para. 85.

³¹⁴ Dans l'affaire du génocide entre la Bosnie-Herzégovine et la Serbie-et-Monténégro, la première fondait la compétence de la Cour sur la *Convention sur le génocide*. Or, selon la Serbie-et-Monténégro, ce traité n'était pas entré en vigueur le jour où la Bosnie-Herzégovine a déposé sa requête introductive d'instance puisque les deux États ne se reconnaissaient pas mutuellement, cette reconnaissance n'ayant été réalisée que plus de deux ans plus tard par le biais des accords de Dayton-Paris. La Cour a rejeté l'exception par les motifs suivants : « [...] à supposer même que la convention sur le génocide ne soit entrée en vigueur entre les Parties qu'à la signature des accords Dayton-Paris, toutes les conditions sont à présent réunies pour fonder la compétence de la Cour *rationae personae*. Certes, la compétence de la Cour doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance. Cependant, la Cour [...] a toujours eu recours au principe selon lequel elle ne doit pas sanctionner un défaut qui affecterait un acte de procédure et auquel la partie requérante pourrait aisément porter remède [...] En l'occurrence, quand bien même il serait établi que les Parties, qui étaient liées chacune par la

En l'espèce, la Cour a, dans un premier temps, rappelé le principe général selon lequel toutes les conditions auxquelles sa compétence est soumise doivent être satisfaites le jour de la saisine. Faisant œuvre d'une pédagogie bienvenue, la Cour en a expliqué les fondements :

Il est aisé de comprendre la raison d'être de cette règle. Si, à la date d'une requête, toutes conditions sont remplies pour que la Cour ait compétence, il ne serait pas acceptable que ladite compétence disparaisse par l'effet d'un événement postérieur. D'une part, il pourrait en résulter une différence de traitement injustifiée entre plusieurs requérants ou à l'égard d'un même requérant selon la plus ou moins grande célérité avec laquelle la Cour serait à même d'examiner les affaires qui lui sont soumises. D'autre part, un défendeur pourrait se mettre volontairement à l'abri de la compétence en provoquant, postérieurement à la requête, l'événement ou l'acte en conséquence duquel les conditions de la compétence de la Cour ne seraient plus remplies – par exemple, en dénonçant le traité comportant une clause compromissoire. C'est pourquoi la disparition, postérieure à l'introduction d'une instance, d'un élément qui conditionne la compétence de la Cour ne produit pas et ne saurait produire d'effet rétroactif. Il y va de la sécurité juridique, du respect du principe d'égalité et du droit pour un État qui a valablement saisi la Cour de se voir statuer sur des prétentions lorsqu'il a pris toutes les précautions nécessaires pour accomplir l'acte de saisine en temps utile. Inversement, il importe de souligner qu'un État qui décide de saisir la Cour doit vérifier avec attention que toutes les conditions nécessaires à la compétence de celle-ci sont remplies à la date à laquelle l'instance est introduite. S'il ne le fait pas, et que lesdites conditions viennent ou non à être remplies par la suite, la Cour doit, en principe, se prononcer sur sa compétence au regard des conditions qui existaient à la date de l'introduction de l'instance.

Cependant, il convient de rappeler que la Cour, comme sa devancière, a aussi fait preuve de réalisme et de souplesse dans certaines hypothèses où les conditions de la compétence de la Cour n'étaient pas toutes remplies à la date de l'introduction de l'instance mais l'avaient été postérieurement et avant que la Cour décide sur sa compétence.³¹⁵

La différence de traitement par la Cour entre les deux volets du même principe saute aux yeux. La sévérité du discours juridique s'agissant de la non-incidence des événements postérieurs à la saisine sur la compétence acquise de la Cour contraste avec l'appel au « réalisme » s'agissant de l'acquisition *a posteriori* de cette même compétence. Il n'est plus question de sécurité juridique ou même de droits des parties mais de simple opportunisme pragmatique. Pourtant, on a du mal à

convention au moment du dépôt de la requête, ne l'auraient été entre elles qu'à compter du 14 décembre 1995, la Cour ne saurait écarter sa compétence sur cette base dans la mesure où la Bosnie-Herzégovine pourrait à tout moment déposer une nouvelle requête, identique à la présente, qui serait de ce point de vue inattaquable ». Voir *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, [1996] C.I.J. rec. 595 au para. 26 [*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*].

³¹⁵ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 80.

comprendre en quoi la lenteur de la justice, l'égalité des parties et la diligence procédurale ne seraient pas de mises lorsque les conditions auxquelles la compétence de la Cour est soumise ne sont pas réunies. Ne devrait-on pas exiger d'un État souverain qu'il agisse avec le plus grand sérieux et la plus grande diligence lorsqu'il assigne un autre État souverain devant la Cour? La différence de traitement est d'autant plus incompréhensible que c'est le même principe de procédure internationale (le principe de la bonne administration de la justice qui exige, au nom du souci d'économie de procédure, d'éviter la multiplication inévitable de procédures) qui est invoqué par la Cour pour déclarer un non-lieu pour un fait ultérieur à sa saisine³¹⁶ et pour écarter son incompétence ou l'irrecevabilité de la demande en vertu du « principe Mavrommatis »³¹⁷.

Cette différence de traitement se révèle d'ailleurs dans l'arrêt. Dans le cas d'espèce, le principe de l'intangibilité de la compétence acquise de la Cour à la date de la saisine fut appliqué rigoureusement s'agissant de la *Convention sur le génocide* : en décidant que la Serbie était devenue partie à la *Convention sur le génocide* dès 1992, la Cour a, en toute logique, affirmé que la réserve présentée en 2001 à la clause compromissoire contenue dans ce traité ne pouvait affecter sa compétence (a). Au contraire, la Cour a, d'une façon fort discutable à la lumière de sa jurisprudence antérieure, fait application du « principe Mavrommatis » de non incidence des irrégularités des actes de procédure en avançant que la Serbie était, à la date du jugement, membre des Nations unies et que si la Croatie avait introduit l'instance à cette date – et non en juillet 1999 – l'exception d'incompétence fondée sur l'incapacité de la Serbie à être partie à une instance devant la Cour n'aurait pu être soulevée (b).

a) *L'intangibilité de la compétence acquise à la date de la saisine et le régime juridique des notifications de succession à un traité multilatéral*

Comme indiqué ci-dessus, la question litigieuse était de savoir si la Serbie était ou non partie à la *Convention sur le génocide* à la date de la saisine car, comme l'a rappelé la Cour,

selon sa jurisprudence constante, s'il est démontré qu'un titre de compétence existait à la date de l'introduction de l'instance, la caducité de l'instrument établissant sa juridiction ou le retrait dont il peut ultérieurement faire l'objet sont sans effet sur sa compétence [...] Si, par conséquent, le 2 juillet 1999, date à laquelle l'instance a été introduite, la

³¹⁶ *Affaire du Cameroun septentrional (Cameroun c. Royaume-Uni)*, Exceptions préliminaires, [1963] C.I.J. rec.15 aux pp. 33-34; *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)*, [1974] C.I.J. rec. 253 aux para. 55-59.

³¹⁷ « cela ne servirait pas l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'obliger le demandeur à recommencer la procédure – ou à recommencer une nouvelle – ». Voir *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 85. « Comme il a été dit plus haut [...], c'est le souci d'économie de procédure, qui est une composante des exigences de bonne administration de la justice qui justifie, dans les cas appropriés, l'application de la jurisprudence Mavrommatis. Cette jurisprudence vise à éviter la multiplication inutile des procédures », voir *ibid.* au para. 89.

RFY était partie à la [C]onvention sur le génocide, y compris l'article IX, et si elle a continué à a continué d'être liée par cet article au moins jusqu'au 1^{er} novembre 2000, date à laquelle elle est devenue partie au Statut de la Cour, alors la Cour continue d'avoir aujourd'hui compétence.³¹⁸

La Croatie affirmait que la République fédérale de Yougoslavie devint partie à la *Convention sur le génocide* par succession dès le début de son existence en tant qu'unique État continuateur, conservant la personnalité de l'ancienne Yougoslavie. Elle invoquait à ce titre la déclaration du 27 avril 1992 issue des Représentants du peuple de la République de Serbie et de la République de Monténégro selon laquelle

la République fédérale de Yougoslavie, assurant la continuité de l'État et de la personnalité juridique et politique internationale de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République fédérative de Yougoslavie a pris à l'échelon internationale.³¹⁹

Dans son arrêt de 1996 sur l'affaire du génocide, la Cour, sur la base de cette déclaration, avait affirmé que la Yougoslavie avait exprimé son intention de demeurer liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie et, donc, qu'elle était partie à la *Convention sur le génocide*³²⁰.

Dans l'affaire *Croatie c. Serbie*, la Cour était néanmoins invitée par la Serbie à réformer ce constat. En effet, selon la Serbie, la déclaration de 1992 ne pouvait pas constituer une notification de succession pour trois motifs : **(i)** comme tout acte unilatéral en rapport avec un traité, la notification doit émaner d'un organe compétent pour représenter l'État intéressé, ce qui n'était pas le cas dans l'espèce; **(ii)** contrairement à la pratique internationale, la déclaration de 1992 ne désigne pas précisément les traités auxquels se rapporte la notification de succession; et **(iii)** pour autant qu'il s'agisse d'une notification de succession, la déclaration de 1992 n'a pas été communiqué au depositaire (secrétaire général des Nations unies) agissant *ès qualitate*³²¹.

Ainsi, la Cour était appelée à expliquer le régime juridique de la notification de succession à un traité multilatéral.

i) Autorité nationale compétente à déposer une notification de succession

La réponse de la Cour est, bien qu'inattaquable, décevante d'un point de vue théorique. En effet, la Cour s'est contentée – pourquoi s'en serait-elle privé par

³¹⁸ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 aux para. 95-96.

³¹⁹ *Ibid.* au para. 98.

³²⁰ *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*, *supra* note 314 au para. 17.

³²¹ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 106.

ailleurs? – de rejeter l’argument de l’incompétence de l’assemblée populaire en ayant recours à des arguments purement factuels : la déclaration fut transmise par les agents diplomatiques représentant la Yougoslavie au sein des Nations unies au secrétaire général et ni à l’époque ni ultérieurement les personnes chargées de la conduite des affaires étrangères de la Yougoslavie – puis de la Serbie – n’ont mis en cause la validité de la déclaration³²².

On soulignera toutefois – ce qui explique peut être l’approche purement factuelle de la Cour – que la position serbe était loin d’être infondée. En effet, en réponse à une question émanant d’un État membre des Nations unies (« *Who should sign such notification of succession or continuation and to whom should they be sent?* »), le Bureau des affaires juridiques des Nations avait répondu

*As with any instrument which purports to bind a State to an international agreement, the notification of succession or continuation should be signed by the Head of the State or Government or by the Minister of Foreign Affairs or any other person producing full powers issued by one of the three officials just mentioned, and should be forwarded to the depositary.*³²³

ii) Les formalités de la déclaration de volonté

L’acceptation d’un État à être lié par un traité est un fait grave de conséquences pouvant entraîner – ou obligeant l’État à réaliser – des modifications de son droit interne et l’obligeant en tant qu’unité institutionnelle. Il est donc tout à fait normal que le droit international exige la plus grande clarté et netteté de la manifestation de volonté d’être lié par un traité.

Ainsi, dans l’affaire de la *Mer du nord*, la Cour avait été invitée à dire que, en raison de son comportement, l’Allemagne, qui n’avait pourtant pas ratifié la *Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental*, avait accepté d’être liée par le régime juridique instauré par ce traité. La Cour, faisant preuve d’une rigueur juridique qu’on ne peut que saluer, avait rappelé que la création d’un lien conventionnel international doit avoir une assise solide et irréfutable³²⁴.

³²² *Ibid.* aux para. 107, 114-115.

³²³ *Questions Pertaining to the Succession of the Former Soviet Republics to Treaties in Force for the Former Union of Soviet Socialist Republics*, avis du 27 mars 1992, 1992 U.N.J.Y. à la p. 460 [*Questions Former Soviet Republics*].

³²⁴ « Il est clair que la Cour ne serait justifiée à accepter pareilles thèses que dans le cas où le comportement de la République fédérale aurait été absolument net et constant; et même dans cette hypothèse, c’est-à-dire si elle avait eu vraiment l’intention de manifester qu’elle acceptait le régime conventionnel ou en reconnaissait l’applicabilité, on devrait se demander pourquoi la République fédérale n’a pas pris la mesure qui s’imposait, à savoir exprimer sa volonté en ratifiant purement et simplement la Convention. En principe, lorsque plusieurs États [...] ont conclu une convention où il est spécifié que l’intention d’être lié par le régime conventionnel doit se manifester d’une manière déterminée, c’est-à-dire par l’accomplissement de certaines formalités prescrites (ratification, adhésion), on ne saurait présumer à la légère qu’un État n’ayant pas accompli ces formalités, alors qu’il était en mesure et en droit de le faire, n’en est pas moins tenu d’une autre façon ». Voir *Plateau*

Ainsi, et par analogie, la notification de succession doit-elle aussi être nette et précise et, par conséquent, spécifier quelles sont les conventions internationales particulières faisant l'objet de la succession d'États?

La Cour répond à cette question par la négative : même si la déclaration de 1992 ne nomme pas les engagements repris par la Yougoslavie, elle renvoie à une « catégorie d'instruments qui était alors parfaitement identifiable », or,

s'il est assurément utile que les déclarations de succession soient assorties d'une indication du ou des traités auxquels elles sont censées se rapporter, la Cour ne saurait toutefois considérer que le droit international n'attache absolument aucun effet à un instrument qui renvoie à un traité par référence générale au lieu de le désigner nommément.³²⁵

La Cour distingue les formalités propres à l'adhésion ou ratification d'un traité des notifications de succession. Par sa propre nature juridique, distincte de celle de l'adhésion ou de la ratification, la notification de succession est soumise à des exigences formelles moins rigoureuses. En effet, selon la Cour, tandis que l'acte de ratification ou d'adhésion est une manifestation de volonté d'être lié par de nouvelles obligations internationales, la notification de succession est une reconnaissance ou confirmation d'être « inscrit dans un contexte préexistant »³²⁶.

La position de la Cour n'emporte pas totalement notre conviction. En effet, les effets juridiques d'une notification de succession par l'État continuateur sont similaires à ceux d'un acte d'adhésion : continuation des obligations juridiques internationales pour l'un, création d'obligations juridiques internationales pour l'autre. Ces effets sont d'autant plus similaires lorsque la notification émane d'un État successeur : selon le secrétaire général des Nations unies, « de par le dépôt de l'instrument de succession, l'État qui succède se trouve lié, de son propre chef, par le

continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne / Danemark; République fédérale d'Allemagne / Pays Bas), [1969] C.I.J. rec. 3 au para. 28.

³²⁵ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 108.

³²⁶ « De l'avis de la Cour, il existe une distinction entre la nature juridique de la ratification d'un traité ou de l'adhésion à celui-ci et celle du processus par lequel un État devient lié par un traité en tant que successeur ou le demeure en tant qu'État continuateur. L'adhésion ou la ratification est un acte de volonté pur et simple par lequel un État exprime son intention d'accepter des obligations nouvelles et d'acquiescer des droits nouveaux aux termes d'un traité, acte effectué par écrit et dans les formes prévues par celui-ci (voir Art. 15 et 16 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*). Dans le cas de la succession ou de la continuité, en revanche, l'acte de volonté s'inscrit dans le contexte préexistant et revient pour l'État intéressé à reconnaître que certaines conséquences juridiques découlent dudit contexte, de sorte que tout document produit par cet État peut, dès lors qu'il s'agit essentiellement d'une confirmation, être soumis à des exigences formelles moins rigoureuses. Cette idée trouve son expression à l'article 2 g) de la *Convention de Vienne de 1978* sur la succession d'États en matière de traités, qui définit la « notification de succession » comme s'entendant « par rapport à un traité multilatéral, d'une notification, quel qu'en soit son libellé ou sa désignation, faite par un État successeur, exprimant le consentement de cet État à être considéré comme étant lié par un traité ». Le droit international n'impose d'ailleurs aucune forme particulière pour exprimer sa revendication de continuité ». Voir *ibid.* au para. 109.

traité auquel s'applique la succession, avec les mêmes droits et obligations que s'il avait ratifié le traité y avait adhéré ou l'avait accepté de toute autre manière »³²⁷.

Par ailleurs, comme l'affirmait la Serbie, la pratique internationale des dépositaires rapproche bel et bien les notifications de succession des actes d'adhésion³²⁸ et distingue clairement les déclarations « générales » de succession sans identification des traités dévolus des « instruments en bonne et due forme de succession à des traités déterminés ». Selon la pratique suivie par le secrétaire général en tant que dépositaire, les déclarations générales de successions sont interprétées comme des indications qu'un examen des traités du prédécesseur est en cours et que l'État déclarant identifiera le moment venu les traités par lesquels il se considère lié. Ces déclarations ne créent qu'une présomption que l'État déclarant a succédé à chacun des États entrant dans sa déclaration mais « ne saurait être considérée comme équivalant à une reconnaissance formelle et sans équivoque des obligations énoncées dans tel ou tel traité particulier puisqu'il est possible à tout moment de revenir unilatéralement sur son contenu en ce qui concerne n'importe quel traité »³²⁹. Bref, comme l'a indiqué le Bureau des affaires juridiques des Nations unies en 1992, la pratique internationale semble bien imposer comme condition d'effectivité de la notification de succession l'identification des traités. S'agissant des notifications de continuation, une déclaration générale sans identification des traités est suffisante³³⁰.

³²⁷ Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux, Doc. ST/LEG/7/Rev.1, Nations Unies, 1999, au para. 304 [*Précis secrétaire général*].

³²⁸ Le secrétaire général des Nations unies indique ainsi que, compte tenu de la similitude quant aux effets ci-dessus indiquée, « la ligne constant du Secrétaire général en tant que dépositaire a été de n'inclure un État qui succède dans la liste des États parties à un traité déterminé que sur la base d'un document formel de même nature que les instruments de ratification, adhésion, etc. ». Voir *ibid.* au para. 304. Le Bureau des affaires juridiques des Nations unies, à la question « *how should succession or continuation to treaties be formalized* », répond : « *by the deposit of a formal notification of succession or a formal notification of continuation* ». Cet instrument est « *as [...] any instrument which purports to bind a State to an international agreement* ». Voir *Questions Former Soviet Republics*, *supra* note 323 à la p. 460. De même, la Suisse considère que « la voie de la succession constitue un mode de participation aux traités, au même titre que la ratification ou l'adhésion, mais à la différence substantielle que l'expression du consentement à être lié rétroagit à la date de l'indépendance de l'État successeur ». Voir Réserves aux traités dans le contexte de la succession d'État, avis de la Direction du droit international public du DFAE, 6 février 2007, Doc. 2007.11(S213-215). Aussi : « Dès lors, la simple déclaration de succession se présente comme un mode de participation au traité, au même titre que la ratification ou l'adhésion, mais à la différence substantielle que l'expression du consentement à être lié rétroagit à la date d'indépendance de l'État successeur ». Voir La pratique de la Suisse dépositaire de traités internationaux multilatéraux en matière de succession d'États. Document du 20 janvier 1994 présenté par la Suisse au Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, (1993) 6.1 Revue suisse de droit international et de droit européen [*Pratique suisse*].

³²⁹ *Précis secrétaire général*, *supra* note 327 au para. 305.

³³⁰ « *In case of notifications of succession, they should clearly identify the treaty to which the State concerned intends to succeed. In practice, the succeeding State will simplify the procedure by depositing a single list of treaties to which it wishes to succeed. [...] In case of notification of continuation, the Secretary-General would consider good order a general declaration that treaties in force for the former Soviet Union shall be continued by declaring the next republic, without the need to specify the treaties. In this case, however, following the approach adopted in article 34, paragraph 2 if the 1978 Vienna Convention, the declaring republic should indicate the individual treaties which it may have decided not to continue, in view of the fact that their application by the State in question*

Par conséquent, n'aurait-il pas été plus sain pour la Cour – au lieu de se fonder sur une distinction discutable à la lumière de la pratique internationale – de s'appuyer sur les caractères de la *Convention sur le génocide*, soit sa « portée nettement universelle » et son « but purement humain et civilisateur » qui « impliquent chez l'Assemblée générale et chez les États qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'États »³³¹? Il eut été en effet plus raisonnable d'expliquer l'absence de formalités par la nature de la *Convention sur le génocide*, nature qui encourage la plus grande portée possible³³²?

iii) La succession à un traité multilatéral fermé

Comme en 1996, la Cour conclut que la République fédérale yougoslave avait clairement exprimé en 1992 son intention d'être liée par la *Convention sur le génocide* en tant qu'État continuateur de l'ancienne Yougoslavie. Il s'agissait, précise la Cour, d'un engagement pur et simple nullement conditionné à l'acceptation de la thèse de la continuation³³³.

Mais est-ce que cette déclaration de continuation était suffisante? La Serbie, invoquant l'article XI de la *Convention sur le génocide*³³⁴, a argué qu'il s'agit d'un traité multilatéral ouvert aux seuls États membres des Nations unies ou, à défaut de ce statut, aux États invités à devenir partie par l'Assemblée générale des Nations unies. N'ayant pas été invitée et n'ayant acquis le statut de membre qu'en novembre 2000, la Serbie arguait qu'elle n'avait pas qualité pour devenir partie à la *Convention sur le génocide* à la date de la saisine³³⁵.

La Cour rejette l'argument de la Serbie pour deux raisons. D'une part, la Cour donne une lecture restrictive de l'article XI de la *Convention sur le génocide* : cette disposition n'exclue pas que des États non membre des Nations unies ne puissent devenir parties et, plus précisément, elle n'exclue pas la succession d'États. D'autre part, de 1992 à 2001, l'attitude de la Serbie devant la propre Cour dans

should be incompatible with the object and purpose of the treaty or would radically change the conditions for its operation ». Voir *Questions Former Soviet Republics*, *supra* note 323 à la p. 461.

³³¹ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis consultatif, [1951] C.I.J. rec. 15 aux pp. 23-24.

³³² On notera à ce sujet que la Suisse, agissant en tant que dépositaire des Conventions de Genève, souligne que le dépositaire doit favoriser la participation à certains traités : « Il en est ainsi pour les Conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre, où l'intérêt générale de la communauté internationale commande un champ d'application du traité aussi étendu que possible. La nature des engagements souscrits justifie toute participation nouvelle rapide au traité, laquelle est admise implicitement, voire encouragée par l'ensemble des parties auxdites conventions ». Voir *Pratique suisse*, *supra* note 328.

³³³ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 111.

³³⁴ « La présente Convention sera ouverte jusqu'au 31 décembre 1949 à la signature au nom de tout Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout État non membre à qui l'Assemblée générale aura adressé une invitation à cet effet. [...] A partir du 1^{er} janvier 1950, il pourra être adhéré à la présente Convention au nom de tout Membre de l'Organisation des Nations Unies et de tout État non membre qui aura reçu l'invitation susmentionnée [...] ». Voir *Convention sur le génocide*, *supra* note 292, art. 9.

³³⁵ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 112.

d'autres instances était qu'elle était le continuateur de l'ex-Yougoslavie et assumait les obligations de celles-ci au titre de la *Convention sur le génocide*³³⁶.

La Cour conclut que, à la date de la saisine – et quels que soient les effets de la réserve à la clause compromissaire réalisée en 2001 – la Serbie était partie à la *Convention sur le génocide* et avait accepté, à cette époque, la juridiction de la Cour.

b) *Une discutable régularisation au nom de la bonne administration de la justice*

Comme indiqué ci-dessus, à la date de la saisine, la Serbie n'avait pas de capacité à agir devant la Cour. Elle n'a acquis cette capacité qu'en devenant membre des Nations unies et, par conséquent, partie au *Statut*³³⁷ ce qui, selon la Croatie, justifiait l'application du « principe Mavrommatis ».

Or, la Cour, devant la même situation dans les affaires sur la *Licéité de l'emploi de la force*, n'avait pas appliqué ce principe : après avoir constaté qu'à la date de l'introduction de l'instance la Serbie-et-Monténégro n'était pas partie au *Statut*, la Cour s'était déclaré incompétente alors qu'elle avait reconnu que cet État était devenu membre des Nations unies entre temps. Demandant à la Cour d'être conséquente avec elle-même, la Serbie argua que le principe en question ne s'appliquait pas lorsque le défaut en cause était l'absence de juridiction.

La Cour, tout en refusant d'être liée par le système des précédents, a toutefois souligné que

pour autant que les décisions en question contiennent des conclusions de droit, la Cour en tiendra compte, comme elle le fait habituellement de sa jurisprudence; autrement dit, quoique ces décisions ne s'imposent pas à la Cour, celle-ci ne s'écartera pas de sa jurisprudence établie, sauf si elle estime avoir pour cela des raisons particulières.³³⁸

En fait, « seules des raisons impérieuses pourraient conduire la Cour à s'écarter des solutions retenues dans ces décisions antérieures »³³⁹. Sur la base de ces décisions antérieures, la Cour a conclu que la Serbie n'était pas partie au *Statut* de la Cour à la date de la saisine et que la *Convention sur le génocide* n'était pas un « traité en vigueur » dans le sens de l'article 35 du *Statut*³⁴⁰.

On aurait alors pu s'attendre à ce que la Cour, comme dans ses arrêts de 2004, ne tienne pas compte de la postérieure régularisation de l'incapacité de la

³³⁶ *Ibid.* aux para. 113-17.

³³⁷ *Statut*, *supra* note 9.

³³⁸ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 53.

³³⁹ *Ibid.* au para. 54. On soulignera que c'est notamment par la technique du « distinguishing » qu'une jurisprudence est abandonnée. Sur ce point et la pratique de la CIJ et de la CPJI, voir Kolb, *supra* note 43 aux pp. 269 et s.

³⁴⁰ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 aux para. 71-78.

Serbie à être partie à une instance devant elle et rejette l'application du « principe Mavrommatis » au défaut de capacité.

Comme l'ont constaté les sept juges dissidents sur ce point, le « principe Mavrommatis » avait, jusqu'ici, été appliqué de façon restrictive. Jusqu'alors, le principe avait été appliqué lorsque la Cour ne considérait pas nécessaire d'exiger une nouvelle saisine si le « défaut de procédure » pouvait être remédié par le demandeur. C'est donc à une véritable relecture du principe qu'opère la petite majorité (10 juges) dans le cas d'espèce³⁴¹. La Serbie avait, dans ce sens, indiqué que dans tous les précédents de la Cour faisant application du « principe Mavrommatis », contrairement au cas d'espèce, « le défendeur n'était pas la seule partie à ne pouvoir remplir l'une des conditions nécessaires pour que la Cour se déclare compétente »³⁴².

La Cour y a, néanmoins, considéré que cette différence était anecdotique : il importe peu, pour la bonne administration de la justice, que ce soit le demandeur ou le défendeur qui ne remplisse pas une des conditions de la compétence de la Cour : « ce qui importe c'est que, au plus tard, à la date à laquelle la Cour statue sur sa compétence, le demandeur soit en droit, s'il le souhaite, d'introduire une nouvelle instance, dans le cadre de laquelle la condition qui faisait initialement défaut serait remplie »³⁴³. Pourtant, dans l'espèce, le « défaut » en question n'était même pas remédiable par les seuls actes de l'une ou l'autre des parties : c'est un tiers, les Nations unies, qui avait seule compétence pour remédier le défaut de capacité de la Serbie. De plus, l'admission d'un État comme membre d'une organisation n'a pas d'effets rétroactifs.

Finalement, la Cour eut à se prononcer sur le domaine d'application du « principe Mavrommatis ». Selon la Serbie, l'incapacité pour participer à l'instance affectait la juridiction même de la Cour ou « compétence de la compétence » et l'invalidité de la saisine ne pouvait être remédiée. Elle s'appuya pour cela sur les arrêts de 2004 dans les affaires sur la *Licéité de l'emploi de la force* dans lesquels la Cour avait décidé qu'elle n'était pas en mesure de se déclarer compétente si elle avait été saisie par un État n'ayant pas la capacité pour accéder à la Cour.

En fait, dans les affaires sur la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour avait donné toutes les indications sur le fait que la capacité des États à agir devant elle relève d'un problème de juridiction et non de compétence. Le défaut de capacité de l'une des parties à agir devant elle la prive d'« exercer sa fonction judiciaire » en abstrait, l'exercice de cette « fonction judiciaire » dans le cas d'espèce étant une question de compétence à résoudre dans un deuxième temps. La Cour avait précisé que la capacité d'un État à agir devant la Cour était une « question fondamentale » qui devait être tranchée avant tout autre et soulevée d'office. En effet, le défaut de

³⁴¹ Voir par ex. *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291, Opinion individuelle de M. le juge Al-Khasawneh, vice-président, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14893.pdf>>; *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291, Déclaration commune de MM. les juges Ranjeva, Shi, Koroma et Parra-Aranguren, au para. 9, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14895.pdf>> [*Croatie c. Serbie*, Déclaration commune].

³⁴² *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 84.

³⁴³ *Ibid.* au para. 85.

capacité pour agir ne saurait être remédié par quelque titre de compétence qui soit³⁴⁴. Comme l'a indiqué le professeur Forteau au sujet des arrêts de 2004 : « Si elle a conclu à son incompétence dans cette affaire, ce n'est pas en raison de la présence d'un motif d'incompétence, mais parce qu'elle ne pouvait pas être saisie valablement par la Serbie »³⁴⁵. La capacité à ester devant la Cour est une condition juridictionnelle préalable devant être examinée in *limine litis* avant de se pencher sur une question juridiquement différente comme l'est celle de la compétence.

La Cour, s'appuyant sur une surprenante relecture des arrêts de 2004 sur la nature du défaut de capacité à être partie à une instance devant elle, a soumis cette condition juridictionnelle préalable au même traitement que la question de la compétence. Selon la formule utilisée par la Cour, la question essentielle au sujet de la « capacité » à agir d'un État était celle de savoir si elle « peut être considérée soit comme une question se rattachant à la compétence *ratione personae* de la Cour, soit comme une question antérieure à l'examen de la compétence »³⁴⁶. Bien que considérant cette question comme superflue, la Cour a néanmoins précisé que « l'État défendeur qui soulève une exception tirée de ce que les conditions de l'article 35 ne sont pas, selon lui, remplies, doit bel et bien être regardé comme soulevant une exception d'incompétence, et c'est un jugement d'incompétence que rendra la Cour si elle accueille l'argument »³⁴⁷. Le lecteur de l'arrêt sera surpris par ce paragraphe 66 qui pose une question pour aussitôt s'en défaire. En fait, les fruits de ce qui paraît, de prime abord, n'être qu'une précision superflue, seront visibles dans un stade ultérieur du raisonnement de la Cour.

En effet, il était alors facile pour la Cour de rejeter les arguments serbes pour les motifs suivants³⁴⁸ : (i) s'il est vrai que l'incapacité est certes une « question fondamentale » sans laquelle la Cour n'est pas valablement saisie, cela ne signifie pas qu'elle n'ait pas la « compétence de la compétence » pour se prononcer sur sa compétence; la Cour possède toujours la « compétence de la compétence »; (ii) comme indiqué ci-dessus, l'incapacité pour être partie à une instance, ainsi que l'incompétence *ratione personae* ou *ratione temporis* ont la même conséquence : le défaut de compétence de la Cour, ce qui justifie que l'on applique le même principe à ces différentes institutions juridiques³⁴⁹; (iii) les exigences d'une bonne administration de la justice s'appliquent également à l'acquisition postérieure de partie au *Statut* de

³⁴⁴ *Licéité de l'emploi de la force*, *supra* note 297 aux para. 46 et 78-79.

³⁴⁵ Forteau, *supra* note 300 à la p. 50.

³⁴⁶ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 66.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibid.* au para. 86.

³⁴⁹ La jurisprudence internationale se refuse traditionnellement à appliquer différentes catégories sur les moyens de défense pour ne retenir que l'exception d'incompétence et l'exception d'irrecevabilité. Dans l'affaire *Mavrommatis*, la C.P.J.I. s'est refusée à qualifier l'exception de dessaisissement soulevée par le Royaume-Uni en avançant que : « La Cour n'a pas à rechercher quels sont, dans les divers systèmes de procédure et dans les diverses terminologies juridiques, les éléments spécifiques d'une telle exception; elle n'a pas à se demander notamment si compétence et juridiction, incompétence et fin de non recevoir, doivent être considérées toujours et partout comme des expressions synonymes. Qu'il lui suffise de constater que la portée très large de l'exception qu'elle est appelée à apprécier, avant tout débat au fond, et dont l'examen ne saurait en aucune manière préjuger l'issue de ce débat [...] ». Voir *Mavrommatis*, *supra* note 245 à la p. 10.

la Cour car « il ne servirait pas l'intérêt de la justice de mettre le demandeur dans l'obligation [...] d'entamer une nouvelle procédure. A cet égard, peu importe la condition qui, à la date de l'introduction de l'instance, faisait défaut [...] dès lors qu'elle a été remplie par la suite ».

La Cour a invoqué un dernier motif sur lequel il convient de se pencher. Dans les affaires sur la *Licéité de l'emploi de la force*, dans des conditions identiques à celle de l'espèce, la Cour n'a pas appliqué le « principe Mavrommatis » en faveur de la Serbie. Ce double-standard exigeait donc des explications. Or, force est de constater que ces explications sont loin d'être satisfaisantes. Visiblement gênée, la Cour eut recours au « *distinguishing* » pour légitimer ce qui paraît bien ressembler à un traitement discriminatoire. En effet, dans ces affaires la Cour s'est tenue rigoureusement au principe général selon lequel sa compétence doit être appréciée telle qu'elle existait à la date de la saisine, « sans introduire les éléments de souplesse qui résultent des autres décisions précitées, c'est en raison des considérations propres à ces affaires »³⁵⁰, à savoir que la Serbie ne comptait pas, une fois sa qualité d'État membre des Nations unies acquise, réintroduire de nouvelles requêtes identiques et n'a d'ailleurs pas invoqué le « principe Mavrommatis ». Selon la Cour, la bonne administration de la justice n'exigeait pas, dans ces affaires, l'application du principe.

L'assimilation du défaut de capacité à ester devant la Cour aux questions de compétence aux fins de l'application du « principe Mavrommatis » fut vivement et à juste titre critiquée par sept des dix-sept membres de la Cour.

La Cour, en tant qu'organe judiciaire, reçoit son pouvoir juridictionnel du *Statut*. Sa compétence dépend du consentement des parties mais la volonté des parties doit s'accorder avec les pouvoirs attribués à la Cour par son *Statut*. La Cour doit veiller, en vertu d'un pouvoir qui lui est propre et qui échappe à la volonté des parties, à ne pas reconnaître et à ne pas exercer une compétence qui ne s'accorde pas avec le *Statut*. Comme l'a souligné le professeur Forteau,

lorsque la Cour s'estime incompétente parce qu'elle ne pouvait pas être saisie par un État non partie au Statut [...] elle le fait non pas parce que l'État en cause n'avait pas consenti à sa compétence, mais parce qu'elle n'est pas autorisée par son Statut à exercer ses prérogatives dans le cas de figure.³⁵¹

En clair, à défaut de capacité à ester devant la Cour, celle-ci se trouve privée du pouvoir d'exercer sa fonction judiciaire³⁵². Dès lors, la situation dans l'affaire *Croatie c. Serbie* est radicalement différente des cas dans lesquels le « principe

³⁵⁰ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 89.

³⁵¹ Forteau, *supra* note 300 à la p. 77.

³⁵² « *Whether a State has the capacity under the Statute to be a party to proceedings before the Court is an issue of primordial importance, as it governs whether the Court may exercise jurisdiction over a dispute brought before it. Under the Court's Statute, a State must have access to the Court in order to participate in a contentious case; the Court's jurisdictional authority is limited to those States with access to it* ». Voir *Croatie c. Serbie*, Déclaration commune, *supra* note 341 au para. 3.

Mavrommatis » fut appliqué. Aucun de ces cas ne concernait le défaut de pouvoir de la Cour pour exercer sa compétence mais soit des « défauts de procédure » soit de compétence³⁵³. L'incapacité à ester devant la Cour n'est pas un défaut de procédure et, d'une façon plus large, les limites à la fonction judiciaire prévue par le *Statut* ne sauraient être qualifiées de défaut de procédure pouvant être remédié unilatéralement. Il s'agit d'une condition préalable à l'exercice de la juridiction de la Cour qui ne relève pas de la volonté des parties³⁵⁴. Appliquer le « principe Mavrommatis » aux conditions préalables de la fonction judiciaire de la Cour revient, en fait, à ce que la Cour puisse exercer une fonction judiciaire non attribuée par le *Statut* à la Cour.

En conclusion, un certain sentiment d'incohérence découle de l'enchaînement du principe général de la non incidence des faits postérieurs sur la compétence de la Cour et du « principe Mavrommatis ». Il est en effet difficile de comprendre pourquoi, une fois acquise à la date de la saisine, la compétence de la Cour ne peut être affectée, la Cour n'admettant, au nom de la bonne administration de la justice, que l'exception de non-lieu et, en même temps, que l'absence de compétence à la date de la saisine puisse être réparée par des faits postérieurs. En quoi la dénonciation d'un traité incluant la clause compromissaire invoquée par le demandeur dans sa requête introductive d'instance serait-elle différente de la ratification ultérieure du même traité invoqué comme titre de compétence dans la requête introductive d'instance?

B. Responsabilité internationale et compétence de la Cour

L'action intentée par la Croatie, comme indiqué ci-dessus, a pour objet la reconnaissance de la responsabilité internationale de la Serbie pour des actes de génocides. Or, selon un principe bien établi de droit international régissant le *tempus comissi delicti*, les faits attribuables à l'État accusé doivent, à la date de sa commission, être contraires à une obligation internationale en vigueur.

Ce principe du droit de la responsabilité internationale entraîne une conséquence en matière procédurale : si la compétence de la Cour pour connaître d'une action en responsabilité est fondée sur la clause compromissaire prévue par la *Convention sur le génocide*, elle ne peut connaître des actes antérieurs à l'entrée en vigueur de cette Convention (1). Par ailleurs, s'est posée la question de savoir si la Cour avait compétence pour ordonner des mesures de réparation non prévus par la *Convention sur le génocide* (2).

³⁵³ Voir notamment *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291, Opinion dissidente de M. le juge Owada, au para. 15, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14899.pdf>>. « *In light of the avowed rationale of the principle that certain procedural defects in the jurisdictional consent of the parties present at the time of application can be cured by subsequent actions after the institution of proceedings, the principle cannot extend to the issue of locus standi of the parties, an issue which is legally distinct from and logically precedent to jurisdiction consent. It is useful in this respect to examine all the cases following the Mavrommatis case* ».

³⁵⁴ *Croatie c. Serbie*, Opinion dissidente Ranjeva, *supra* note 301 au para. 10.

1. ATTRIBUTION DES FAITS AUX FINS DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE ET COMPETENCE *RATIONAE TEMPORIS*

La Serbie a contesté la compétence de la Cour au motif que l'action intentée par la Croatie avait trait à des actes ou omissions antérieurs au 27 avril 1992. La Cour, après avoir rappelé la distinction entre les exceptions d'incompétence et les exceptions d'irrecevabilité³⁵⁵, qualifia l'exception serbe d'exception à sa compétence *rationae temporis* et à la recevabilité de la demande de reconnaissance de responsabilité internationale. En clair, selon la Serbie, « la RFY n'est devenue un État et une partie à la *Convention sur le génocide* que le 27 avril 1992 » or les actes antérieurs à cette date ne peuvent lui être attribués et par conséquent, aucune violation d'une obligation internationale ne peut lui être reprochée³⁵⁶.

La Croatie, invoquant l'article 10 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale des États pour faits illicites³⁵⁷, a argué qu'« un État *in status nascendi* est responsable de la conduite de ses fonctionnaires et de ses organes ou de tous ceux qui relèvent de sa direction et de son contrôle »³⁵⁸.

La Cour a, à juste titre, décidé que l'exception serbe n'était pas exclusivement préliminaire et devait, donc, être jointe au fond de l'affaire³⁵⁹. L'exception serbe met en cause des éléments de fait et de droit directement en rapport avec les demandes principales de la Croatie et qui, dans une certaine mesure, ne sont que le volet procédural d'une défense sur le fond.

D'une part, la situation portée à la connaissance de la Cour relève t-elle de l'article 10 du Projet de la CDI (attribution de mouvements insurrectionnels victorieux) ou ne s'agit-il pas, plutôt, d'une succession d'États en matière de responsabilité?

D'autre part, pour se prononcer sur l'exception préliminaire serbe, la Cour doit déterminer si les actes de génocide ont été commis à la date à laquelle la République fédérale yougoslave a commencé à exister en tant qu'État distinct. Or, il s'agit là de questions qui dépendent de l'application des règles en matière de responsabilité internationale et qui ne peuvent être répondues sans une discussion approfondies des éléments de fait et de droit³⁶⁰. En effet, il convient ici de rappeler

³⁵⁵ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 120.

³⁵⁶ *Ibid.* au para. 124.

³⁵⁷ « 1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international. 2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État d'après le droit international. 3. Le présent article est sans préjudice de l'attribution à l'État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des articles 4 à 9. ». Voir « Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-troisième session », *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (Doc. off. CDI NU), 56^e session, A/RES/56/83 [2001], à l'article 10.

³⁵⁸ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 125.

³⁵⁹ *Ibid.* au para. 127.

³⁶⁰ *Ibid.* aux para. 127-128.

que, en ce qui concerne la responsabilité internationale, la règle générale est celle de la non transmission de la responsabilité de l'État prédécesseur du seul fait de la succession ce qui a pour conséquence, en terme de procédure, de rendre la demande irrecevable puisque *actio personalis moritur cum persona*³⁶¹.

2. LA COUR A-T-ELLE COMPÉTENCE POUR ORDONNER DES MODES DE RÉPARATION NON PRÉVUE PAR LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE?

Comme indiqué ci-dessus, la Croatie intente une action en responsabilité internationale et demande à la Cour, outre la déclaration de responsabilité de la Serbie pour violation de la *Convention sur le génocide*, d'ordonner à la Serbie de prendre, en conséquence, certaines mesures.

Or, selon la Serbie, trois de ces mesures sont sans rapport avec la *Convention sur le génocide* et, par conséquent, seraient de ce fait irrecevables³⁶². Il s'agit, d'une part, de la traduction de certaines personnes en justice, d'autre part de la communication de renseignements sur les citoyens croates portés disparus à la suite des prétendus actes de génocides de la Serbie et, finalement, de la restitution des biens culturels.

En effet, hormis la première mesure, qui trouve un fondement dans l'article VI de la *Convention sur le génocide*³⁶³, force est de constater que la

³⁶¹ Voir à ce sujet l'arrêt de la Cour suprême de la Namibie : *Government of the Republic of Namibia and Another v. Cultura 2000 and Another*, [1993] 103 I.L.R. 115 (Cour suprême); Charles Rousseau, *Droit international public : les compétences*, t.3, Paris, Sirey, 1977 aux pp.505-507; Brigitte Stern, «Responsabilité internationale et succession d'États» dans Laurence Boisson de Chazournes et Vera Gowlland-Debbas, dir., *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber amicorum Goerges Abi-Saab*, La Haye, Kluwer Law International, 2001 à la p. 327. À défaut de succession de responsabilité internationale, la responsabilité de l'État successeur doit s'appuyer sur un fait propre tel que la continuation d'un fait illicite continu ou l'appropriation du fait illicite du prédécesseur par le successeur. Ainsi, dans la sentence arbitrale sur *La concession des phares de l'Empire ottoman*, la Grèce fut rendue responsable de la violation d'un accord de concession conclu par la Crète du fait qu'elle a fait sienne la conduite illégale de la Crète : « Dans le cas d'espèce, il s'agit de la violation d'une clause contractuelle par le pouvoir législatif d'un État insulaire autonome dont la population avait durant des dizaines d'années passionnément aspiré, même par la force des armes, à s'unir à la Grèce, considérée comme mère patrie, endossée par cette dernière comme si cette infraction était régulière et finalement maintenue par elle, même après l'acquisition de la souveraineté territoriale sur l'île en question. Dans de telles conditions le Tribunal ne peut arriver qu'à la conclusion que la Grèce, ayant fait sienne la conduite illégale de la Crète dans son passé récent d'État autonome, est tenue, en qualité de successeur, de prendre en charge les conséquences financières de l'infraction au contrat de concession ». Voir *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire Ottoman (Grèce c. France)* (1956), 12 R.S.A. 155 à la p. 198 (Cour permanente d'arbitrage), (Arbitres : J.H.W. Verzijl, Achille Mestre, Georges Charbouris). Ce fut en tout cas clairement l'appropriation de la conduite de la Crète qui rendit la Grèce responsable et non la succession d'États. Dans ce sens le rapporteur spécial Crawford a souligné que « si l'État successeur, confronté à un fait illicite continu sur son territoire, endosse et continue la situation, il peut aisément être inféré qu'il a assumé la responsabilité du fait illicite ». Voir James Crawford, Rapporteur spécial, *Premier rapport sur la responsabilité des États*, Doc. off. CDI NU, 50^e sess., Doc. A/CN.4/490/Add.5 (1998) au para. 282.

³⁶² *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 aux para. 131, 137 et 140.

³⁶³ « Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou

Convention sur le génocide ne prévoit ni l'obligation de fournir les renseignements visés par la Croatie ni l'obligation de restituer des biens culturels. Selon la Serbie, les actes dont il est tiré grief doivent nécessairement constituer des actes de génocide pour que la Cour puisse exercer sa compétence sur la base de la clause compromissoire prévue par l'article IX de la *Convention sur le génocide*³⁶⁴.

La Cour a, sans surprise, rejeté l'exception d'irrecevabilité de la Serbie :

Premièrement, s'agissant de l'obligation de traduire en justice les personnes présumées coupables d'actes de génocide, il ne fait aucun doute que l'article VI de la Convention sur le génocide oblige les États parties à instituer et exercer leur compétence pénale territoriale³⁶⁵. Or, dans l'espèce, pour décider si la Serbie a respecté ou non son obligation internationale la Cour doit, non seulement interpréter et appliquer la Convention sur le génocide, mais aussi décider si, comme le prétend la Serbie, cette demande est sans objet parce que les personnes accusés de génocide ne se trouvent pas sur son territoire, ce qui exige l'analyse du fond de l'affaire.³⁶⁶

Deuxièmement, s'agissant des deux autres mesures, la Cour a souligné que

la question de savoir quels remèdes la Cour pourrait ordonner dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article IX de la Convention dépend nécessairement des conclusions auxquelles elle pourrait en temps utile parvenir quant à des violations de la Convention par le défendeur. Dès lors qu'il s'agit là d'une question relevant essentiellement du fond, et qui est subordonnée à la question principale de responsabilité que soulève la demande, elle n'est pas de nature à faire l'objet d'une exception préliminaire.³⁶⁷

Il convient ici de faire quelques précisions. Le mode de réparation est régi par le droit de la responsabilité internationale et non par le droit des traités³⁶⁸. Or, à moins que le traité en question ne dispose quels sont les conséquences de la violation d'une de ses dispositions et ce à quoi les États parties ont droit³⁶⁹, les conséquences de

devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ». Voir *Convention sur le génocide*, *supra* note 292, art. 6.

³⁶⁴ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 aux para. 135, 138 et 140.

³⁶⁵ Voir aussi *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Arrêt du 26 février 2007, en ligne : CIJ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf>> au para. 442, [*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007].

³⁶⁶ *Croatie c. Serbie*, *supra* note 291 au para. 136.

³⁶⁷ *Ibid.* aux para. 139 et 143.

³⁶⁸ « [...] les conséquences juridiques de la violation d'un traité, y compris [...] la réparation appropriée en cas de violation sont des questions de droit coutumier sur la responsabilité des États ». Voir *Affaire du Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande c. France)* (1990), 94 R.G.D.I.P. 1990/3 aux pp. 838 et s., au para. 75 [*Rainbow Warrior*]. Voir aussi Caroline Laly-Chevalier, *La violation du traité*, Bruxelles, Bruylant, 2005 aux pp. 359 et s.

³⁶⁹ Il s'agit là de la très débattue question des régimes conventionnels auto-suffisants (« *self contained regimes* », c'est-à-dire des systèmes exclusifs de toute application complémentaire des règles du droit international général sur la responsabilité internationale. Voir Bruno Simma, « *Self contained*

la violation du traité relève du droit de la responsabilité internationale. Comme l'a souligné le Tribunal ayant décidé l'affaire *Rainbow Warrior*,

la raison en est que les principes généraux du droit international en matière de responsabilité sont également applicables en cas de manquement à une obligation d'un traité [...] Tout manquement d'un État à ses obligations, quelle qu'en soit la cause, engage donc la responsabilité de cet État et donne lieu, par conséquent, à une obligation de réparation. Un traité particulier bien entendu limiter ou étendre la portée du droit général sur la responsabilité des États, en établissant par exemple un système de réparations applicables.³⁷⁰

On touche ici à une caractéristique essentielle du droit international. À la différence des droits internes, le droit international ne distingue pas, en ce qui concerne les règles secondaires en matière de responsabilité internationale, entre responsabilité « contractuelle » et responsabilité « extracontractuelle » ou délictuelle. La source de l'obligation violée n'a pas, s'agissant de la responsabilité internationale des États, d'incidences sur le traitement de la responsabilité qui s'ensuit.

On comprend alors pourquoi la Cour a considéré que la question relative aux moyens de réparation appropriés d'une violation d'un traité ne peut faire l'objet d'une exception préliminaire. Si, comme le demandait la Serbie, la réparation devait être en rapport avec la *Convention sur le génocide*, la Cour serait systématiquement incompétente pour ordonner une mesure de réparation issue du droit coutumier de la responsabilité internationale qui ne serait pas prévue par le traité violé en question. Si l'on suivait cette voie, la déclaration de responsabilité n'aurait aucune conséquence pour l'État coupable. Or, le régime est exactement inverse : le droit de la responsabilité internationale est inclus et accompagne toute obligation internationale.

* * *

C'est le traitement du « principe Mavrommatis » qui retiendra l'attention du lecteur de l'arrêt de la Cour sur sa compétence. Il nous semble que la Cour a utilisé des moyens douteux pour étendre l'application du « principe Mavrommatis » nonobstant sa jurisprudence antérieure.

S'il est vrai que, en principe, le système des précédents ne s'applique pas en droit international et devant la Cour, force est de constater que le « suivisme » dont fait preuve la Cour de sa propre jurisprudence tend, en pratique, se rapprocher du

regimes » (1985) 16 Netherlands Yearbook of International Law 111 aux pp. 125 et s.; Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, aux pp. 229-233. Sur la pratique en matière de droits de l'Homme voir : Eric Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées : la responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, A. Pedone, 1995 aux pp. 224 et s.

³⁷⁰ *Rainbow Warrior*, *supra* note 368 au para. 75.

système des précédents. La position de la Cour reflète les dangers de ce système de « quasi-précédents » et surtout l'artificialité des « *distinguishing* ». Comme l'a si justement dit le professeur Kolb, « le *distinguishing* sert une finalité générale. Celle-ci est une orientation de politique juridique qui précède toute application d'une technique particulière. La technique ne vient qu'*a posteriori*. Elle est embriguée pour fournir un appui au choix fondamental de rupture jurisprudentielle recherchée. »³⁷¹ En fait, le « *distinguishing* » est rarement convaincant : « il sert de masque, malhabile d'ailleurs, pour un revirement très net de jurisprudence qui n'ose pas dire son nom »³⁷². Le subjectivisme inhérent aux considérations de la « bonne administration de la justice » donne à la Cour une très grande liberté pour choisir le besoin ou non d'agir avec « souplesse » et « réalisme » devant les saisines irrégulières³⁷³.

Il n'est pas inutile de rappeler ici la mise en garde faite par Bentham sur le système des précédents qui, comme l'a souligné Christian Laval, « impose [...] un respect aveugle, non réfléchi et non argumenté, aux décisions antérieures. C'est le règne du pur suivisme (*sheep and goose principle*) [...] c'est le pur et simple dressage (*dog law*) »³⁷⁴. Visiblement, les raisons pour ne pas suivre un précédent relèvent tout aussi du pur suivisme aveugle.

³⁷¹ Kolb, *supra* note 43 à la p. 271. Dans le même sens, les Ranjeva, Shi, Koroma et Parra-Aranguren ont indiqué, à juste titre, que « *for the Court now to decide that it has jurisdiction in this case is inconsistent not only with its earlier findings but also with the express position of the Applicant in this case at the relevant times* ». Voir *Croatie c. Serbie*, Déclaration commune, *supra* note 341 au para. 14.

³⁷² Kolb, *ibid.* à la p. 274.

³⁷³ Les motifs supplémentaires invoqués par la Cour pour justifier le traitement différentiel appliqué à la Serbie et à la Croatie sont, d'ailleurs, essentiellement subjectifs. Afin de renforcer la conclusion selon laquelle il y a lieu, dans les circonstances de la présente affaire, de ne pas s'en tenir à la situation juridique qui existait à la date de la requête, la Cour invoque deux éléments (para. 90). D'une part, la Croatie n'a pas fait preuve de légèreté en introduisant une requête prématurée compte tenu du fait que la République fédérale Yougoslave, en introduisant une instance contre plusieurs États membres de l'OTAN, estimait elle-même avoir la capacité pour participer à une procédure devant la Cour. Or, tout en reconnaissant que cette capacité n'est pas à la disposition des parties (et donc, peu importe ce que la Yougoslavie ou la Serbie eut cru), la Cour considère que rien ne justifie qu'elle fasse « preuve d'une rigueur particulière » sur ce point. D'autre part, tout en rappelant que le dépôt du mémoire au fond de la Croatie (alors que la Croatie était déjà partie au Statut de la Cour) ne saurait être assimilé à la présentation d'un acte introductif d'instance, la Cour relève que ce mémoire, qui fut présenté, « si la Croatie avait, le 1er mars 2001, présenté la substance de son mémoire sous la forme d'une nouvelle requête, ce qu'elle aurait pu faire, aucune question ne se serait posée sur le terrain de l'article 35 du Statut ». À notre sens, ce motif est hautement critiquable. En quoi le fait que la Croatie ait déposé – selon un calendrier de procédure fixé par la propre Cour! – son mémoire sur le fond à telle ou telle fait disparaître le défaut de compétence initiale de la Cour? Par ailleurs, la Cour opère, sans le dire expressément, une fiction : elle fait « comme si » le mémoire du 1^{er} mars 2001 avait introduit une nouvelle instance.

³⁷⁴ Christian Laval, *Jeremy Bentham : Le pouvoir des fictions*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994 à la p. 29.