



Article scientifique

Article

2016

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de justice en 2015

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de justice en 2015. In: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, 2016, vol. 1, n° 26, p. 125–159.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:92912>

Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en 2015

*Robert Kolb**

Sommaire

- I. Introduction : questions générales
- II. L'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt du 3 février 2015
 - A. Résumé
 - B. Commentaires
- III. L'affaire relative à l'*Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt du 24 septembre 2015
 - A. Résumé
 - B. Commentaires
- IV. Les affaires relatives à *Certaines Activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Costa Rica c. Nicaragua et Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt du 16 décembre 2015
 - A. Résumé
 - 1. Différend *Costa Rica c. Nicaragua*
 - 2. Affaire *Nicaragua c. Costa Rica*
 - B. Commentaires

I. Introduction : questions générales

1. L'année 2015 se présente à la CIJ comme une année des deux solstices opposés entre lesquels une équinoxe médiane est venue se placer. Les deux extrêmes sont constitués d'un côté par une affaire lourde de sens et de toute gravité, dans laquelle le droit international pénal tient le haut du pavé : l'affaire du *Génocide*, et de l'autre côté par deux affaires jointes d'une grande technicité, dans lesquelles le droit international de l'environnement fait figure de proue : les affaires *Activités* et *Construction*. Entre ces deux frères opposés, se situe donc une affaire légère et concise, dans laquelle la Cour n'a eu à traiter que d'une exception préliminaire dirigée contre sa compétence, dont elle a pu disposer sans peine et sans affres : l'affaire *Obligation*. Là ne s'arrête pas la

* Professeur de droit international public à la Faculté de droit de l'Université de Genève ; Membre du Comité de rédaction.

gémellité croisée entre les deux affaires opposées sur l'échiquier de l'année 2015. Chacune de ces affaires se présente à son tour comme le frère jumeau d'une affaire précédente devant la Cour. L'affaire *Génocide* promue par la Croatie fait écho à l'affaire du *Génocide* avancée par la Bosnie et dont la Cour a connu en 2007¹. Les affaires centre-américaines s'inscrivent directement dans le sillage et l'héritage de l'affaire des *Usines de Pâte à Papier* que la Cour a tranchée en 2010². La Cour a pu montrer une fois de plus son attachement à sa jurisprudence³, puisqu'elle a eu l'occasion de reprendre à son compte le droit posé dans ces affaires précédentes et parfois aussi certains faits qu'elle avait pu établir précédemment. Il faut noter un autre lien de parenté entre les deux affaires situées aux solstices opposés : l'importance des questions de preuve et la difficulté de convaincre la Cour de la commission d'un génocide ou de l'existence de graves dommages environnementaux. Sur le fond, la Cour continue à exposer le droit avec soin, méticulosité et prudence. Elle ne montre pas de propension à des développements du droit hardis et se prémunit contre tout reproche d'aventurisme. Sur certains aspects de détail, sa prudence peut même sembler excessive (on y reviendra concernant une question de frais de procédure).

2. Le rôle a vu diminuer les affaires portées devant la Cour. Pendant l'année 2015, aucune affaire nouvelle n'est venue s'y placer. Une affaire a donné lieu à un désistement d'instance et la Cour a pu disposer des quatre affaires mentionnées d'entrée. La Cour est actuellement saisie des affaires suivantes : *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie / Slovaquie) ; *Activités armées sur le territoire du Congo* (RDC c. Ouganda) ; *Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique* (Bolivie c. Chili) ; *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà des 200 milles marins de la côte nicaraguayenne* (Nicaragua c. Colombie) ; *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie) ; *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) ; *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire* (Iles Marshall c. Inde, Iles Marshall c. Pakistan et Iles Marshall c. Royaume-Uni) et *Délimitation maritime dans l'océan Indien* (Somalie c. Kenya). Il faut rappeler que la Cour reste aussi saisie de l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua...*, décidée en 2015, concernant la phase éventuelle de l'indemnisation. La Cour est ainsi saisie de huit affaires, dont l'une est composée de défendeurs multiples. Deux affaires sont actuellement en délibéré : *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie...* et *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes*. Dans l'ensemble, c'est un recul significatif, mais probablement pas-

1 Voir dans cette Revue, vol. 18, 2008, p. 124ss.

2 Voir dans cette Revue, vol. 21, 2011, p. 143ss.

3 Voir G. I. HERNANDEZ, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford 2014, p. 156ss.

sager, d'affaires inscrites au rôle. Il serait hasardeux d'y voir une tendance de fond ou de long terme, due à la situation géostratégique tendue et au recul relatif de la place du droit dans les affaires internationales. Du point de vue régional, le rôle est composé d'une affaire européenne, de deux affaires africaines, de quatre affaires américaines (dans trois desquelles le Nicaragua est partie prenante) et de une/trois affaires intercontinentales. Une affaire concerne un devoir de négocier en relation avec des questions territoriales ; deux affaires concernent des suites d'arrêts rendus précédemment ; quatre affaires concernent le territoire et la délimitation ; et une/trois affaires concernent le désarmement.

3. Une affaire inscrite au rôle de la Cour a donné lieu à un désistement. Le 17 décembre 2013, le Timor-Leste avait porté devant la Haute Juridiction une affaire contre l'Australie au sujet d'un différend concernant la saisie et la détention par des agents de l'Etat australien de documents du Timor prétendument protégés par le droit international. Par une lettre conjointe datée du 15 mai 2015, les Parties ont confirmé que, suite à l'Ordonnance de la Cour du 22 avril 2015, l'Australie a restitué au Timor les documents en cause. Sur ces entrefaites, par une lettre datée du 2 juin 2015, l'agent du Timor a précisé que suite à cette restitution, le but de l'instance a été atteint et que son Gouvernement souhaitait se désister de l'instance. L'Australie n'a pas objecté à ce désistement⁴. En conséquence, le 11 juin 2015, le Président de la Cour a rendu une ordonnance prenant acte du désistement du Timor et prescrivant que l'affaire soit rayée du rôle⁵. Cet incident montre un aspect important de la fonction de la Cour, souvent méconnu du fait de son absence de visibilité. La Cour n'a pas pour unique mission de trancher des litiges. Elle sert aussi de plateforme pour relancer des négociations précédemment bloquées ou pour stimuler le défendeur à des concessions sous la menace d'un arrêt éventuellement défavorable. Il arrive dès lors régulièrement que des différends soient réglés *pendente lite*. Ces règlements doivent être mis en partie au crédit de la Cour, dans le sens que son existence et sa saisine contribuent significativement au résultat obtenu. Il ne serait pas mal placé de mettre davantage en exergue cette fonction silencieuse de la Haute Juridiction. Thémis porte épée, mais aussi balance ; elle tranche, mais reste ouverte au dialogue.

4. Il y a lieu de noter une série d'autres événements épars concernant la Cour. Le premier concerne la prestation de serment de trois nouveaux membres de la Cour lors de la séance publique du 6 février 2015⁶. Il s'agit de MM. P. L. Robinson (Jamaïque), J. R. Crawford (Australie) et K. Gevorgian (Russie). Le mandat de neuf ans de ces juges prendra effet à compter du 6 février 2015. Il faut noter aussi qu'à la même date, M. R. Abraham (France) et M. A. Yusuf (Somalie) ont été élus respectivement Pré-

4 Selon l'article 89, § 1, du Règlement de la Cour, le défendeur d'une affaire introduite par requête unilatérale peut s'opposer au désistement demandé par la partie adverse lorsqu'il a déjà fait un acte de procédure.

5 Communiqué de presse 2015/15.

6 Communiqué de presse 2015/1.

sident et Vice-Président de la Cour⁷. En deuxième lieu, et toujours le 6 février, les juges de la Cour ont élu – entre autres – les juges de la Chambre de procédure sommaire⁸. L'article 29 du Statut de la Cour prévoit qu'en vue d'une prompt expédition des affaires, la Cour compose annuellement une chambre de cinq juges appelés à statuer en procédure sommaire lorsque les parties le demandent. Les membres élus sont MM. R. Abraham, A. Yusuf, G. Gaja et Mmes X. Hanquin et J. E. Donogue; MM. A. A. Cançado Trindade et K. Gevorgian ont été élus juges suppléants pour le cas où l'un des membres principaux serait empêché de siéger. Il faut préciser que cette chambre de procédure sommaire n'a jamais, jusqu'ici, été appelée à siéger. En troisième lieu, on peut noter que la Cour se met au goût du jour en ouvrant, le 5 novembre 2015, un compte Twitter⁹. La Cour s'en promet de pouvoir relayer auprès des chancelleries, des médias, du monde universitaire et de la société civile les dernières actualités de l'institution. Le nom de compte certifié est le suivant: @CIJ_ICJ. Pour faciliter le partage des informations aux internautes, une icône Twitter a été apposée à côté de certains liens sur le site internet de la Cour. En quatrième et dernier lieu, on notera le discours du Président de la CIJ devant l'Assemblée générale des Nations Unies le 5 novembre 2015¹⁰. Il y a présenté le bilan et les perspectives de la Cour.

5. Concernant les suites des arrêts rendus, les évolutions donnent lieu à quelques soucis. On notera d'abord que suite à l'arrêt *Chasse à la baleine* (2014), le Japon a établi un nouveau programme de « prélèvements scientifiques » de baleines¹¹. Tout en prétendant se conformer à l'arrêt de la Cour, il persiste un doute important à cet égard. La chasse de la baleine continuera sans doute à être pratiquée pour des raisons culinaires et culturelles. Il n'est pas exclu que l'Australie formule une nouvelle demande à la Cour pour faire vérifier la conformité de la conduite japonaise avec ses obligations internationales. En cas de nouvelle condamnation, le Japon jetterait-il l'éponge? On notera ensuite que la situation après l'arrêt des *Immunités juridictionnelles* (2012) reste bloquée et incertaine. La Cour constitutionnelle italienne a rendu un arrêt « d'extrême dualisme », qui lie entièrement les mains du gouvernement¹². La responsabilité internationale de l'Italie risque d'être engagée si les tribunaux italiens, suite à l'arrêt de la *Consulta*, incompatible avec celui de la CIJ, devaient écarter l'immunité juridictionnelle de l'Allemagne. Il faut ajouter que la Cour de cassation ita-

7 Communiqué de presse 2015/5.

8 Communiqué de presse 2015/6.

9 Communiqué de presse 2015/28.

10 Communiqué de presse 2015/29.

11 Voir Les nouvelles du Svalbard, décembre 2015: <www.svalbard.fr/nouvelle-polaire/baleiniers-japonais-Antarctique>, consulté le 31 décembre 2015.

12 Décision no 238/2014. Sur cette décision et ses suites, voir R. KOLB, « The Relationship between the International and the Municipal Legal Order: Reflections on the Decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court », 2 Questions of International Law, Zoom Out (2014), p. 5–16, <http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/12/02_Constitutional-Court-238-2014_KOLB.pdf>; voir aussi les autres contributions sur ce jugement dans le même Journal.

lienne a, dans deux nouveaux arrêts de 2015, écarté l'immunité d'Etats étrangers (Serbie et Iran) dans des contextes différents que les crimes de guerre liés à la Deuxième guerre mondiale¹³. L'Italie risque de devenir un for mondialement recherché pour porter devant la justice des affaires dirigées contre des Etats. De plus, il faudra voir si et comment ces sentences pourront être concrètement exécutées. On notera enfin que la Cour constitutionnelle colombienne – dans ce cas sur la ligne de la position du Gouvernement colombien – a rendu un arrêt visant à bloquer en droit interne l'exécution de l'arrêt *Nicaragua c. Colombie* de 2012¹⁴. Ces deux mésaventures, italienne et colombienne, montrent que l'exécution des arrêts de la CIJ ne va pas ou pour le moins ne va plus de soi. Des juges internes sont prêts à s'engager plus souvent que par le passé dans un « sécessionnisme juridique » inversant la règle de primauté du droit international sur le droit interne. Le résultat est non seulement que des arrêts de la Cour risquent de rester inexécutés et mais aussi que la responsabilité de l'Etat pourra être engagée au plan international. On a vu le Gouvernement indien mettre en doute la capacité de l'Italie d'exécuter un arrêt éventuellement rendu en sa défaveur par le Tribunal du droit de la mer à Hambourg dans l'affaire des deux militaires italiens détenus en Inde¹⁵. Difficile aussi de ne pas faire le lien avec l'initiative de l'UDC en Suisse portant sur la primauté du droit constitutionnel interne par rapport au droit international. Ce dernier est traité comme un droit étranger hostile et parfois méprisable. L'adoption de l'initiative populaire institutionnaliserait des situations d'impasse comme celles décrites. Elle exposerait la Suisse à de fâcheuses conséquences de politique étrangère. Dans l'ensemble, ces évolutions ne sont qu'un volet de la crise actuelle du droit international. Bien que cet ordre juridique régule de plus en plus de matières et soit omniprésent (il n'y a aucun aspect de la vie internationale dans lequel on ne tomberait pas sur des aspects juridiques), il est aussi progressivement marginalisé dans des questions importantes, comme le montre par exemple le droit relatif à l'utilisation de la force dans la saga sans fin de la guerre syrienne (2011–2016). Quand le droit est marginalisé, la force gagne du terrain¹⁶. A défaut d'épée tempérée par la balance, il restera le sabre tempétueux de la violence.

13 Sentence du 14 septembre 2015, affaire *Dobrivoje*, no 44696 (abattage d'un hélicoptère) ; et Sentence du 20 octobre 2015, affaire *Flatow*, no 22946 (attentat terroriste).

14 Voir « International Law in Brief: Constitutional Court of Colombia Finds that Implementation of ICJ decision Requires Treaty » (May 2, 2014) : <www.asil.org/blogs>, consulté le 31 décembre 2015.

15 Sur cette affaire, voir P. BUSCO & F. FONTANELLI, « Questioni di giurisdizione e immunità nella vicenda della Enrica Lexie, alla luce del diritto internazionale », 3 Rivista trimestriale di diritto penale contemporaneo, (2013), p. 399ss ; D. GUYLFOILE, « Shooting Fishermen Mistaken for Pirates : Jurisdiction, Immunity and State Responsibility », EJIL : Talk !, 2 mars 2012, <www.ejiltalk.org>.

16 La vision Marxiste de C. MIÉVILLE, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, Londres 2005, et C. MIÉVILLE, « The Commodity-Form Theory of International Law: An Introduction », 17 *Leiden Journal of International Law* (2004), p. 302, selon laquelle le droit international est l'ordre juridique de l'exploitation impérialiste, culminant dans le constat que : « The chaotic and bloody world around us is *the rule of law* » (italiques dans l'original), est tendancieuse. Que le droit international

II. L'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt du 3 février 2015¹⁷

A. Résumé

1. La Croatie a introduit une requête le 2 juillet 1999 en faisant valoir des violations de la Convention contre le génocide de 1948 par la Serbie. La base de compétence invoquée est l'article IX de la Convention mentionnée (clause compromissoire). Le défendeur était dans un premier temps la RFY (République fédérative de Yougoslavie), puis la Serbie-et-Monténégro et enfin, dès 2006, la Serbie. La Cour a rendu un arrêt sur la compétence et la recevabilité en 2008¹⁸. Elle avait alors affirmé avoir compétence, tout en réservant certains aspects à la procédure de fond. La Serbie a présenté une demande reconventionnelle au sens de l'article 80 du Règlement. La Croatie, de son côté, est entrée en contact avec cinq témoins nommés par la Serbie, dont certains se sont par la suite retirés. La Cour a demandé à la Croatie de s'abstenir d'entrer en contact avec les témoins nommés par la partie adverse (§ 18). De plus, il y a eu des fuites dans la presse sur l'identité de certains témoins. La Cour a exprimé ses préoccupations (§ 24). Concernant deux témoins, la Haute Juridiction a recouru à des pseudonymes et à des auditions à huis clos. Leurs dépositions n'ont pas été rendues disponibles avant la fin de la procédure orale (§ 33). De plus, certains documents n'ont pas été rendus accessibles et d'autres ont été expurgés des noms de témoins (§ 39). La Serbie a produit tardivement un document nouveau. Etant donné que la Croatie ne s'y est pas opposée, la Cour a versé ce document au dossier en vertu des prévisions de l'article 56 du Règlement (§ 22). Les parties ont soumis du matériel audiovisuel et photographique (§ 34).

ait servi à des fins impérialistes et colonialistes, nul ne songe à en douter. Il suffirait toutefois d'abattre les règles juridiques existantes et le degré relatif de *rule of law* qu'elles garantissent pour se rendre compte que le règne de la violence et du chaos progresserait. Ce n'est pas par hasard que le droit est considéré comme le bouclier du faible, alors que le puissant préfère la force de ses muscles affranchis de fâcheuses contraintes juridiques.

- 17 Sur cette affaire, voir : P. AKHAVAN, « Balkanizing Jurisdiction : Reflections on Article IX of the Genocide Convention in <Croatia v. Serbia> », 28 *Leiden Journal of International Law* (2015), p. 893 ss ; C. FOURNET, « The Actus Reus of Genocide in the Croatia v. Serbia Judgment : Between Legality and Acceptability », *ibid.*, p. 915ss ; M. STEINFELD, « When Ethnic Cleansing is Not Genocide : A Critical Appraisal of the ICJ's Ruling in Croatia v. Serbia in Relation to Deportation and Population Transfer », *ibid.*, p. 937ss ; L. BERSTER, « The Alleged Non-Existence of Cultural Genocide : A Response to the Croatia v. Serbia Judgment », 13 *Journal of International Criminal Justice* (2015), p. 677 ss. Pour le jugement sur la compétence de la Cour rendu en 2008, voir par exemple K. OELLERS-FRAHM, « The Principle of Consent to International Jurisdiction : Is it Still Alive ? Observations on the Judgment on Preliminary Objections in the Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia) », 52 *German Yearbook of International Law* (2010), p. 487 ff.
- 18 Voir cette *Revue*, vol. 19, 2009, p. 152ss.

2. La Croatie fait valoir la violation de diverses dispositions de la Convention contre le génocide de 1948. Elle demande des réparations qu'elle laisse à la Cour le soin de fixer. Elle demande aussi d'intimer au défendeur de prendre des mesures pour traduire en justice des personnes sur lesquelles pèse une forte présomption d'avoir commis des actes de génocide, de communiquer toutes informations en sa possession sur le sort de ressortissants croates disparus et de restituer certains biens culturels. La Croatie demande par ailleurs le rejet des conclusions de la demande reconventionnelle serbe (§ 49–50).

3. La Serbie affirme que certaines demandes croates sont irrecevables, quand les faits sur lesquels elles reposent ont eu lieu à une date antérieure à la naissance de la Serbie comme Etat. Elle affirme aussi que d'autres demandes sont dépourvues de tout fondement et, subsidiairement, que toutes les demandes croates sont dépourvues de tout fondement. Dans sa demande reconventionnelle, la Serbie accuse la Croatie d'avoir commis un génocide contre les Serbes de la Krajina. Elle affirme que la Croatie manque à son obligation de punir ces actes. La Serbie demande à la Cour de condamner la Croatie à prendre immédiatement toute mesure nécessaire pour poursuivre pénalement les auteurs de ces actes, de réparer le dommage causé et de permettre le retour des Serbes expulsés dans leurs foyers abandonnés. La Serbie demande aussi que la Croatie abandonne son jour férié célébrant le triomphe de l'opération génocidaire dite < Tempête > (§ 50–51).

4. La Cour en vient au contexte historique (§ 52ss). Elle évoque ici une fois de plus le processus de dissolution de l'ancienne RFSY suite à la crise économique et à la montée des tensions ethniques et nationales de la fin des années 1980. Suite à l'indépendance de la Croatie, la minorité serbe domiciliée près des régions frontalières se sentit menacée et chercha à obtenir une autonomie. Ces évolutions aboutirent à des combats entre la Croatie et des groupes armés serbes, notamment dans la Krajina. L'armée populaire yougoslave (JNA) intervint dans le conflit. Les actes de guerre incriminés s'inscrivent dans le conflit armé ayant fait rage en été 1991. La reconquête de la Krajina par des troupes croates en 1995 a donné lieu à une autre série d'actes incriminés.

5. La Cour examine à ce stade la compétence et la recevabilité des demandes présentées (§ 74ss). Elle se penche d'abord sur la compétence. Dans l'arrêt de 2008, la Cour avait jugé que la deuxième exception préliminaire n'avait pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire. La décision à son égard avait dû être reportée au stade actuel de la procédure. Cette exception touche à un problème temporel : l'article IX de la Convention contre le génocide de 1948 ne peut pas conférer compétence à la Cour pour des actes ou omissions ayant eu lieu avant le 27 avril 1992, date de la naissance de la RFY comme Etat et comme partie à la Convention. La Cour rappelle que sa compétence est limitée à la seule Convention contre le génocide pourvue d'une clause compromissoire. Le droit international coutumier relatif au génocide en est exclu. La Convention de 1948 n'a pas de portée ré-

troactive. Ainsi, le devoir de 'prévenir' le génocide ne s'applique qu'à des actes qui pourraient être commis après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'Etat concerné, non à des actes antérieurs à cette date. Quant à l'obligation de punir les perpétrateurs, les conventions qui l'établissent rétroactivement contiennent des clauses expresses en ce sens, comme c'est le cas de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et du crime de génocide (1968). Les travaux préparatoires de la Convention de 1948 donnent également à penser que la Convention n'était censée s'appliquer que pour l'avenir et non rétroactivement (par exemple aux actes commis pendant la Deuxième Guerre mondiale). Dans l'affaire *Belgique c. Sénégal* de 2012, la Cour a similairement conclu à la non-rétroactivité de la Convention contre la torture de 1984. La non-rétroactivité s'étend à la responsabilité pour violation de la Convention de 1948. Deux arguments supplémentaires doivent toutefois être examinés.

6. En premier lieu, il y a l'article 10, § 2, des Articles sur la Responsabilité des Etats de 2001 (ci-après ARE). Il concerne la responsabilité pour des actes d'un mouvement insurrectionnel créant un nouvel Etat (§ 102ss). Or, cette disposition ne concerne que l'attribution d'actes à l'Etat nouvellement créé. Elle n'engendre pas des obligations juridiques s'imposant à cet Etat ou au mouvement insurrectionnel en cause. L'article 13 ARE dispose par ailleurs que l'Etat en cause doit être lié par une obligation au moment où le fait se produit pour que cette obligation lui soit applicable et donne lieu à la responsabilité. Or, la RFY n'était pas liée par la Convention de 1948 au moment des faits. L'article 10, § 2, ARE ne constitue pas une base juridique autonome pour créer ce lien. Il ne concerne qu'une hypothèse d'attribution particulière. En deuxième lieu, se pose la question de la succession d'Etats à la responsabilité internationale (§ 106ss). Est-ce que les actes et omissions d'avant le 27 avril 1992 auraient pu passer par succession de l'ancienne RFSY à la nouvelle RFY? La question entre dans le champ de la Convention de 1948, car la RFSY était liée par cette Convention: il n'y a donc pas ici de rétroactivité induite. Les règles relatives à la succession d'Etats du droit international général peuvent être connues par la Cour sous couvert de la clause compromissoire, tout comme c'est le cas des règles générales sur l'interprétation des traités ou sur la responsabilité internationale. De plus, le principe issu de l'affaire de l'*Or monétaire pris à Rome* (1954) concernant la position juridique d'un Etat tiers à l'instance n'est pas applicable à un Etat ayant cessé d'exister (la RFSY). En effet, pareil Etat n'est plus titulaire d'aucun droit et ne peut donner ou refuser son consentement à la compétence de la Cour (§ 116). Comme le différend porté devant la Cour entre dans le champ de l'article IX de la Convention, point n'est besoin à ce stade de déterminer s'il y a eu succession dans la responsabilité. Cette question relève du fond et ne devra être tranchée que si la Cour estimait que des actes de génocide ont été commis avant la date indiquée. Ce n'est qu'alors que ces actes ou omissions auraient pu passer par voie de succession.

7. La Cour se tourne désormais vers les questions de recevabilité (§ 118–119). L'argument a été soulevé selon lequel la Croatie ne saurait invoquer des événements antérieurs à la date à laquelle elle est devenue partie à la Convention de 1948 (le 8 octobre 1991). Toutefois, la Cour souligne que des événements antérieurs peuvent jeter de la lumière sur des événements immédiatement postérieurs. Dès lors, il faudra apprécier d'abord l'ensemble des éléments de preuve pour voir si cette question de recevabilité se pose concrètement.

8. Arrivée à ce stade, la Cour analyse la recevabilité de la demande reconventionnelle serbe (§ 120ss). L'article 80, § 1, du Règlement exige une connexité directe en fait et en droit avec l'objet de la demande principale. Ce lien de connexité direct existe en l'espèce. Le fondement juridique de la demande repose sur la Convention de 1948 et concerne le même conflit armé.

9. La Cour précise ensuite le droit applicable (§ 124ss). Il se limite à la Convention contre le génocide de 1948. Sont comprises dans le domaine du droit applicable les questions d'interprétation et d'application de ladite Convention, ainsi que les règles du droit international général sur l'interprétation des traités et sur la responsabilité des Etats. Pour déterminer si un génocide a été commis, la Cour prendra en compte les décisions des tribunaux pénaux internationaux, en particulier les jugements du TPIY, comme elle l'avait déjà fait en 2007 dans l'affaire *Bosnie c. RFY*. La définition du génocide est contenue dans l'article II de la Convention. La *mens rea* de l'infraction pose la nécessité d'une intention de détruire un groupe protégé. Cet élément constitue l'exigence d'un dol spécial. Celui-ci s'ajoute à l'élément constitutif subjectif propre à chacun des actes ou omissions incriminés. La < destruction > du groupe doit être physique ou biologique, c'est-à-dire qu'elle doit porter pour le moins sur la capacité du groupe à se renouveler et à assurer sa pérennité. Comme la Convention vise à sauvegarder l'existence de certains groupes et que le groupe en tant que tel est l'objet de l'intention génocidaire, une intention de détruire ne peut que difficilement être établie par la commission d'actes isolés. De plus, il ne suffit pas de viser certaines personnes ; il faut vouloir détruire, en tout ou en partie, le groupe lui-même. Le terme < en partie > doit être apprécié en fonction de plusieurs critères (voir l'arrêt de 2007). En tout cas, la destruction doit viser une partie substantielle du groupe. Le génocide peut toutefois être perpétré dans une zone géographique précise. Il est à cet égard important de prendre en compte la représentativité de la fraction du groupe visé. La preuve du dol spécial se manifeste dans un plan étatique établissant l'intention. Alternativement, elle découle d'inférences indiquant que l'intention spéciale de détruire est la seule qui puisse raisonnablement se déduire des actes en cause (§ 148).

Lactus reus est également précisé dans l'article II de la Convention. Pour constituer un génocide les actes doivent-ils être contraires au droit international humanitaire ? Des actes conformes au droit international humanitaire peuvent-ils constituer l'élément matériel du crime de génocide (par exemple des actes légitimes d'hostilité) ? La Cour précise qu'il s'agit de deux corps de règles distinctes poursuivant des objec-

tifs différents. La compétence de la Cour, en tout état de cause, se limite présentement à la Convention contre le génocide. Le terme < meurtre de membres du groupe > se réfère au fait de tuer intentionnellement des membres du groupe. Le terme < atteinte grave à l'intégrité physique ou morale de membres du groupe > suppose que l'atteinte doit être d'une gravité telle qu'elle contribue à la destruction physique ou biologique du groupe. Les travaux préparatoires de la Convention confirment cette interprétation. Il en va de même des travaux de la Commission du droit international ou de la jurisprudence du TPIY (voir les affaires *Krajisnik*, 2006 ou *Tolimir*, 2012). Le viol et d'autres actes de violence sexuelle peuvent constituer l'élément matériel du crime de génocide. L'absence d'information sur le sort de personnes disparues constitue une souffrance psychologique par leurs proches ; toutefois, pour entrer dans la sphère de la Convention, elle doit contribuer à la destruction physique ou biologique du groupe. Le terme < soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique > vise les cas autres que le meurtre, par lesquels l'auteur cherche à obtenir, à terme, la mort des membres du groupe. Il s'agit par exemple de la privation de nourriture, de soins médicaux, de logements ou de vêtements, du manque d'hygiène, de l'expulsion systématique du chez soi, de l'épuisement par des travaux ou de efforts physiques excessifs etc. Concernant le déplacement forcé (nettoyage ethnique), la Cour maintient sa jurisprudence de 2007. Un tel déplacement ne constitue pas automatiquement un génocide, sauf si les conditions du déplacement sont de nature à entraîner la destruction physique du groupe (§ 163). Le terme < mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe > inclut le viol et d'autres actes de violence sexuelle, s'ils sont de nature à entraver les naissances au sein du groupe, notamment s'ils sont de caractère systématique et ambitionnent par exemple de créer un traumatisme psychologique chez les victimes.

10. La Cour passe aux questions d'administration de la preuve (§ 167ss), en commençant par la charge de la preuve. La règle en la matière est qu'il appartient à la partie qui allègue un fait d'en établir l'existence. Cette règle n'a toutefois pas un caractère absolu. Elle varie selon la nature du différend et des faits. Des exceptions existent, par exemple pour la preuve de faits négatifs (cf. l'affaire *Diallo*, 2010). De plus, la partie adverse demeure sous l'obligation de coopérer à l'établissement de la preuve (cf. l'affaire *Usines de Pâte à Papier*, 2010). En l'espèce, il n'y a aucun motif de renverser la charge de la preuve. La Cour passe ensuite au critère d'établissement de la preuve. Elle rappelle que des accusations d'une exceptionnelle gravité, comme c'est le cas du génocide, doivent être prouvées par des éléments ayant pleine force probante et doivent être clairement avérées (§ 178). Enfin, il est question des modes de preuve. Les jugements du TPIY ont une grande valeur probante (cf. l'affaire du *Génocide* de 2007). Les décisions du Procureur de ne pas inclure ou de retirer l'accusation de génocide sont un autre élément, éventuellement important, à prendre en considération. Les rapports émanant d'organes officiels ou indépendants doivent être appréciés selon divers critères : la neutralité de la source, la manière dont le document a été

établi (par exemple article de presse ou procédure quasi-judiciaire), la nature et le caractère du document (par exemple, sa force probatoire sera accrue s'il contient des déclarations contraires aux intérêts de l'auteur) etc. Les déclarations de personnes, signées ou non signées, doivent être appréciées par la Cour au cas par cas. Des déclarations reposant seulement sur les ouï-dire n'ont que peu de poids. Dans le cas d'espèce, nombre de déclarations déposées par la Croatie sont défectueuses: par exemple des déclarations d'audition par des forces de police croates, non signées, et dont les propos rapportés semblent ceux des policiers eux-mêmes.

11. S'agissant de l'examen du fond de la demande principale (§ 200ss), se pose tout d'abord la question de l'élément matériel (*actus reus*) du génocide et, en premier lieu, le meurtre (article II, lettre a). Pour la Slavonie Orientale: il y a eu des attaques indiscriminées contre la population civile et quelques massacres après la reddition de villes; parfois, les dépositions sont peu probantes, car elles reposent sur des ouï-dire. Pour la Slavonie Occidentale: la Cour écarte des déclarations non signées et reposant sur des ouï-dire; elle écarte aussi un rapport de l'ONG Helsinki Watch de caractère trop vague. Les preuves sont insuffisantes. Pour la région de Banovina/Banija, il y a des témoignages probants pour quelques meurtres, ainsi que des jugements du TPIY. Pour la région de Lika: la Cour se fonde sur des jugements du TPIY et sur des admissions de la Serbie. Pour la région de la Dalmatie: la Cour se fonde sur des jugements du TPIY. Dans l'ensemble, il y a eu un grand nombre de meurtres de membres du groupe protégé (§ 295). Vient ensuite < l'atteinte grave... > (article II, lettre b). La Cour examine les preuves pour les régions de Slavonie Orientale et Occidentale, ainsi que pour la Dalmatie. Il s'agit matériellement d'actes de torture, de mauvais traitements et de violences sexuelles. On notera surtout que la Cour estime que, concernant l'argument de l'atteinte grave à l'intégrité mentale due à la non-information sur le sort de personnes disparues, la Croatie n'a pas apporté de preuve que la souffrance psychologique ait été telle qu'elle remplît les conditions requises par la lettre b (§ 356). Au total, la Cour estime que de nombreux cas de torture, mauvais traitements et viols sont établis (§ 360). On se tourne désormais vers la < soumission intentionnelle... > (article II, lettre c). Il y a ici diverses allégations. Viols: des viols ont été prouvés, mais il n'a pas été démontré qu'ils aient été commis à une échelle pouvant causer la destruction du groupe (§ 364). Privations alimentaires: il y a eu certaines privations occasionnelles, mais non systématiques, ce qui ne suffit pas pour établir les éléments de la lettre c (§ 368). Privation de soins médicaux: *idem* (§ 372). Expulsion systématique des logements et déplacements forcés: il y a eu la création d'un climat coercitif contre les non-Serbes par la violence et l'intimidation systématique avec le but de les faire partir. Toutefois, la Cour n'est pas en possession de preuves lui permettant de conclure que le déplacement forcé ait été effectué dans des conditions telles qu'il devait entraîner la destruction physique totale ou partielle du groupe. L'élément matériel de la lettre c n'a donc pas été démontré (§ 376-377). Restriction des déplacements: il y a eu restrictions à la liberté de mouvement et de circulation. Or, ces pratiques de restric-

tion peuvent entamer ou détruire l'identité culturelle du groupe. Elles ne sauraient être perçues comme devant entraîner sa destruction physique. L'élément matériel de la lettre c n'est donc pas satisfait (§ 380). Port forcé de signes d'appartenance ethnique: ces signes (notamment un ruban blanc) ont eu pour objectif une stigmatisation. Ils ne mènent pas en eux-mêmes à la destruction physique du groupe. Il est vrai qu'ils peuvent toutefois la préparer. Pris isolément, ces signes n'entrent pas dans le champ d'application de la lettre c, mais ils peuvent être pris en compte pour établir l'intention de détruire le groupe protégé (§ 381–382). Pillage: des pillages sont établis, mais ne constituent pas l'élément matériel de la lettre c (§ 385). Destruction et pillage du patrimoine culturel: ici encore, il n'y a pas de destruction physique du groupe. Le génocide culturel n'a pas été retenu dans la Convention de 1948. Toutefois, ces destructions sont un élément à prendre en compte dans l'établissement de l'intention de détruire physiquement le groupe (§ 390). Travail forcé: la qualification du travail forcé en tant qu'élément matériel de la lettre c dépend des conditions dans lesquelles il est effectué. En l'espèce, le travail semble avoir visé à accélérer l'expulsion forcée. Il ne s'agit une fois de plus pas d'un cas de destruction physique de membres du groupe (§ 393). En conclusion, la Croatie n'a pas établi que des actes susceptibles de constituer l'élément matériel du génocide, au sens de la lettre c, ont été commis. Viennent maintenant les < mesures visant à entraver les naissances... > (article II, lettre d). Il s'agit de violences sexuelles ou de castrations. La Cour n'a pas d'élément lui permettant de conclure que des viols auraient été commis pour entraver des naissances au sein du groupe (§ 397). Il en va de même pour les autres violences sexuelles. L'élément matériel de la lettre d n'est donc pas rempli (§ 400). Au total, il ne reste que les infractions constatées sous les lettres a et b.

12. La Cour doit, à ce stade, examiner l'élément intentionnel (*mens rea*) (§ 402ss). Il s'agit de l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe protégé. Première question: les Croates visés étaient-ils une partie substantielle du groupe protégé? La Cour constate que du point de vue quantitatif, les personnes concernées constituaient en nombre un peu moins de la moitié des Croates de souche vivant en Croatie. Il s'agit là d'une fraction substantielle du groupe des Croates (§ 406). Deuxième question: existe-t-il une ligne de conduite traduisant l'intention de détruire le groupe? Il y a bien eu des attaques généralisées, exécutées selon un schéma similaire. Mais y avait-il l'intention de détruire? Il faut que cette intention soit la seule déduction raisonnable que l'on puisse tirer de la ligne de conduite. Le but poursuivi par les auteurs des actes en question a été décrit par le TPIY, notamment dans l'affaire *Martic*: il s'agissait de rattacher à la Serbie les zones de la Bosnie et de la Croatie habitées par des Serbes en vue d'établir un territoire unifié. En d'autres termes, il s'agissait de pratiquer le déplacement forcé et l'épuration ethnique en vue de créer un Etat serbe ethniquement homogène (§ 424). Il en découle que le but poursuivi n'était pas la destruction du groupe mais une politique visant à le forcer à quitter les territoires en cause (§ 426). Parfois, il s'agissait simplement de punir ceux qui n'acceptaient pas le contrôle de leur

région par le Gouvernement fédéral yougoslave (§ 429). A cet égard, il faut faire état aussi des nombreux cas où les Serbes n'ont pas tué ou physiquement éliminé les Croates tombés en leur pouvoir. Dès lors, la Croatie n'a pas établi que la seule déduction raisonnable de la ligne de conduite serbe soit l'intention de détruire au sens susmentionné. La Cour relève à cet égard que le Procureur du TPIY n'a jamais inculqué des individus concernés par la présente affaire pour crime de génocide. Un génocide n'ayant pas été démontré, la demande de la Croatie doit être rejetée dans sa totalité (§ 441). Les questions relatives à la recevabilité soulevées plus haut ne doivent donc pas être tranchées.

13. La Cour passe maintenant à l'examen au fond de la demande reconventionnelle serbe (§ 443ss). Les Serbes de la Krajina constituent un groupe national ou ethnique et représentent une partie substantielle du groupe total. Les parties l'admettent. Quant à l'élément matériel (*actus reus*), les moyens de preuve suivants ont été produits : des rapports d'organisations non gouvernementales – ils ne sont probants que si les faits relatés sont corroborés par d'autres sources ; des rapports de l'ONU en matière de droits de l'homme – ils ont un poids probatoire certain ; des témoignages et dépositions divers – ils peuvent, selon les cas, avoir un poids significatif. Divers actes ont été allégués. Meurtre de civils par des bombardements indiscriminés : la Cour renvoie à l'affaire *Gotovina* du TPIY, cassée toutefois par la Chambre d'appel. Au vu du raisonnement de la Chambre d'appel, la Cour ne peut tenir pour établis les faits d'artillerie indiscriminés. En tout état de cause, des attaques dirigées contre les objectifs militaires ne peuvent constituer des meurtres intentionnels au sens de la lettre a de l'article II (§ 474). Déplacement forcé : il n'est pas en soi constitutif du crime de génocide (voir l'affaire *Génocide* 2007). En l'espèce, la Cour ne possède pas d'éléments lui permettant de conclure que le déplacement devait entraîner la destruction physique du groupe (§ 480). Meurtre de personnes fuyant les villes attaquées : il y a des éléments de preuve suffisants (rapports, témoignages) pour quelques attaques de ce type. La Cour se fonde par exemple sur un Rapport de E. Rehn présenté à la Commission des droits de l'homme des Nations Unies. Ces meurtres entrent dans le champ matériel de la lettre a (§ 485). Meurtre de Serbes restés dans des zones protégées par les Nations Unies : ces actes sont établis par des témoignages dans l'affaire *Gotovina*, non infirmés par la Chambre d'appel et corroborés par le Rapport Rehn précité. Ils entrent dans le domaine matériel de la lettre a (§ 493). Mauvais traitements : *idem* (§ 495–496). Destructures et pillages : il n'est pas prouvé que ces actes aient eu pour but de détruire physiquement les membres du groupe (§ 497–498). En conclusion, des actes remplissant les conditions matérielles des lettres a et b ont été commis.

14. Il faut maintenant analyser l'élément intentionnel, c'est-à-dire le dol spécial (§ 500ss). Il y a ici surtout le procès-verbal de la Réunion de Brioni entre F. Tudjman et de nombreux chefs militaires croates en vue de préparer l'Opération Tempête pour la Krajina. Or, selon la Cour, ce procès-verbal n'établit pas l'intention de détruire le

groupe serbe. Il se concentre sur la préparation d'une opération militaire et sur le nettoyage ethnique concomitant (cf. TPIY, *Gotovina*, Chambre d'Appel). Le nettoyage ethnique n'est pas en soi constitutif de génocide. De plus, les actes établis ne sont pas d'une telle ampleur que l'on puisse admettre une intention génocidaire (§ 514). L'existence d'un dol spécial n'a donc pas été établie. La Cour doit en conséquence rejeter la demande reconventionnelle serbe. Cette demande reconventionnelle est rejetée dans sa totalité (§ 522).

15. La Cour rappelle que ses conclusions sont basées uniquement sur la Convention contre le génocide et restent sans préjudice de la responsabilité des parties à raison de la violation d'autres obligations internationales. La Cour encourage les parties à poursuivre leur coopération en vue d'offrir aux victimes des réparations appropriées et de consolider ainsi la paix et la stabilité dans la région (§ 523).

16. Dans le dispositif (§ 524), la Cour rejette par 11 voix contre 6 la deuxième exception d'incompétence de la Serbie portant sur les faits antérieurs au 27 avril 1992 (contre : les Juges Tomka, Owada, Skotnikov, Xue, Sebutinde et Kreca, *ad hoc*). La Cour rejette la demande principale de la Croatie par 15 voix contre 2 (contre : les Juges Cançado Trindade, Vukas, *ad hoc*). Enfin, la Cour rejette la demande reconventionnelle serbe à l'unanimité. – Les Juges Xue et Donoghue joignent à l'arrêt des Déclarations. Les Juges Tomka, Owada, Keith, Skotnikov, Gaja, Sebutinde, Bhandari et Kreca (*ad hoc*) joignent à l'arrêt l'exposé de leur opinion individuelle. Les Juges Cançado Trindade et Vukas (*ad hoc*) joignent à l'arrêt l'exposé de leur opinion dissidente. Des résumés de ces opinions se trouvent sur le site internet de la Cour.¹⁹

B. Commentaires

17. Nous pouvons ici largement renvoyer aux commentaires à l'arrêt du *Génocide* de 2008²⁰, qui constitue la matrice du présent jugement. Le point le plus général à relever est le degré auquel l'analyse juridique méticuleuse (presque extraordinairement comptable) de la Cour tranche avec les formules larges et à l'emporte-pièce, très souvent émotionnelles et généreuses, auxquelles le crime de génocide est soumis dans la presse et dans les déclarations de divers acteurs sociaux. Le < crime des crimes > jette l'opprobre suprême et se voit ainsi soumis à La Haye à une analyse juridique restrictive²¹ ainsi qu'à une exigence de preuve très élevée. Au contraire, dans les autres cercles mentionnés, le génocide est souvent une arme de lutte politique pour la reconnaissance de torts causés, la stigmatisation maximale d'un gouvernement ou encore l'attestation lénitive d'une droite morale de l'orateur. On mesure aisément la distance

¹⁹ <www.cij-icj.org>.

²⁰ Cette *Revue*, vol. 18, 2008, p. 145 ss.

²¹ Voir par exemple le traitement de la question des personnes disparues et de l'information des proches (§ 160); ou la question du déplacement forcé (§ 163).

entre les deux pôles et les accusations possibles des seconds portées contre la première, c'est-à-dire contre la Cour. En somme, le génocide au sens juridique, tel qu'exposé par la Cour, est une notion significativement plus étroite que le génocide du langage courant, réceptacle dans lequel confluent des actes de nature très diverse.

18. Comme en 2007, le fait que la Cour n'ait eu qu'une compétence limitée à la Convention de 1948, c'est-à-dire au génocide selon cette Convention, a scellé le sort de l'affaire. Si la Cour avait eu la compétence de se prononcer sur les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre, le résultat aurait été fort différent. Les clauses compromissaires insérées dans un traité mènent à un rétrécissement parfois décisif de la compétence consensuelle. Elles peuvent par ailleurs fragmenter l'application du droit, la Cour étant confinée à un petit secteur de la normativité internationale²². La question cruciale est alors de savoir dans quelle mesure la Cour est prête, par voie d'interprétation, à considérer que le droit international général fait « partie » du droit de la convention, notamment à travers la porte d'entrée que constitue l'article 31, § 3, lettre c, de la CVDT de 1969. Il enjoint à l'interprète de tenir compte, entre autres, « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». Le résultat est que certaines règles de droit international général ou particulier, liées au traité, peuvent être considérées, du point de vue de la compétence, comme faisant partie de celui-ci. La question est évidemment de savoir où la limite doit être tracée. La jurisprudence de la Cour y apporte certaines réponses²³. Dans la présente affaire, la Cour souligne – dans la droite ligne de sa jurisprudence antérieure – que les règles générales sur l'interprétation des traités (droit coutumier et articles 31 à 33 de la CVDT de 1969) et sur la responsabilité des Etats pour violation du traité (droit coutumier, reflété en partie dans les Articles de 2001 de la CDI) font ainsi partie du traité. Elle ajoute un point nouveau, qui élargit un peu plus la fenêtre des clauses compromissaires vers le droit international général : les règles sur la succession d'Etats (passage d'un territoire de la souveraineté d'un Etat à un autre) tombent dans le domaine de compétence d'une clause compromissoire quand il s'agit de la succession d'Etats à la convention qui en est porteuse (§ 115). Le lien avec le traité est manifestement si fort qu'il serait artificiel d'expulser la question de cette succession du domaine de la clause compromissoire. Ce serait d'autant plus illogique que la clause compromissoire couvre expressément le domaine de « l'application de la convention ». Or, cette dernière dépend parfois de la succession d'un Etat aux obligations conventionnelles en cause. Connaître de l'applicabilité de la convention (domaine expressément concédé) suppose de connaître de la succession (domaine

22 Voir E. CANNIZZARO & B. BONAFÉ, « Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the Oil Platforms Case », 16 *European Journal of International Law* (2005), p. 481ss. Et voir aussi P. AKHAVAN, « Balkanizing Jurisdiction: Reflections on Article IX of the Genocide Convention in < Croatia v. Serbia > », 28 *Leiden Journal of International Law* (2015), p. 893 ss.

23 Cf. R. KOLB, *The International Court of Justice*, Oxford 2013, p. 427 ss.

implicitement concédé). On s'aperçoit que le raisonnement est celui d'une compétence implicite, analogiquement à l'inférence de pouvoirs implicites des organisations internationales.

Il est proposé désormais au lecteur de signaler certains points intéressants de l'arrêt en lieu et place d'une analyse complète.

19. En premier lieu, la présente affaire offre un exemple d'une exception préliminaire qui n'a pas < dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire >²⁴. La Cour n'avait pas pu en disposer dans son arrêt sur les Exceptions préliminaires de 2008²⁵ et l'avait renvoyée au stade du fond. Il existe en effet des situations dans lesquelles une exception, notamment sur des questions de recevabilité, paraît tellement inextricablement liée à des éléments du fond qu'il n'est pas possible de la trancher au stade préliminaire en respectant les exigences de la bonne administration de la justice. La Cour doit dans ces cas d'abord entendre les arguments des parties sur le fond pour pouvoir se faire une idée des faits qui lui servent à décider y compris sur l'exception. Tel était le cas, selon la Cour, de l'exception concernant l'absence de compétence pour des actes ou omissions ayant eu lieu avant le 27 avril 1992, c'est-à-dire antérieurs à la naissance de la RFY comme Etat. Cette exception posait des questions quant à l'attribution d'actes antérieurs au nouvel Etat, c'est-à-dire des questions de succession d'Etats à des délits. Elle soulevait aussi des questions de responsabilité de l'Etat pour des actes d'un parti insurrectionnel. Le lien avec le fond est manifeste : si, par exemple, aucun acte de génocide ne peut être démontré pour la phase avant le 27 avril 1992, l'exception tombe d'elle-même. Savoir si de tels actes ont été commis suppose une administration de la preuve au fond.

Toutefois, à la lecture de l'arrêt de 2015, on peut se poser la question de savoir si – à la lumière de l'analyse offerte – une décision sur cette exception n'aurait pas été au moins partiellement possible en 2008. La Cour insiste sur la non-rétroactivité de la Convention de 1948 ; le même argument de non-rétroactivité est reproduit pour l'article 10, § 2, des ARE de 2001 ; il est accompagné de l'argument supplémentaire que la règle applicable au parti insurrectionnel ne crée pas des obligations matérielles. Sur ces deux points, la Cour aurait pu arriver aux mêmes conclusions avec les éléments dont elle disposait en 2008. Il n'en va pas nécessairement de même du dernier aspect, à savoir celui ayant trait à la succession d'Etats aux délits. Comme la Cour l'explique, ce point ne doit être tranché que si des actes de génocide sont établis (§ 117). Comme nous l'avons déjà vu, cela suppose forcément un examen du fond. Il va de soi que la Cour aurait alternativement pu trancher en 2008 la question de la succession aux délits internationaux d'un point de vue général. La question est toutefois complexe et

24 Article 79, § 9, du Règlement de la Cour de 1978.

25 CIJ, Recueil, 2008, p. 456 ss, §§ 120 ss.

jusqu'ici peu étudiée²⁶. On comprend que la Cour ait voulu éviter de s'engager dans une analyse difficile, alors qu'elle pouvait légitimement s'attendre à ce que la question ne surgisse pas à défaut de constat de crime de génocide. De ce point de vue, un renvoi au fond apparaissait comme une solution d'économie procédurale.

20. A propos de la catégorie d'exceptions préliminaires qui n'ont pas un caractère exclusivement préliminaire dans les circonstances de l'espèce, il faut rappeler que les années 1960 ont été le témoin d'une certaine insatisfaction avec le droit et la pratique de la Cour vis-à-vis des exceptions préliminaires et de l'ancienne < jonction au fond >²⁷. Les affaires du *Sud-Ouest Africain* de 1962 et 1966 ont été perçues comme un désaveu d'une décision sur les exceptions par un arrêt de fond postérieur et l'affaire de la *Barcelona Traction*, surtout, a été perçue comme l'exemple emblématique d'une politique judiciaire des exceptions préliminaires manquée. La jonction au fond de certaines exceptions préliminaires a ouvert la voie à une procédure des plus longues, étirée sur une petite dizaine d'années. La Cour a finalement refusé de reconnaître à la Belgique la qualité pour agir. Il apparaissait après coup que cette exception préliminaire sur le *locus standi* aurait pu et dû être retenue au stade préliminaire, ce qui aurait évité des années de procédure stérile et coûteuse. C'est la raison pour laquelle, lors de la révision du Règlement de 1972 (puis de 1978), la faculté de < joindre une exception au fond > a été supprimée. Cette suppression avait pour but d'éliminer le caractère subjectif ou discrétionnaire du pouvoir avec lequel la Cour pouvait renvoyer l'exception au fond. En effet, le texte de l'ancien Règlement prévoyait seulement que la Cour < statue sur l'exception ou la joint au fond >. Toutefois, comme il existe des exceptions qu'il est impossible de traiter au stade préliminaire, le nouveau Règlement dispose, à son article 79, § 9, que : « La Cour, après avoir entendu les parties, statue dans un arrêt par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette *exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire* » (italiques ajoutées). Dans l'esprit des rédacteurs de la nouvelle disposition, il ne s'agissait pas d'une simple modification cosmétique : le droit relatif à la < jonction au fond > était coloré à la discrétion de la Cour ; le droit relatif au < caractère non exclusivement préliminaire > d'une exception est censé refléter une qualité objective de cette exception et éliminer la discrétion. Cette qualité objective repose sur le fait que l'exception est tellement inextricablement liée au fond qu'on ne saurait la traiter au stade préliminaire parce qu'on préjugerait du fond (contrairement au grand principe selon lequel les exceptions préliminaires ne doivent pas préjuger du fond) ou parce qu'on ne possède pas les informations indispensables pour la trancher. Il faut noter aussi que le nouveau droit est essentiellement circonstanciel. Le caractère d'une exception dans

26 Voir notamment la Résolution de l'IDI, Quatorzième Commission, La succession d'Etats en matière de responsabilité internationale, 28 août 2015, Session de Tallinn, disponible sur <www.justitiaetpace.org>.

27 Cf. H. THIRLWAY, « The Law and Procedure of the International Court of Justice: Part Twelve », 72 *British Yearbook of International Law* (2001), p. 141 ss ; H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. I, Oxford 2013, p. 980 ss.

l'abstrait est sans pertinence ; le seul critère est son caractère < dans les circonstances de l'espèce >, c'est-à-dire la capacité de la Cour d'en connaître avant le stade du fond telle qu'elle se présente concrètement en l'espèce. Enfin, il faut souligner que la formule porte que l'exception doit ne pas être < exclusivement > préliminaire pour qu'il soit possible de la renvoyer au fond. Il n'est pas question qu'elle ne doive pas être < essentiellement > préliminaire. Cela ouvre, malgré tout, une certaine latitude d'interprétation.

21. En deuxième lieu, la Cour soulève la question intéressante de savoir si la règle dite de l'*Or monétaire* s'applique à un Etat « défunt » ; la Cour le nie. On se rappelle que cette règle issue de la décision homonyme de 1954²⁸ porte que la Cour ne peut pas exercer une compétence consensuelle régulièrement conférée par les parties lorsqu'elle est appelée à se prononcer, pour pouvoir trancher la question à elle soumise, au préalable sur les droits et devoirs juridiques internationaux d'un Etat tiers non partie à l'instance et qui refuse de donner son consentement à l'exercice de cette compétence par la Cour. La position juridique de l'Etat tiers doit être « l'objet même » de la décision, c'est-à-dire former un préalable nécessaire et central du raisonnement juridique. Depuis 1954, la Cour a œuvré pour redimensionner cette restriction à l'exercice de sa compétence. Elle a ainsi récusé l'idée des < parties indispensables à l'instance >²⁹ et a estimé que lorsque les droits et devoirs juridiques du tiers ne forment pas un préalable logique à la décision, mais que la décision n'a qu'un effet latéral ou simultané sur des tiers, la compétence peut être exercée (exemple : trois Etats commettent ensemble un fait illicite, la Cour peut condamner l'un seul de ces Etats, même si des conséquences indirectes en découlent pour les deux autres)³⁰. Par le présent arrêt, la Cour ajoute un autre élément de réduction à la doctrine de l'*Or monétaire*. La règle protège la souveraineté actuelle d'un Etat existant. Celui-ci peut s'opposer à ce que la Cour connaisse de ses droits et devoirs sans son consentement. Lorsqu'un Etat n'existe plus, outre qu'il n'a plus de droits et d'obligations, il n'est plus susceptible de donner son consentement. Il ne pourrait donc dans aucun cas consentir à la compétence de la Cour. La règle de l'*Or monétaire* n'a pas été énoncée pour un tel cas de figure. Elle suppose au contraire des droits et devoirs actuels et la faculté de donner ou de refuser le consentement. On peut ajouter qu'il serait également possible de considérer que la position juridique de l'Etat défunt passe à l'Etat successeur. Ce serait alors à ce dernier de donner ou de refuser son consentement. Dans la présente affaire, cet Etat n'est pas tiers ; il est partie à l'instance. En l'espèce, l'Etat successeur à la Convention de 1948, lié par la clause compromissaire, a ainsi donné son consentement. La question pourrait se poser aussi dans des contextes entièrement

28 CIJ, Recueil, 1954, p. 32–33. Depuis lors, voir notamment l'arrêt du *Timor Oriental*, CIJ, Recueil, 1995, p. 100 ss.

29 Affaire *Nicaragua*, Compétence et recevabilité, CIJ, Recueil, 1984, p. 430, § 88.

30 Affaire *Nauru*, Exceptions préliminaires, CIJ, Recueil, 1992, p. 255 ss.

différents, par exemple si la Cour devait traiter de droits et de devoirs d'une Organisation internationale non partie à l'instance (et qui ne pourrait pas le devenir au regard de l'article 34, § 1, du Statut de la Cour). S'agissant des Nations Unies, la Cour en est l'organe judiciaire principal (article 7, § 1, et 92 de la Charte des Nations Unies). Cette Organisation n'est donc pas un tiers vis-à-vis de la Cour. De plus, elle n'est pas dotée de la souveraineté que la règle de l'*Or monétaire* protège. C'est aussi la raison pour laquelle la règle ne devrait pas être appliquée à d'autres organisations internationales. Elle est limitée *ratione personarum* aux seuls Etats.

22. En troisième lieu, il faut souligner que la Cour a flotté dans sa jurisprudence sur la non-rétroactivité des clauses compromissaires. Il est admis que les clauses facultatives en vertu de l'article 36, § 2, du Statut ne sont pas temporellement limitées. Si un Etat souhaite excepter du domaine de compétence de la Cour des actes et faits passés avant le dépôt de la déclaration facultative, il doit en faire l'objet d'une réserve expresse³¹. Cela vaut aussi pour des faits et actes antérieurs à l'entrée en vigueur du Statut ou de celui de la CPJI. Pour les clauses compromissaires contenues dans un traité, la situation est moins claire. Les droits et devoirs de la convention, qu'il s'agit de faire juger, ne sont applicables qu'à partir de la date d'entrée en vigueur du texte pour les Etats concernés. On serait donc fondé à penser que la clause de compétence ne peut pas conférer une juridiction temporelle allant au-delà de la date critique à laquelle la convention est devenue applicable. A la rigueur, il serait possible de juger des questions d'interprétation de la convention sans cette limitation, mais on ne saurait guère s'exprimer sur des questions d'application de la convention (y compris de responsabilité pour sa violation) pour des faits passés avant cette date. Toutefois, la Cour avait jugé autrement dans l'affaire du *Génocide* (Bosnie c. RFY), dans l'arrêt sur les exceptions préliminaires de 1996. Elle s'y est exprimée comme suit : « A cet égard, la Cour se bornera à observer que la convention sur le génocide – et en particulier son article IX – ne comporte aucune clause qui aurait pour objet ou pour conséquence de limiter de la sorte l'étendue de sa compétence *ratione temporis* [c'est-à-dire que la Cour ne pourrait pas connaître de faits antérieurs aux dates auxquelles la convention serait devenue applicable entre les parties] et que les Parties elles-mêmes n'ont formulé aucune réserve à cet effet ... »³². Bien que la Cour ne donne aucune indication, il était possible de lire cette phrase soit comme s'appliquant au cas particulier de la succession/continuité d'Etats dans la convention, soit comme s'appliquant au cas particulier de la Convention contre le génocide en tant que traité humanitaire ou encore comme prise de position alignant les clauses compromissaires sur le régime de la

31 Voir J. G. MERRILLS, « The Optional Clause Today », 50 *British Yearbook of International Law* (1979), p. 96; J. G. MERRILLS, « The Optional Clause Revisited », 64 *British Yearbook of International Law* (1993), p. 213.

32 CIJ, *Recueil*, 1996-II, p. 617, § 34.

clause facultative³³. L'arrêt de 2015 met fin à ces spéculations. La Cour affirme désormais la non-rétroactivité et mentionne le précédent *Belgique c. Sénégal* de 2012 plutôt que le précédent du *Génocide* de 2006. On se permettra de rappeler au passage que ces affaires du *Génocide* bosniaque et croate ont constamment forcé la Cour à une gymnastique qu'elle s'est encore supplémentamment compliquée par l'absence d'une ligne de conduite fondée sur les principes juridiques en lieu et place d'un slalom visant à éviter les ornières perçues au cas par cas. Dans la question qui nous intéresse, la Cour s'est déjugée entre 2006 et 2015. Elle a eu la pudeur intéressée de ne pas le faire sous la bannière d'une discussion ouverte. Peut-on penser que le droit exposé en 2015 soit le dernier mot sur le sujet ? De futures clauses compromissaires pourront-elles être interprétées différemment du point de vue temporel ? Seul l'avenir pourra nous le dire. Il serait bon que la Cour prenne position de manière ferme et réfléchie sur ces sujets de compétence. Des flottements jurisprudentiels sur ces points sont plus dommageables que des départs dans l'interprétation du droit de fond, qui est plus fréquemment enserré dans des contextes juridiquement changeants.

23. En quatrième et dernier lieu, on remarquera que les règles sur l'administration de la preuve rendent très difficile l'établissement des faits constitutifs d'un génocide. Comme la Cour l'affirme, des accusations d'une exceptionnelle gravité emportent au civil comme au pénal une charge de la preuve particulièrement élevée, c'est-à-dire la nécessité de produire des éléments ayant pleine force probante, suscitant la < pleine conviction > et étant < clairement avérés > (§ 178). Dans les modes de preuve, la Cour semble accorder une place de choix aux mécanismes internes aux Nations Unies, y inclus le TPIY, Organisation dont elle est l'organe judiciaire principal. Pour ce qui est du génocide, la difficulté principale consiste à démontrer l'existence du dol spécial, c'est-à-dire de l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe protégé. Une autre difficulté inhérente à l'infraction provient du fait que les actes en question doivent être aptes à engendrer la destruction physique ou biologique du groupe. Malgré l'obligation de coopérer à la preuve, la charge reste surtout celle du demandeur. Etant donné que les actes et omissions se seront dans nombre de cas déroulés hors de son territoire, il lui sera non rarement très ardu d'établir les faits au niveau de certitude requis. Jusqu'ici, la Cour a refusé d'inverser la charge de la preuve au regard de cette difficulté matérielle. De plus, il serait inadéquat de penser qu'un tel reversement du fardeau puisse s'imposer généralement comme instrument de justice dans des cas de génocide. Le problème de preuve signalé reste toutefois posé. Il est d'autant plus significatif que dans la plupart des cas, il n'existera pas de tribunal international pénal comme le TPIY sur les constats duquel la Cour pourra se fonder. Le problème de la preuve n'en sera qu'encore plus grave. Ce n'est pas dire toutefois qu'un génocide ne peut pas être prouvé devant la CIJ. Le point est simplement que la définition de ce

33 Voir R. KOLB, « The Compromissory Clause of the Convention », dans : P. Gaeta (ed), *The UN Genocide Convention*, Oxford 2009, p. 422.

crime est nettement plus circonscrite en droit que la définition de deux autres crimes internationaux majeurs, les crimes contre l'humanité ou les crimes de guerre, où des actes matériels commis intentionnellement suffisent à constituer l'infraction. La difficulté majeure provient du fait qu'en ce qui les concerne il n'y a pas de conventions comparables à la Convention contre le génocide contenant une clause compromissoire.

III. L'affaire relative à l'*Obligation de négocier un accès à l'Océan Pacifique (Bolivie c. Chili)*, arrêt du 24 septembre 2015

A. Résumé

1. Par une requête en date du 24 avril 2013, la Bolivie a porté contre le Chili une affaire devant la Cour. Elle concerne la prétendue obligation du Chili de négocier un accès souverain à l'océan Pacifique. La base de compétence invoquée est l'article XXXI du Pacte de Bogotá sur le règlement pacifique des différends de 1948. Le Chili soulève une exception préliminaire d'incompétence. Les deux Etats sont parties au Pacte de Bogotá.

2. Les demandes des parties sont comme suit (§ 11). La Bolivie soutient que le Chili a manqué à son obligation de négocier un accès souverain à l'océan Pacifique. Le Chili a soulevé une exception préliminaire dirigée contre la compétence de la Cour. Il soutient que le Traité de 1904 entre les deux Etats règle définitivement la question de la frontière et qu'en vertu de l'article VI du Pacte de Bogotá, la Cour n'a pas compétence sur une question déjà résolue par des traités applicables. La Bolivie rétorque que le Chili interprète erronément l'objet du différend, car l'obligation qu'elle fait valoir est indépendante du Traité de 1904 et ne peut dès lors pas avoir été réglée par lui.

3. Le contexte de l'affaire est le suivant (§ 15ss). En 1866, les deux Etats ont conclu un traité bilatéral sur leur frontière. En 1879, le Chili a déclenché la Guerre du Pacifique et occupé le territoire côtier bolivien. En 1895, un Traité de cession territoriale, qui n'entrera jamais en vigueur, prévoyait la concession d'un accès à la mer pour la Bolivie, sous réserve que le Chili acquit la souveraineté sur certains territoires. En 1904, le Traité de paix et d'amitié a consacré le passage de la souveraineté du territoire côtier bolivien au Chili. La Bolivie invoque une série d'actes très divers par lesquels le Chili aurait assumé depuis lors une obligation de négocier un accès souverain à la mer.

4. La Cour analyse désormais l'objet du différend (§ 25ss). C'est à la Cour qu'il revient de définir, sur une base objective, l'objet du différend qui oppose les parties. Elle prête une attention particulière à la formulation utilisée par le demandeur dans sa requête. Selon le Chili, le résultat des négociations réclamées est prédéterminé

(accès souverain à la mer). Ce fait revient à une révision du Traité de 1904. Or, la Bolivie présente cette obligation de négociation comme découlant d'une série d'accords et de déclarations et n'invoque pas le Traité de 1904 en tant que source de droits ou d'obligations (§ 31). La Cour observe que la Bolivie ne lui demande pas de reconnaître un droit d'accès à la mer, mais seulement la sanction d'une obligation de négocier (§ 32).

5. L'article VI du Pacte de Bogotá de 1948 prévoit que: « ... les procédures [du Pacte] ne pourront... s'appliquer ni aux questions déjà réglées au moyen d'une entente entre les parties, ou d'une décision arbitrale ou d'une décision d'un tribunal international, ni à celles régies par des accords ou traités en vigueur à la date de la signature du présent Pacte ». Pour le Chili, les questions ici en cause sont déjà réglées par le Traité de 1904. La Bolivie répond que l'obligation de négocier découle d'autres sources que le Traité de 1904 et que celui-ci ne pouvait donc régler la question. Selon la Cour, l'objet du différend est de négocier un accès souverain à la mer. Les dispositions du Traité de 1904 ne traitent ni explicitement ni implicitement d'une obligation de négocier. Le Traité ne < règle > donc pas ces questions (§ 50). L'exception d'incompétence chilienne doit donc être écartée (§ 54).

6. Le dispositif est en conséquence le suivant (§ 56). La Cour rejette par 14 voix contre 2 l'exception préliminaire d'incompétence soulevée par le Chili (contre: les Juges Gaja et Arbour, *ad hoc*). – Les Juges Gaja et Bennouna joignent à l'arrêt une Déclaration. Le Juge Cançado Trindade joint à l'arrêt une opinion individuelle. Enfin, la Juge *ad hoc* Arbour joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente. Des résumés de cette Déclaration et Opinion peuvent être consultés sur le site internet de la Cour.³⁴

B. Commentaires³⁵

7. Cette affaire n'appelle pas beaucoup de commentaires. Le sort de l'exception soulevée par le Chili était manifeste. On peut s'étonner qu'une telle exception ait été soulevée, sauf peut-être pour montrer à l'opinion interne chilienne que le Gouvernement n'est pas resté les bras croisés. Le Chili a tenté de déformer l'objet du différend pour faire dire à la Cour qu'elle n'est pas compétente. Or, la Bolivie n'a jamais contesté la réglementation ou la validité du Traité de 1904, ni demandé sous quelque forme que ce soit sa révision. Si elle avait eu l'intention de le faire elle aurait sans doute demandé un accès souverain à la mer en abrogation de la cession de 1904, et non pas la *négociation* pour obtenir un accès souverain par accord et selon des modalités à déterminer. Plus précisément, la position de la Bolivie est qu'une série de sources de droit international particulier, dont la grande majorité est issue d'actes juridiques situés après 1904, éta-

³⁴ <www.cij-icj.org>.

³⁵ L'auteur de ces lignes signale qu'il a été l'un des conseils de la Bolivie lors de la phase écrite de l'instance sur le fond du litige.

blissent un accord ou des engagements unilatéraux du Chili de négocier *de novo* un régime d'accès souverain à la mer. Tout au plus, ces sources de droit particulier l'emporteraient comme *leges posteriores* au régime du Traité de 1904; elles ne le réviseraient point. La révision d'un traité suppose de renégocier ce traité. Négocier sur d'autres sujets à travers des actes séparés, même si cela peut affecter un traité plus ancien, ne constitue en rien une révision de ce traité ancien. Par davantage sa réglementation n'est-elle ainsi remise en cause. En peu de mots, le territoire acquis par le Chili en 1904 est et restera chilien. Mais une négociation peut aboutir à accorder un accès souverain à la mer, selon des modalités à prévoir. Un gouvernement peut de tout temps assumer de tels engagements visant à remédier à une situation inéquitable. Affirmer que ces engagements enracinés dans des sources diverses au fil du temps doivent tous être ramenés, du point de vue de la compétence de la Cour, au seul point focal du Traité de 1904 est artificiel, tout autant que de prétendre que le différend était < réglé > par ce Traité de 1904 (au sens de l'article VI du Pacte de 1948), alors que tout le dossier tend à montrer que le différend sur la négociation d'un accès – dont une grande série de composantes se situent après 1948 – reste aigu jusqu'à ce jour. Comment aurait-on pu sérieusement affirmer que ce différend est < réglé > par un acte de 1904? Comment pourrait-on conclure ainsi alors que le présent différend s'est cristallisé essentiellement après 1948? Au final, il est compréhensible que la Cour ait décidé pratiquement à l'unanimité de rejeter entièrement l'exception chilienne³⁶. Il faut désormais attendre avec beaucoup d'intérêt l'arrêt au fond. Celui-ci traitera essentiellement de deux questions de droit, à savoir comment un Etat peut assumer des engagements juridiques informels ainsi que l'obligation de négocier (*pactum de negotiando*). Les questions de fait et de preuve joueront un rôle subordonné, contrairement aux deux autres affaires de 2015 discutées dans cette chronique.

IV. Les affaires relatives à *Certaines Activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Costa Rica c. Nicaragua et Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt du 16 décembre 2015

A. Résumé

1. Le 18 novembre 2010, le Costa Rica a porté une requête contre le Nicaragua devant la CIJ. Il l'accuse d'avoir envahi et occupé du territoire costaricain et d'y avoir exécuté certains travaux de drainage d'un canal en violation du droit international. Les bases

³⁶ Il faut noter que les deux juges ayant voté contre le dispositif ont essentiellement adopté le point de vue selon lequel l'exception chilienne n'avait pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire et aurait dû être traitée une fois les arguments de fond des parties entendus.

de compétence invoquées sont l'article XXXI du Pacte de Bogotá sur le règlement pacifique des différends (1948) et les déclarations facultatives de juridiction obligatoire des deux Etats au sens de l'article 36, § 2, du Statut de la Cour. Par une ordonnance en date du 8 mars 2011, la Cour a indiqué des mesures conservatoires. Le 22 novembre 2011, le Nicaragua a, à son tour, porté une requête contre le Costa Rica devant la CIJ. Cette requête concerne la construction d'une route près du fleuve San Juan, prétendument en violation de plusieurs obligations internationales et en causant notamment de graves dommages à l'environnement. Les bases de compétence invoquées sont les mêmes que dans l'affaire susmentionnée. En outre, le Nicaragua a présenté quatre demandes reconventionnelles dans la première affaire. Le Costa Rica a objecté à la recevabilité de certaines de ces demandes reconventionnelles. La Cour s'est abstenue d'indiquer des mesures conservatoires dans cette nouvelle affaire. Le 17 avril 2013, la Cour a décidé de joindre les deux affaires selon les prévisions de l'article 47 du Règlement. Par une ordonnance du 18 avril 2013, la Cour s'est prononcée sur la recevabilité des demandes reconventionnelles du Nicaragua. Elle a affirmé qu'il n'y a pas lieu de statuer sur la première, que les deuxième et troisième sont irrecevables et qu'il n'y a pas lieu de connaître de la quatrième. Les parties ont demandé la modification ou l'indication de nouvelles mesures conservatoires. La Cour y a fait droit pour certaines demandes et a refusé d'y faire droit pour d'autres. Le 22 janvier 2014, le Nicaragua a demandé un deuxième tour de procédure écrite, ce à quoi le Costa Rica a objecté. La Cour a décidé d'autoriser une réplique et une duplique. La Cour a procédé à l'audition des experts nommés par les parties. Elle a de surcroît décidé de ne pas effectuer une visite sur les lieux. Des vidéos et photos ont été versées au dossier par les parties. Une demande de dépôt de photos a été tardive, il y a eu objection de l'autre partie et la Cour ne l'a pas autorisé (§ 42).

2. Les demandes des parties dans l'affaire *Costa Rica c. Nicaragua* sont comme suit (§ 47). Le Costa Rica formule des demandes en relation avec la prétendue incursion du Nicaragua sur son territoire et les dommages causés par le dragage d'un canal en zone humide sensible. Le Costa Rica demande la cessation de l'occupation et des réparations. En particulier, il demande : (1) le retrait total des forces et agents nicaraguayens du territoire envahi ; (2) la cessation de toute activité de dragage ou autre pouvant causer des dommages importants sur le territoire du Costa Rica ; (3) la fixation de réparations à un stade postérieur de la procédure. Le Nicaragua conclut au rejet des demandes du Costa Rica. Il affirme jouir de la souveraineté territoriale sur les terres en question et avoir le droit d'effectuer des travaux pour améliorer la navigabilité du fleuve San Juan. Dans l'affaire *Nicaragua c. Costa Rica*, les demandes des parties s'articulent comme suit (§ 50). Le Nicaragua affirme que le Costa Rica a violé son intégrité territoriale. Il fait valoir l'obligation de ne pas causer des dommages au territoire d'un autre Etat ainsi que les obligations en matière de droit international de l'environnement, y inclus la Convention de Ramsar sur les zones humides, d'où une demande d'indemnisation du dommage causé et d'une interdiction de mettre en

chantier tout nouveau projet dans la région avant d'avoir procédé à une évaluation appropriée de l'impact transfrontalier sur l'environnement. De plus, le Nicaragua demande que le Costa Rica soit condamné à cesser les travaux en cours et à rétablir le *status quo ante*. Le Costa Rica conclut au rejet de la totalité des prétentions du Nicaragua.

3. Le premier point à trancher est celui de la compétence (§ 54–55). La Cour constate qu'aucune des deux parties n'a contesté sa compétence fondée sur les titres invoqués. La Cour estime donc qu'elle est compétente pour trancher le litige au fond.

4. La Haute Juridiction en vient alors au contexte géographique et historique (§ 56ss). Le fleuve San Juan, qui forme la frontière entre les deux Etats en lice, se divise en deux bras entre lesquels se situe une zone humide d'importance internationale et couverte par la Convention de Ramsar. Le contexte historique a sa source dans le Traité de 1858 fixant la frontière entre les deux Etats. Cette frontière passe le long de la rive droite du San Juan, c'est-à-dire sur la rive costaricaine du fleuve. Le Traité établit donc le *dominium* et l'*imperium* du Nicaragua sur les eaux du fleuve, leur sol et leur sous-sol. En contrepartie, le Costa Rica y jouit d'un droit de naviguer librement à des fins de commerce. Suite à une contestation de la validité de ce Traité, la sentence arbitrale dite « Cleveland » de 1888 en confirma la validité et trancha divers points d'interprétation, notamment le droit du Nicaragua d'effectuer des travaux, la déviation des eaux, etc. En 1896, une Convention relative à la démarcation de la frontière établit des commissions de démarcation. Elles étaient présidées par un ingénieur des Etats-Unis d'Amérique, M. Alexander. Selon des pouvoirs lui étant attribués, il rendit cinq sentences relatives à des différends surgis dans le courant de ce processus de démarcation. En 2010, le Nicaragua dragua le San Juan afin d'en améliorer la navigabilité et entreprit d'autres travaux, qui donnèrent lieu au litige soumis à la Cour. De même, toujours en 2010, le Costa Rica entama des travaux pour la construction d'une route le long du San Juan. Ces travaux eurent lieu sur son territoire. Ils ont été entrepris en vertu d'un décret d'état d'urgence qui, selon les dires du Costa Rica, le dispensait de mener au préalable une évaluation d'impact sur l'environnement. Ce volet de l'affaire donna lieu au second différend que la Cour est appelée à trancher.

1. Différend *Costa Rica c. Nicaragua*

5. Le premier grief avancé par le Costa Rica est la *violation de sa souveraineté/intégrité territoriale* dans la région de l'Isla Portillos (§ 65ss). Le territoire litigieux a été défini par la Cour dans son Ordonnance de 2011 sur les mesures conservatoires. Le droit applicable est le Traité de 1858, la sentence Cleveland et les sentences Alexander. La rive droite du chenal creusé par le Nicaragua peut-elle constituer la frontière entre les deux Etats parce qu'il formerait la rive « droite » du San Juan ? En vertu de ces précédents, la Cour conclut que les articles II (frontière) et VI (droit de navigation) du Traité sont liés. Le premier doit s'interpréter à la lumière du second. Par conséquent,

pour que la rive droite d'un chenal du fleuve constitue la frontière, le chenal doit être naturel, navigable et offrir un débouché à la mer pour le commerce (§ 76). Or, il n'a pas été démontré que le chenal qu'a dragué le Nicaragua existait avant 2010 (§ 81). La Cour ne saurait attacher une valeur probante décisive à des allégations sous serment d'agents du Nicaragua. Les cartes géographiques ne donnent pas une réponse claire. Les effectivités restent d'une portée limitée et ne peuvent affecter le titre de souveraineté. De plus, la présence d'arbres de grande taille et d'âge élevé que le Nicaragua a enlevés en 2010 ainsi que l'absence de sédimentations tendent à montrer que le chenal n'existait pas avant 2010. Dès lors, la rive droite du < caño > (chenal) de 2010 ne correspond pas à la frontière et le territoire litigieux appartient au Costa Rica (§ 92). Par conséquent, les travaux effectués et la présence militaire nicaraguayenne sur place constituent des violations de la souveraineté territoriale du Costa Rica et engagent la responsabilité internationale du Nicaragua, y compris l'obligation de réparer les dommages causés. De surcroît, le fait que le Nicaragua croyait agir sur son territoire n'empêche pas le constat d'une utilisation illicite de la force. Toutefois, la Cour a déjà conclu à la violation de la souveraineté territoriale costaricaine. Ainsi, son arrêt tient déjà suffisamment compte du préjudice subi (§ 97). Il en va de même pour l'occupation militaire, contraire, entre autres, à l'article 21 de la Charte de l'Organisation des Etats américains (§ 99). Enfin, la Cour rejette la demande concernant la violation de l'article IX du Traité de 1858 qui interdit aux deux Etats de se livrer à des hostilités dans la zone du San Juan. Il en est ainsi parce que des hostilités armées n'ont pas eu lieu (§ 95).

6. Le deuxième grief formulé par le Costa Rica a trait à la violation du *droit international de l'environnement* (§ 100ss). En premier lieu, il y a les obligations procédurales, c'est-à-dire une évaluation appropriée de l'impact environnemental transfrontière. Selon la Cour, il existe une obligation de droit international général de procéder à une telle évaluation en cas de risque de préjudice transfrontalier important et particulièrement concernant une ressource partagée (cf. l'affaire des *Usines de Pâte à Papier*, 2010) (§ 104). Ce devoir repose sur le principe de prévention (*due diligence*) consistant à ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats. En l'espèce, le dragage n'était pas de nature à causer un risque de dommage transfrontalier important. Dès lors, il n'y avait pas d'obligation internationale d'évaluation, d'information ou de consultation (§ 108–109). En second lieu, il y a les obligations de fond en matière de prévention de dommages transfrontière importants pour des travaux ayant lieu sur le territoire nicaraguayen. Or, des éléments d'un tel dommage n'ont pas été démontrés. La diminution du débit du bras du fleuve dit Colorado entre 2011 et 2014 peut être dû à d'autres facteurs, notamment à l'absence de précipitations. En tout état de cause, la navigabilité du fleuve n'est pas gravement remise en cause (§ 120).

7. Le troisième grief du Costa Rica concerne l'irrespect des *mesures conservatoires* indiquées par la Cour (§ 121ss). Il s'agit notamment des mesures de 2011 concernant

le devoir de s'abstenir d'envoyer ou de maintenir des agents sur le territoire litigieux et de ne pas aggraver le différend. Le Nicaragua a admis ses manquements aux obligations découlant des mesures conservatoires, notamment par le creusement de chenaux ou par la présence militaire. La Cour constate ce manquement (§ 127).

8. Le quatrième grief du Costa Rica touche aux *droits de navigation* (§ 130ss). Le Costa Rica avance que le Nicaragua a violé ses droits de navigation sur le fleuve et il soumet à l'attention de la Cour cinq incidents survenus. Selon la Cour, le Nicaragua n'a pas apporté de justification convaincante de la conduite de ses agents pour deux de ces incidents. Il y a eu à cet égard une violation de l'article VI du Traité de 1858, tel qu'il a été interprété par la Cour dans son arrêt de 2009 (affaire *Droits de navigation et droits connexes*³⁷).

9. La Cour en vient aux *réparations* (§ 137ss). En premier lieu, compte tenu de ses conclusions (absence de dommages transfrontière importants), la Cour ne peut faire droit aux demandes d'abrogation d'un décret nicaraguayen sur la navigation ou l'arrêt d'activités de dragage ayant lieu sur le territoire du Nicaragua. En deuxième lieu, la Cour accorde une satisfaction par constat judiciaire pour la violation de la souveraineté territoriale, pour la violation de l'ordonnance indiquant des mesures conservatoires et pour la violation des droits de navigation. En troisième lieu, relativement aux assurances et garanties de non-répétition, la Cour rappelle qu'il faut présumer que le Nicaragua se conformera à l'arrêt rendu. En quatrième lieu, quant à l'indemnisation, la Cour accorde un délai de 12 mois aux parties pour négocier ce point. Si les négociations ne devaient pas aboutir dans ce délai, la Cour déterminera le montant dû sur demande d'une partie au différend. Enfin, la Cour refuse de mettre à la charge du Nicaragua les frais supplémentaires de procédure issus de son manquement aux mesures conservatoires de 2011, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce et de la règle générale selon laquelle chaque partie supporte ses frais (article 64 du Statut).

2. Affaire *Nicaragua c. Costa Rica*

10. La question litigieuse porte ici sur le droit de l'environnement en relation avec la construction de la route le long du fleuve San Juan. Tout d'abord, se pose la question des obligations procédurales, c'est-à-dire *l'évaluation de l'impact sur l'environnement* (§ 145ss). Le Costa Rica devait évaluer objectivement s'il existait un risque de dommage transfrontière important. En l'espèce, un tel risque existait compte tenu de l'ampleur du projet (une route de 160 km) et de l'emplacement des ouvrages le long du fleuve (rejet accru de sédiments; une partie de la route est sise dans une zone humide d'importance internationale). Le Costa Rica fait valoir qu'il était dispensé de conduire une telle étude au vu d'une situation d'urgence. Toutefois, une dérogation

37 CIJ, Recueil, 2009, p. 214 ss.

issue du droit interne n'a aucune incidence sur l'obligation existant en vertu du droit international (§ 157). Quoi qu'il en soit, le Costa Rica n'a pas démontré l'existence d'une situation d'urgence justifiant l'abandon d'une étude d'impact. En particulier, la Cour note que les travaux en cause étaient censés s'étaler sur plusieurs années, que la route ne donne accès qu'à une partie du territoire litigieux et ne pouvait donc constituer que de manière limitée une réponse aux besoins éventuels d'évacuation de cette zone et, enfin, que la Cour était déjà saisie de l'affaire et avait indiqué peu de temps après des mesures conservatoires répondant potentiellement à l'urgence (§ 158). L'obligation relative à une étude d'impact doit être mise en œuvre *ex ante*, c'est-à-dire avant la réalisation du projet. Or, le Costa Rica n'a procédé qu'à des études *post hoc*, pendant la construction (§ 161). Par conséquent, le Costa Rica ne s'est pas acquitté de son obligation d'effectuer une telle étude (§ 162). Au contraire, l'article 14 de la Convention sur la diversité biologique ne crée pas une telle obligation d'étude d'impact et n'a donc pas été enfreint (§ 164).

De plus, il faut examiner la question des *devoirs de notification et de consultation* (§ 165ss). Lorsque l'étude d'impact révèle le risque de dommages transfrontaliers importants, il existe une obligation pour l'Etat d'origine du projet d'informer et de consulter de bonne foi l'Etat susceptible d'en être affecté. Or, en l'espèce, le Costa Rica ne s'est pas acquitté de son obligation d'effectuer une étude d'impact. Dès lors, les devoirs d'information et de consultation n'appellent pas un examen séparé par la Cour (§ 168). Le Traité de 1858 ne faisait pas peser sur le Costa Rica une obligation de notification, étant donné que le Nicaragua n'a aucun droit sur le territoire du Costa Rica, contrairement au Costa Rica qui a un droit de navigation sur le territoire fluvial nicaraguayen (§ 171). De même, la Convention de Ramsar sur les zones humides n'a pas été violée : le Costa Rica a informé le Secrétariat de la Convention et n'avait pas, vis-à-vis du Nicaragua, une obligation séparée de consultation (§ 172). En conclusion, le Costa Rica reste tenu par l'obligation d'effectuer une étude d'impact environnemental et, le cas échéant, de consulter de bonne foi le Nicaragua, titulaire de la souveraineté sur le fleuve (§ 174).

11. La Cour se tourne à ce stade vers les obligations environnementales de fond, c'est-à-dire *l'obligation de ne pas causer des dommages transfrontière importants* (§ 174ss). Le Nicaragua invoque divers dommages : le rejet de quantités considérables de sédiments par la déforestation et l'érosion, d'où une navigabilité plus difficile du fleuve par endroits, une baisse de la qualité de l'eau et potentiellement un déversement dans le fleuve de substances toxiques. La Cour constate qu'il n'est pas contesté que les sédiments dus à la construction de la route ne dépassent pas 2% de la charge sédimentaire totale du fleuve (§ 186). Une telle proportion ne permet pas de conclure à un dommage important, compte tenu aussi de la variabilité naturelle des charges sédimentaires (§ 194). Quant aux dommages liés à la morphologie du fleuve, le Nicaragua n'en a pas apporté de preuves directes par des mesures effectuées sur place. Il propose seulement des modélisations par des experts. Dans l'ensemble, il demeure une impor-

tante incertitude en la matière. De plus, le Nicaragua n'a pas démontré que ses propres opérations de dragage se seraient intensifiées après la construction de la nouvelle route à cause de sédimentations significativement accrues ou que les deltas en bordure du fleuve seraient dus à cette construction (§ 205–206). Enfin, concernant la qualité de l'eau et l'écosystème, il manque des éléments de preuve suffisants. Les études présentées à ce propos ne concernent que quelques affluents et non le fleuve dans son ensemble. Il demeure aussi d'importants problèmes dans l'établissement de la causalité entre la construction de la route et les dommages avancés (§ 211–212). Il en va de même pour les dommages touchant le tourisme, la santé ou le déversement de substances toxiques dans le fleuve – ces dommages restent conjecturaux (§ 216). La Cour rejette en conséquence les allégations de violation des obligations de fond (§ 217).

Le Nicaragua soutient par ailleurs que le Costa Rica aurait violé diverses obligations conventionnelles, par exemple la Convention de Ramsar sur les zones humides, la Convention sur la diversité biologique, la Convention centraméricaine pour la protection de l'environnement, etc. Or, le Nicaragua se borne à invoquer ces textes mais n'explique pas en quoi le Costa Rica les aurait violés (§ 220). Enfin, la construction de la route n'a produit aucun empiétement du Costa Rica sur le territoire du Nicaragua (§ 223).

12. La Cour en arrive ici encore à la question des *réparations* (§ 224ss). En premier lieu, elle accorde une satisfaction par constat judiciaire de la violation de l'obligation d'effectuer une étude d'impact environnemental. En deuxième lieu, la Cour affirme qu'il n'y a pas lieu d'ordonner au Costa Rica de mettre fin aux travaux car l'omission de l'étude d'impact ne porte pas aujourd'hui atteinte aux droits du Nicaragua, ni de lui ordonner de rétablir le *status quo ante* ou de prononcer une indemnisation, à défaut de dommage matériel chiffrable. En troisième lieu, la Cour rejette la demande du Nicaragua consistant à ordonner au Costa Rica de s'abstenir d'entreprendre tout nouveau projet dans la région frontalière sans étude d'impact environnemental parce qu'il n'y a pas lieu de supposer que le Costa Rica ne se conformera pas à ses obligations en vertu du droit international à l'avenir.

13. Le dispositif est le suivant (§ 229). La Cour décide que le Costa Rica a la souveraineté sur le territoire litigieux (12 voix contre 2, contre : les Juges Gevorgian et Guillaume, *ad hoc*). Les travaux du Nicaragua et sa présence militaire dans la zone litigieuse constituent une violation de la souveraineté territoriale du Costa Rica et des mesures conservatoires indiquées par la Cour (unanimité). Il y a eu violation des droits de navigation du Costa Rica (unanimité). La Cour décide aussi à l'unanimité sur les questions d'indemnisation. La Cour rejette la demande de condamnation du Nicaragua à des frais de procédure (12 voix contre 4, contre : les Juges Tomka, Greenwood, Sebutinde, Dugard *ad hoc*). Le Costa Rica a violé l'obligation d'effectuer une étude d'impact environnemental (unanimité). La Cour rejette les autres conclusions soumises par les parties (13 voix contre 3, contre : les Juges Bhandari, Robinson, Dugard, *ad hoc*). – Les Juges Yusuf, Gevorgian et Guillaume (*ad hoc*) joignent une Déclaration à l'arrêt. Les Juges Tomka, Greenwood, Sebutinde et Dugard (*ad hoc*)

joignent à l'arrêt une Déclaration commune. Les Juges suivants ont rédigé une opinion individuelle : Owada, Cançado Trindade, Donoghue, Bhandari, Robinson, Dugard, *ad hoc*. Des résumés de ces déclarations et opinions peuvent être consultés sur le site internet de la Cour.³⁸

B. Commentaires

14. Tout comme l'affaire du *Génocide* de 2015 prolonge les linéaments de l'affaire du *Génocide* de 2007, la présente affaire s'inscrit dans le sillage de l'affaire des *Usines de Pâte à Papier* de 2010³⁹, même si dans ce dernier cas les faits ne présentent pas de connexité matérielle. Les deux affaires portent essentiellement sur le droit de l'environnement, et plus particulièrement sur les devoirs d'étudier l'impact environnemental et de ne pas causer des dommages importants aux territoires voisins suite à la construction d'ouvrages, qu'ils soient industriels (affaire de 2010) ou infrastructurels (affaire de 2015). Ces deux affaires se distinguent de l'autre précédent de la Cour directement pertinent pour le droit de l'environnement, à savoir de l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros* de 1997⁴⁰. Dans cette dernière, l'ouvrage industriel était déjà construit. Les questions juridiques fondamentales étaient situées dans le droit des traités et le droit de la responsabilité plutôt que dans les normes primaires sur la protection de l'environnement. On constate que la Cour a, dans les deux affaires de 2010 et de 2015, formaté une grille d'analyse qui semble déjà bien consolidée. Elle a procédé à l'examen du droit à travers les deux volets des obligations procédurales (établissement préalable d'une étude d'impact sur l'environnement et sur les territoires d'Etats voisins) et des obligations de fond (devoir de ne pas utiliser son territoire de manière à causer des dommages importants sur le territoire d'autres Etats⁴¹). On notera aussi, sur un plan général, que la Cour reste plus que réservée sur la question des experts neutres qu'elle pourrait nommer pour vérifier les rapports d'expertise soumis par les parties. La Cour craint – jusqu'à un point à juste titre – d'être engluée dans des batailles d'experts qu'elle n'a pas les moyens de maîtriser et d'évaluer. Sans doute n'hésitera-t-elle pas à engager un expert quand cela s'avérera indispensable, tout comme elle engage des cartographes dans les affaires de délimitation terrestre ou maritime. Cependant, la barre de la nécessité est placée particulièrement haut. Il faut

38 <www.cij-icj.org>.

39 CIJ, Recueil, 2010-I, p. 18 ss.

40 CIJ, Recueil, 1997, p. 7 ss.

41 Une question intéressante, que la Cour n'a pas eu à aborder, est de savoir dans quelle mesure cette règle peut être écartée par le consentement de l'Etat concerné. Par ailleurs, la règle primaire exige que les dommages soient « importants », terme sur lequel la Cour n'a jusqu'ici pas donné d'indications normatives. La raison de cette restriction est claire : des dommages plus ou moins marginaux sont encourus sans cesse. Par exemple, la pollution issue de l'industrie ou du trafic est transportée par le vent au-delà des frontières. Ce phénomène régulier et accepté ne donne pas lieu à une cause de réclamation internationale.

ajouter que l'engagement fréquent d'experts grèverait le budget, déjà limité, de la Cour. Dans la présente espèce, la Cour a pu s'extirper des controverses d'experts notamment en remarquant que la charge sédimentaire supplémentaire dans le fleuve San Juan ne dépassait – selon toutes les expertises – pas 2% de la masse sédimentaire totale. Cet apport reste dans le domaine des fluctuations naturelles et ne semble pas suggérer un dommage « important ». Au passage, il est permis de noter que si les scientifiques regardent les juristes de travers quand il s'agit de qualifier le droit de science, les experts scientifiques (ici en matière fluviale) ne sont pas moins diamétralement opposés dans leurs interprétations de phénomènes qui pourtant relèvent du soi-disant domaine des sciences « exactes ».

15. Quelques aspects épars des présentes affaires peuvent encore être mis en exergue. En premier lieu, il faut souligner que la Cour ne consacre pas plus que respectivement six et cinq lignes (dans la première puis la deuxième affaire) à la question de la compétence. Cela se comprend, étant donné que les parties ne la contestaient pas. Le résultat est toutefois un glissement dans la base de compétence. Les parties ont invoqué un traité de règlement des différends et des clauses facultatives comme titres de compétence. La Cour n'analyse pas ces titres. Elle se fonde directement sur le fait que les parties ne contestent pas la compétence : « Elle observe/relève que le Nicaragua/Costa Rica ne conteste pas sa compétence pour connaître des demandes du Costa Rica/Nicaragua »⁴². D'où : « La Cour considère qu'elle a compétence pour connaître du différend »⁴³. On transite ainsi du domaine de la compétence obligatoire en vertu de l'article 36, § 1 (traité) et § 2 (clause compromissoire) vers le domaine de la compétence facultative du for prorogé ou, plus exactement, du for quasi-prorogé. Il ne s'agit pas d'un for prorogé au sens technique du terme parce que la compétence de la Cour existe sur la base de titres formels. Cette compétence ordinaire n'a donc pas besoin de se fonder ou de s'élargir par un consentement exprimé de manière informelle (par exemple par une lettre du Chef de l'Etat⁴⁴, par l'absence d'objection du défendeur⁴⁵ ou par toute autre communication à la Cour exprimant le consentement⁴⁶), ce qui est le propre du for prorogé. La Cour a ainsi inauguré une catégorie mixte dans sa jurisprudence, où le titre formel existe et fonde théoriquement la compétence, mais n'a pas besoin d'être analysé étant donné que le consentement est manifeste. Ainsi, on ne sait même pas si la Cour aurait entendu – dans le cas où elle aurait considéré la question – se fonder sur le Pacte de 1948 ou sur la clause facultative, aspect qui n'a aucune incidence pratique dans la présente espèce, le domaine de compétence conférée étant identique. Du point de vue général, une différence existe tou-

42 Aux § 54 et 55.

43 *Ibid.*

44 Affaire du *Détroit de Corfou*, Exception préliminaire, CIJ, Recueil, 1947/1948, p. 16 ss.

45 Affaire des *Droits de minorités en Haute-Silésie* (Ecoles minoritaires), CPJI, sér. A, no 16, p. 4 ss, aux p. 21 ss.

46 Affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale* (Djibouti c. France), CIJ, Recueil, 2008, p. 179 ss, aux § 39 ss.

tefois : le cadre de compétence temporelle ou l'existence de réserves peuvent altérer l'ampleur de la compétence concrètement disponible sous un titre de compétence par rapport à un autre titre de compétence. Or, ces deux titres formels sont ici éclipsés par la présence postérieure (*lex posterior* ?) d'un consentement manifeste ; la Cour s'en tient simplement à celui-ci. Le titre sur lequel la Cour se fonde est donc ce consentement exprimé *pendente lite*. La logique relève manifestement du for prorogé ou mieux quasi-prorogé. Il sied de signaler que la Cour avait déjà procédé de cette manière dans certains autres cas. Par exemple, dans l'affaire relative à des *Droits de navigation* de 2009, le titre de compétence présentait une limite temporelle dont la Cour n'a pas eu à tenir compte étant donné que le demandeur a introduit l'instance après l'écoulement du délai requis et que le défendeur (le Nicaragua) n'a pas soulevé d'objection à la compétence de la Cour⁴⁷. Dans l'affaire du *Différend maritime* (Pérou c. Chili) de 2014, la Cour n'estime même pas nécessaire de s'exprimer sur la compétence incontestée et fondée, par le demandeur, sur le Pacte de Bogotà de 1948⁴⁸. Cette figure juridique de for manifestement accepté est sans doute appelée à se développer. Elle permet à la Cour une économie de rédaction maximale. De plus, elle ne soulève pas de questions épineuses étant donné que la compétence se fonde sur le consentement des justiciables.

16. En deuxième lieu, on soulignera que la Cour refuse – sans doute très diplomatiquement – de condamner le Nicaragua pour violation de l'article 2, § 4, de la Charte des Nations Unies et du droit coutumier ayant le même contenu, à savoir pour utilisation illicite de la force⁴⁹. Elle considère le grief de cette violation comme étant en quelque sorte « consommé » par l'autre grief, auquel elle a fait droit, de violation de la souveraineté et de l'intégrité territoriale. L'attitude de la Cour peut se comprendre au regard du fait qu'il n'y a eu, dans la région, aucune hostilité armée. La Cour semble accepter l'argument que le Nicaragua se croyait sur son territoire et précise fort justement que la bonne foi subjective n'est pas une cause excluant l'illicéité en matière d'utilisation de la force ou d'ailleurs en matière de responsabilité internationale. L'article 2, § 4, peut être violé par la simple présence de forces militaires étatiques sur un territoire ne lui appartenant pas. Mais alors n'aurait-il pas fallu constater la violation de l'article 2, § 4, tout en ajoutant éventuellement qu'il s'agit d'un cas de peu de gravité ? Le droit applicable et le précédent du *Nicaragua* de 1986⁵⁰ ne suggèrent pas que le constat de violation de l'intégrité territoriale consomme le constat d'utilisation de la force, même dans les cas de peu d'intensité. Si l'on songe en plus à l'importance de la règle sur la non-utilisation de la force dans le droit international moderne (règle régulièrement qualifiée de *jus cogens*⁵¹), il paraît certainement remarquable que

47 CIJ, Recueil, 2009, p. 231, § 28.

48 § 1.

49 Voir le § 97.

50 CIJ, Recueil, 1986, p. 98 ss.

51 Voir notamment l'analyse d'O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, Paris 2008, p. 293 ss.

la Cour s'abstienne de toute sanction et fasse disparaître le non-recours à la force derrière la façade de la règle non-impérative sur l'intégrité territoriale. L'absence d'hostilités armées, le peu de gravité du volet « force » et des considérations diplomatiques peuvent expliquer le choix de la Cour. Il n'en demeure pas moins notable et peut-être singulier.

17. En troisième lieu, il est regrettable que la Cour n'ait pas sanctionné par une mise à charge de frais de procédure l'irrespect des mesures conservatoires par le Nicaragua. Ici encore, il pouvait paraître diplomatiquement sage de ne pas déroger à la règle ordinaire de l'article 64 du Statut, qui veut que chaque partie supporte ses propres frais. La Cour aurait-elle paru mesquine à entrer dans ces basses questions de menue finance ? La disposition statutaire en cause autorise toutefois la Cour d'en décider autrement⁵². Un acte illicite commis par une partie lors de la procédure devrait être une raison de déroger à ce partage égal des frais, surtout lorsque la partie adverse a encouru des frais à cause de ce manquement. Si la Cour ne déroge pas à la règle du partage égal dans ce cas, on voit mal quand elle pourrait le faire. Peut-être en cas de mauvaise foi massive ou de grossière « contempt of Court » ? Le résultat de cette pusillanimité judiciaire est quelque peu fâcheux. Les mesures conservatoires sont obligatoires⁵³, mais la sanction des manquements consiste jusqu'ici exclusivement en un constat par la Cour (satisfaction⁵⁴). Cela n'est pas de nature à inciter les Etats à prendre davantage au sérieux ces mesures, s'ils savent que le maximum de « peine » qu'ils encourrent est de s'entendre dire qu'ils ont violé ces mesures – ce qu'ils peuvent alors même généreusement admettre, comme le Nicaragua l'a fait dans la présente affaire. D'aucuns sont certes en désaccord sur le caractère obligatoire des mesures conservatoires⁵⁵; mais une fois ce caractère admis, il faut en tirer toutes les conséquences. Serait-il possible que la Cour accorde tout de même une indemnité pour ces frais de procédure, sous un autre chef, dans le cadre d'une procédure d'indemnisation, si une telle procédure devait avoir lieu ? C'est peu probable : il faudrait d'abord que le Costa Rica maintînt la demande, car la Cour ne peut pas juger *ultra petita*; mais le fera-t-il ? Il faudrait ensuite que la Cour ne considère pas cette question comme étant couverte par la chose jugée. Là encore, cela très improbable, voire peut-être même juridiquement erroné. Il sied de noter que quatre juges n'ont pas partagé la manière de voir de la Cour sur cet aspect du dispositif. Ils ont estimé que la Cour

52 Voir C. ESPOSITO, « Article 64 », dans : A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, C. J. Tams (eds), *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, 2nd ed., Oxford 2012, p. 1600. La CPJI et la CIJ ne se sont jusqu'ici jamais prévalues de cette possibilité.

53 Affaire *LaGrand*, CIJ, Recueil, 2001, p. 501 ss, § 98 ss.

54 Voir l'article 37 ARE de 2001.

55 Comme notamment H. THIRLWAY, « The Law and Procedure of the International Court of Justice ... », 72 *British Yearbook of International Law* (2001), p. 77-78, 111 ss.

aurait dû condamner le Nicaragua pour les frais engendrés par près d'une semaine d'audiences qui auraient autrement pu être évitées⁵⁶.

18. En quatrième lieu, on se permettra de mettre en exergue tout particulièrement pour les lecteurs suisses la règle générale du droit international public (codifiée pour les traités à l'article 27 de la CVDT de 1969) selon laquelle un Etat ne peut pas invoquer son droit interne pour échapper à une obligation internationale. La Cour rappelle cette règle au § 157 de son arrêt, en affirmant qu'une dérogation du droit costaricain concernant la nécessité de recourir à une étude d'impact environnemental n'a aucune incidence sur l'obligation internationale d'y procéder. Octroyer la primauté au droit interne signifie ici violer le droit international et s'exposer à la responsabilité internationale. Cela peut impliquer une condamnation par un tribunal international, exigeant de l'Etat de cesser la violation du droit international et de rétablir le *status quo ante*. Si le droit interne contient une règle générale (de plus ou moins grande ampleur) accordant, en cas de conflit normatif, la primauté au droit interne sur le droit international, les violations de ce dernier peuvent s'enchaîner sans issue pratique. En effet, cette règle s'opposera aussi à la mise en œuvre de l'injonction du tribunal international. Il faudra alors « bricoler » au cas par cas une législation interne d'urgence pour réinstaller la primauté du droit international, sans considérer ici le problème aigu de la faculté du législateur d'abroger des règles inscrites dans la Constitution par votation populaire. En termes brefs, l'acceptation de l'initiative de l'UDC sur la primauté du droit constitutionnel interne – en fonction de la teneur qu'elle adoptera concrètement – aurait des conséquences fâcheuses et imprévisibles en matière de politique étrangère de la Suisse. L'initiative masque le fait qu'avec la primauté accordée à la norme interne, le problème n'est pas résolu. Au contraire, il entre dans une phase aiguë. En effet, la norme internationale n'est pas simplement abrogée ; elle continue à exister et à jouir de la primauté dans le domaine international, comme la Cour vient de le rappeler. Le titulaire de l'obligation écartée s'en plaindra et prendra des mesures pour sauvegarder ses droits. La Suisse s'expose ainsi à des contre-mesures unilatérales, à des condamnations par des tribunaux internationaux, à des dépenses financières pour réparer les torts causés, à des complications de ses relations internationales par une perte de confiance en sa parole chez les partenaires, etc. Si la Suisse n'est plus un partenaire fiable dans des relations conventionnelles ou autres, comment conclura-t-on des accords ? Quelles garanties supplémentaires vont nous être demandées par les Etats cocontractants ? Quelles incidences cela aura-t-il sur un petit pays si intensément intégré dans le domaine international ? L'adoption de l'initiative aboutirait à ouvrir une porte vers l'inconnu et l'instabilité, ce dont le pays n'a pas réellement besoin à l'heure actuelle.

19. En cinquième et dernier lieu, la présente affaire est un exemple de plus des difficultés de la preuve de la causalité dans le domaine des dommages environnemen-

56 Déclaration commune des Juges Tomka, Greenwood, Sebutinde et Dugard (*ad hoc*).

taux. Le seuil de preuve est d'autant plus difficile à atteindre que les dommages causés doivent être « importants ». On touche ici non rarement à une espèce de *probatio diabolica*. En d'autres termes, les dommages devront être très massifs et leurs causes indiscutables pour qu'un Etat en soit responsable selon le droit international général. La Cour ne peut pas simplement procéder à un renversement du fardeau de la preuve, qui serait en lui-même tout aussi inéquitable au regard du fait qu'il faudrait alors apporter une preuve négative (à savoir le fait de ne *pas* avoir causé certains dommages). La Cour tente d'éviter d'imposer des charges de preuve négative, au vu de leur grande difficulté. C'est sans doute la raison pour laquelle il serait bon que le droit international particulier prenne ici la relève et prévoie des régimes taillés sur mesure des exigences de protection de l'environnement dans les divers domaines où des questions se posent. Plus il y aura d'obligations particulières au niveau conventionnel applicable entre les Etats en lice, et plus la charge de la preuve sera diluée sur des points concrets, mieux pensés et moulés dans la « logique » d'un droit de l'environnement potentiellement exigeant. Le droit international général n'est nullement appelé à disparaître en la matière, mais les règles sur la preuve le rendent d'un maniement difficile et délicat. Toutefois, les Etats s'accommodent peut-être en définitive fort bien du *statu quo*. Les règles sur la preuve les préservent d'un danger de responsabilité trop insigne. Ainsi, ils peuvent continuer à tenir de vibrants discours sur la protection de l'environnement tout en poursuivant parallèlement leur *Realpolitik* industrielle. Quel gouvernement n'est pas sensible au développement économique ?