



Article scientifique

Article

2018

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 2017

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de justice en 2017. In: Swiss Review of International and European Law, 2018, vol. 28, n° 1, p. 59–73.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135551>

Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en 2017

Robert Kolb*

Table des matières

- I. Introduction : questions générales
- II. L'affaire relative à la *Délimitation maritime dans l'Océan Indien, Exceptions préliminaires* (Somalie c. Kenya), arrêt du 2 février 2017
 - A. Résumé
 - B. Commentaires

I. Introduction : questions générales

1. L'année 2017 a renfermé pour l'auteur de ces lignes l'horreur absolue du décès de sa mère, survenu le 11 du 11 vers neuf heures du matin, alors qu'elle a été pour la Cour riche d'événements, d'ordonnances et de mouvements du rôle. Un seul arrêt est venu se placer dans sa plage temporelle, comme une plante solitaire. Une fois de plus, mais à un niveau numériquement bien plus bas qu'en l'année 2016, la Cour n'aura donc rendu que des prononcés sur la compétence et la recevabilité. Il faut désormais remonter à l'année 2015 pour trouver un arrêt sur le fond. Les temps sont ainsi paradoxaux : d'un côté la justice internationale n'a jamais tranché autant d'affaires que dans les années immédiatement écoulées ; de l'autre côté, la résistance contre l'international, contre les abandons de « souveraineté » et contre la tutelle par les instances « étrangères » n'a jamais été plus forte que dans ces mêmes années.

2. Le rôle de la Cour a fortement évolué en 2017. Il est constitué à la fin de l'année de dix-sept affaires pendantes (y inclus une demande d'avis consultatif), contre onze affaires fin 2016. Jamais jusqu'ici il n'y aura eu une progression aussi marquée du rôle. Certaines de ces nouvelles affaires sont politiquement très lourdes, alors que la base de compétence de la Cour est très étroite. Ainsi, l'affaire Ukraine / Russie discutée ci-après rappelle l'affaire relative à l'application de la Convention internationale contre la discrimination raciale entre la Géorgie et la Russie de 2011. On notera aussi que nombre d'affaires discutées ci-après portent sur l'application d'anciens arrêts de

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

la Cour, que ce soit par des demandes formelles de révision (Malaisie) ou par une demande de constater qu'un comportement est incompatible avec un arrêt déjà rendu (Costa Rica).

La première saisine aura eu lieu le 16 janvier 2017, quand le Costa Rica introduisit une requête contre le Nicaragua au sujet d'un différend relatif à la définition précise de la frontière dans la zone de la lagune de Los Portillos/Harbor Head et à l'établissement par le Nicaragua d'un nouveau camp militaire.¹ Le Costa Rica soutient en outre que la nouvelle revendication de souveraineté territoriale formulée par le Nicaragua est contraire à ce que la Cour avait jugé dans son arrêt sur *Certaines Activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua, 2015). La base de compétence qu'invoque le Costa Rica repose sur les clauses facultatives déposées par les deux Etats (article 36, § 2, du Statut de la CIJ) et sur l'article XXXI du Pacte de Bogotá ou Traité américain de règlement pacifique des différends (1948). Le 2 février 2017, par une ordonnance, la Cour a joint les affaires de la *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) déjà pendante depuis 2014, et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua), introduite en 2017, au vu du lien étroit de la nouvelle affaire avec les faits de l'ancienne. Dans son site internet, la Cour énumère ces affaires toutefois encore séparément sous la rubrique « Affaires pendantes ».

Le 17 janvier 2017, l'Ukraine introduisit une instance contre la Fédération de Russie concernant des violations alléguées de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965) et de la Convention pour la répression du financement du terrorisme (1999).² Les faits sous-tendant l'instance sont multiples et concernent l'intervention russe en Ukraine de l'Est, les actes de guerre qui y ont eu lieu, le soutien russe à des groupes terroristes, l'annexion de la Crimée et les actes que la Russie y a faits, la destruction du vol de l'appareil de la *Malaysian Airlines*, etc. Il s'agit de faire valoir la responsabilité internationale de la Russie. La base de compétence repose sur une clause compromissoire. Il faut noter que l'Ukraine a demandé immédiatement à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires³.

Le 3 février 2017, la Malaisie a déposé une requête en révision de l'arrêt rendu par la Cour le 23 mai 2008 en l'affaire relative à la *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* (Malaisie/Singapour)⁴. Dans sa requête, la Malaisie affirme qu'il existe un fait nouveau au sens de l'article 61 du Statut de la CIJ, en particulier trois documents découverts dans les archives nationales du Royaume-Uni en 2016 et en 2017, montrant que certains des plus hauts représentants de

1 Communiqué de presse 2017/1.

2 Communiqué de presse 2017/2.

3 Communiqué de presse 2017/4.

4 Communiqué de presse 2017/6.

l'administration coloniale britannique et de l'administration singapourienne étaient conscients que Pedra Branca ne faisait pas partie du territoire souverain de Singapour. En plus, le 30 juin 2017, la Malaisie a déposé une requête en interprétation de ce même arrêt de 2008, basé sur l'article 60 du Statut⁵. Elle affirme que les deux Etats concernés par l'arrêt ont tenté de le mettre en œuvre sur le terrain par une commission technique conjointe, mais que celle-ci s'est heurtée à une impasse en 2013 parce que les parties n'ont pas pu s'entendre sur certains aspects de l'arrêt rendu en 2008, en particulier sur l'extension de la souveraineté territoriale de Singapour.

Le 8 mai 2017, l'Inde a introduit une instance contre le Pakistan dénonçant de graves violations de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 en rapport avec la détention et le procès d'un ressortissant indien, M. K. S. Jadhav, condamné à mort par un tribunal militaire au Pakistan. L'Inde affirme qu'elle n'a été avisée de la détention de M. Jadhav que longtemps après son arrestation, que le Pakistan a manqué d'informer l'accusé de ses droits et qu'elle se voit empêchée de communiquer avec son ressortissant par l'entremise des autorités consulaires. M. Jadhav est accusé d'activités d'espionnage et de terrorisme. L'Inde demande à la Cour d'indiquer en urgence des mesures conservatoires au sens de l'article 41 du Statut. Comme base de compétence, l'Inde invoque l'article 36, § 1, du Statut de la Cour, en relation avec l'article I du Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends (1963).

Le 22 juin 2017, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Résolution 71/292, dans laquelle, sur la base de l'article 65 du Statut de la CIJ, elle prie la Cour internationale de Justice de donner un avis consultatif sur les questions suivantes⁶ : « a) Le processus de décolonisation a-t-il été valablement mené à bien lorsque Maurice a obtenu son indépendance en 1968, à la suite de la séparation de l'archipel des Chagos de son territoire et au regard du droit international, notamment des obligations évoquées dans les résolutions de l'Assemblée générale 1514(XV) du 14 décembre 1960, 2066(XX) du 16 décembre 1965, 2232(XXI) du 20 décembre 1966 et 2357(XXII) du 19 décembre 1967 ? b) Quelles sont les conséquences en droit international, y compris au regard des obligations évoquées dans les résolutions susmentionnées, du maintien de l'archipel des Chagos sous l'administration du Royaume-Uni de Grande-Bretagne, et d'Irlande du Nord, notamment en ce qui concerne l'impossibilité dans laquelle se trouve Maurice d'y mener un programme de réinstallation pour ses nationaux, en particulier ceux d'origine chagossienne ? »

Il faut aussi prendre note d'un désistement d'instance : le 30 juin 2017, la République Slovaque a renoncé à demander le prononcé d'un arrêt supplémentaire en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, selon sa requête déposée en 1998 visant à faciliter l'exécution de l'arrêt de 1997. La Hongrie a fait savoir, par une lettre en date

5 Communiqué de presse 2017/28.

6 Communiqué de presse 2017/27.

du 12 juillet 2017, qu'elle ne s'opposait pas au désistement. La Cour a pris acte du désistement le 18 juillet 2017⁷. L'affaire n'a toutefois pas été rayée du rôle car seule la demande d'un arrêt supplémentaire a été retirée.

3. Le rôle de la Cour en est dès lors à l'état suivant. Dix-sept affaires sont pendantes : *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie) ; *Activités armées sur le territoire du Congo* (RDC c. Ouganda) ; *Certaines Activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua, indemnisation) ; *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) ; *Délimitation maritime dans l'Océan Indien* (Somalie c. Kenya) ; *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala* (Chili c. Bolivie) ; *Immunités et procédures pénales* (Guinée équatoriale c. France) ; *Certains actifs iraniens* (Iran c. Etats-Unis d'Amérique) ; *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua) ; *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Ukraine c. Fédération de Russie) ; *Demande en révision de l'arrêt du 23 mai 2008 en l'affaire relative à la Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* (Malaisie c. Singapour) ; *Jadhav* (Inde c. Pakistan) ; *Effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965* (avis consultatif) ; *Demande en interprétation de l'arrêt du 23 mai 2008 en l'affaire relative à la Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge* (Malaisie c. Singapour). Les trois affaires suivantes sont actuellement (fin 2017) en délibéré : *Certaines Activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua, indemnisation) ; *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) ; et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua).

Quant à leur objet, les nouvelles affaires concernent formellement la délimitation territoriale ; les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme ; les droits consulaires lors d'une procédure pénale ; la décolonisation et ses effets ; ainsi que l'interprétation et la révision d'anciens arrêts de la Cour. Ces nouvelles affaires contentieuses touchent à l'Europe (une affaire), à l'Amérique (une affaire) et à l'Asie (trois affaires). Du point de vue régional, le rôle est composé par conséquent de deux affaires européennes, de deux affaires africaines, de trois affaires asiatiques et de sept affaires américaines (dans cinq desquelles le Nicaragua est partie prenante). Il n'y a plus d'affaires intercontinentales.

7 Communiqué de presse 2017/31.

4. Le 23 février 2017, un document intitulé « Demande en révision de l'arrêt du 26 février 2007 en l'affaire relative à l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie) » a été remis au Greffe de la Cour⁸. La demandé était entre autres signée par M. Softic, ancien agent de la Bosnie-Herzégovine en l'affaire susmentionnée. La Cour a toutefois été prévenue par des lettres du président de la Présidence de Bosnie-Herzégovine, d'un membre de la Présidence de la Bosnie-Herzégovine ainsi que par son ministre des affaires étrangères, qu'aucune décision n'avait été prise par les autorités compétentes de cet Etat concernant l'introduction d'une nouvelle instance devant la Cour. La Cour a considéré qu'elle n'était donc pas valablement saisie de la question. Aucune suite n'a été donnée à cette requête singulière.

5. Sur le front des ordonnances en indication de *mesures conservatoires*, la Cour a décidé le 19 avril 2017 que la Russie doit s'abstenir d'imposer des limitations à la capacité de la communauté des Tatars de Crimée de conserver ses instances représentatives, y compris les Majlis, et faire en sorte de rendre disponible un enseignement en langue ukrainienne (affaire de l'*Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, Ukraine c. Fédération de Russie). La compétence *prima facie*, requise pour que la Cour puisse indiquer des mesures conservatoires, découle des clauses compromissaires contenues dans les articles 24 de la CIRFT (Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme) et 22 de la CIEDR (Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale). L'Ukraine et la Russie sont parties à ces deux Conventions. Un différend entre les deux parties sur l'interprétation et l'application d'un de ces textes semble *prima facie* exister. Et ces différends ne semblent pas pouvoir être réglés par des négociations (condition procédurale contenue dans les clauses compromissaires). Or, pour la CIRFT, l'Ukraine n'a pas rendu plausible que les actes qu'elle allègue tombent sous le coup « d'actes terroristes » au sens de ce texte. Au contraire, pour la CIEDR, certains actes allégués par l'Ukraine remplissent cette condition de plausibilité de la violation de droits, c'est-à-dire qu'ils peuvent être interprétés comme contraires à des droits octroyés par la Convention. Tel est le cas de l'interdiction du Majlis et des restrictions s'agissant des droits des Ukrainiens de souche en matière d'éducation. Dans ce dernier cas, le risque de préjudice irréparable et l'urgence sont également réunis, au vu de la vulnérabilité des groupes concernés telle qu'elle ressort de rapports récents du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme et de la mission de l'OSCE chargée de l'évaluation de la situation des droits de l'homme en Crimée. La Cour indique donc les mesures conservatoires mentionnées ci-dessus.

8 Communiqué de presse 2017/12.

Dans l'affaire *Jadhav*, la Cour a prescrit au Pakistan des mesures conservatoires le 18 mai 2017⁹. En particulier, comme dans l'affaire *LaGrand* (mesures conservatoires du 3 mars 1999)¹⁰, la Cour demande au Pakistan de prendre toutes les mesures dont il dispose pour que le condamné ne soit pas exécuté tant que la CIJ n'aura pas rendu son arrêt. La Cour entreprend ici encore son examen habituel de la compétence *prima facie*, de la plausibilité des droits invoqués, ainsi que du risque de préjudice irréparable et de l'urgence. Elle conclut que ces conditions sont réunies en l'espèce. Il s'agit bien de questions liées à l'interprétation ou à l'application de la Convention sur les relations consulaires de 1963, les droits invoqués concernant manifestement l'application de cette Convention et sont plausibles, et l'urgence ainsi que le préjudice irréparables découlent de la sentence de mort du condamné. D'où l'indication de mesures conservatoires.

6. Dans une ordonnance du 15 novembre 2017, la Cour a rendu un prononcé sur la recevabilité des *demandes reconventionnelles* présentées par la Colombie dans l'affaire des *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes* (Nicaragua c. Colombie)¹¹. Elle juge les premières deux demandes irrecevables (manquement allégué du Nicaragua à une obligation d'exercer la diligence requise aux fins de protéger et préserver l'environnement marin dans le sud-ouest des Caraïbes; manquement allégué du Nicaragua à une obligation d'exercer la diligence requise aux fins de protéger le droit des habitants de San Andrés de bénéficier d'un environnement sain, viable et durable) alors qu'elle juge à la majorité les troisième et quatrième recevables (violation alléguée, par le Nicaragua, d'un droit des pêcheurs artisanaux de l'archipel de San Andrés d'accéder aux bancs où ils ont coutume de pêcher et d'exploiter ceux-ci; adoption par le Nicaragua du décret no 33-2013 qui aurait établi des lignes de base droites avec pour effet d'étendre les eaux intérieures et les espaces maritimes nicaraguayens au-delà de ce que permet le droit international). Pour qu'une demande reconventionnelle soit recevable, elle doit selon l'article 80 du Règlement de la Cour relever du domaine de compétence et être en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse. Cette connexité n'existe pas, selon la Cour, pour les premières deux demandes, car elles se rapportent à un autre ensemble factuel, à d'autres principes juridiques et ne poursuivent pas le même but juridique. Cette connexité directe existe au contraire pour les requêtes trois et quatre: mêmes espaces, mêmes types d'activités, mêmes principes juridiques et même but juridique (responsabilité internationale pour la requête trois, constat de violation du droit international pour la requête quatre). Quant à la compétence, elle est fondée sur l'article XXXI du Pacte de Bogotá relatif au règlement pacifique des différends de 1948, encore applicable malgré la dénonciation entre-temps intervenue de ce traité par la

9 Communiqué de presse 2017/22.

10 CIJ, Recueil, 1999-I, p. 9 ss.

11 Communiqué de presse 2017/35.

Colombie. De plus, la Cour affirme l'existence d'un différend sur l'objet des demandes reconventionnelles trois et quatre, ainsi que l'impossibilité de le résoudre par des négociations directes (condition procédurale contenue dans l'article XXXI susmentionné).

7. L'année 2017 a aussi été l'année *d'élection de juges* à la CIJ. Le 9 novembre 2017, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies ont procédé à l'élection de quatre membres de la Cour pour un mandat de neuf ans qui prendra effet à compter du 6 février 2018¹². Ainsi, les juges R. Abraham (France), A. A. Yusuf (Somalie) et A. A. Cançado Trindade (Brésil) ont été réélus membres de la Cour. De plus, N. Salam (Liban) a été élu nouveau membre de la Haute Juridiction. Le Juge Salam a surtout eu une carrière de diplomate, d'expert et d'avocat. Finalement, le 20 novembre 2017, l'AGNU et le CS ont réélu D. Bhandari (Inde) comme membre de la Cour¹³. On notera qu'ainsi le juge C. Greenwood (Royaume-Uni) a perdu son siège, formellement après le retrait de sa candidature. Cela signifie que la règle non écrite selon laquelle tout membre permanent du Conseil de sécurité peut toujours prétendre d'avoir un juge à la Cour n'a pas été honorée. Le Royaume-Uni se trouve pour la première fois depuis la création de la CIJ en 1946 sans juge « national » sur le siège. C'est un précédent important.

8. Dans les activités diverses, on notera le lancement d'un nouveau site internet de la CIJ dès le 27 juin 2017¹⁴. Il est censé offrir des améliorations importantes, notamment des fonctions de recherche et de navigation améliorées, la compatibilité avec les appareils mobiles et une meilleure lisibilité. Dans un genre différent, il faut rappeler la visite à la Cour du Secrétaire général des Nations Unies, M. A. Guterres, le 22 décembre 2017¹⁵. Un échange de vues a eu lieu sur des sujets tels que l'importance de la justice internationale, le rôle et l'activité de la Cour, les affaires actuellement pendantes et d'autres questions d'intérêt commun.

12 Communiqué de presse 2017/34.

13 Communiqué de presse 2017/36.

14 Communiqué de presse 2017/26.

15 Communiqué de presse 2017/39.

II. L'affaire relative à la *Délimitation maritime dans l'Océan Indien, Exceptions préliminaires* (Somalie c. Kenya), arrêt du 2 février 2017¹⁶

A. Résumé

1. Le 28 août 2014, la Somalie a introduit une requête contre le Kenya relativement à un différend concernant l'établissement d'une frontière maritime unique entre les deux Etats. Cette frontière unique devait délimiter les mers territoriales, les zones économiques exclusives et les plateaux continentaux respectifs (§ 1). La base de compétence invoquée dans la requête introductive d'instance est constituée par les déclarations facultatives de juridiction obligatoire des deux Etats, faites en vertu de l'article 36, § 2, du Statut de la CIJ. Le 7 octobre 2015, le Kenya a soulevé des exceptions préliminaires touchant à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la requête.

2. Les demandes des parties sont les suivantes. La Somalie prie la Cour de déterminer, sur la base du droit international, l'intégralité du tracé de la frontière maritime unique départageant l'ensemble des espaces maritimes relevant de la Somalie et du Kenya dans l'océan Indien, y compris sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins. La Somalie propose à cet effet une ligne reliant des points dont les coordonnées géographiques sont indiquées. En plus, une réparation est demandée pour des agissements du Kenya violant la souveraineté de la Somalie dans la zone litigieuse. Le Kenya répond que la Cour n'est pas compétente et que la requête de la Somalie n'est pas recevable ; il soulève à cet effet deux exceptions préliminaires. La Somalie prie la Cour de rejeter ces exceptions préliminaires.

3. *Contexte* (§ 15ss). La Somalie et le Kenya sont deux Etats aux côtes adjacentes. Les deux Etats sont parties à la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer (1982, ci-après CMB), qui est en vigueur dans leurs relations réciproques depuis le 16 novembre 1994. Aux §§ 17 et suivants, la Cour décrit l'historique des contacts entre les parties sur la question de leurs espaces maritimes.

4. *Première exception préliminaire (compétence) : la réserve relative à d'autres modes de règlement des différends contenue dans la déclaration kenyane* (§ 31ss). La déclaration facultative du Kenya comporte une réserve à la compétence de la Cour, exceptant du domaine de celle-ci les « différends au sujet desquels les parties en cause auraient convenu ou conviendraient d'avoir recours à un autre mode ou à d'autres modes de règlement ». A cet effet, le Kenya invoque un Mémorandum d'Accord (ci-après MA) de 2009, conclu entre les deux Etats, et selon lequel les parties négocieraient une solu-

16 Sur cette affaire, cf. M. BENATAR & E. FRANCKX, « The ICJ's Preliminary Objections Judgment in Somalia v. Kenya: Causing Ripples in Law of the Sea Dispute Settlement ? », *EJIL Talk!* publié le 22 février 2017, <<https://www.ejiltalk.org/the-icjs-preliminary-objections-judgment-in-somalia-v-kenya-causing-ripples-in-law-of-the-sea-dispute-settlement/>>.

tion de leur différend après que la Commission des limites extérieures du plateau continental prévue par la CMB aura émis ses recommandations. Selon le Kenya, cet accord contient ainsi la stipulation d'un autre mode de règlement, la réserve de la clause facultative trouvant ainsi à s'appliquer. De plus, le Kenya estime que le système de règlement des différends contenu dans la Partie XV de la CMB s'applique prioritairement et constitue ainsi un autre mode de règlement du différend selon le texte de la réserve à la déclaration facultative. Les deux Etats n'ayant pas choisi une modalité de règlement particulière en vertu de la CMB, l'article 287, § 3, de ce texte établit la compétence des arbitres selon ce qui est prévu dans l'Annexe VII.

5. Le MA de 2009 a été conclu par le Ministre des affaires étrangères du Kenya et le Ministre de la planification nationale et de la coopération internationale de la Somalie, et a été enregistré auprès du service des traités des Nations Unies (article 102 de la Charte des Nations Unies). Dans ce MA, chaque partie s'engageait, notamment, à ne pas objecter aux communications de l'autre partie à la Commission des limites extérieures. Or, la validité de cet Accord a été contestée par la Somalie pour défaut de compétence de le conclure du ministre et pour absence d'autorisation à ratifier parlementaire. De plus, la Somalie soutient que le MA ne prévoit de toute manière pas un mode de règlement du différend de délimitation tel qu'il a été porté devant la Cour.

6. La Cour examine d'abord la *validité* du MA. Le MA est un accord écrit, régi par le droit international et contenant une clause relative à son entrée en vigueur (§ 42). Le Ministre somalien de la planification et de la coopération était autorisé à le conclure parce qu'il était muni de pleins pouvoirs délivrés par le Chef du gouvernement somalien (§ 43). La Cour note ensuite que le MA prévoit dans son dernier paragraphe qu'il entrerait en vigueur dès la signature, sans exiger une ratification séparée (voir à cet égard l'article 12, § 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, CVDT). L'assertion de la Somalie selon laquelle elle avait oralement réservé une ratification n'a pas été prouvée et contredit le texte du dernier paragraphe de l'Accord (§ 46). Enfin, la Somalie invoque son droit interne, exigeant la ratification d'un tel texte. Or, l'article 46 de la CVDT, qui reflète le droit coutumier, prévoit que l'invalidité du traité suppose que l'irrégularité dans le processus de conclusion ait été 'manifeste' pour le cocontractant. A cet égard, il est clair qu'une éventuelle restriction de la capacité du ministre somalien de conclure l'Accord n'était pour le moins pas manifeste pour le Kenya. La validité internationale de l'Accord ne saurait donc être contestée. Qui plus est, la Somalie n'a invoqué cette absence de ratification que sept mois après le refus du Parlement d'autoriser la ratification ; on pourrait y voir un acquiescement à la validité de l'Accord en vertu de l'article 45 de la CVDT, reflétant une fois de plus le droit coutumier (§ 49). En conclusion, le MA est un accord internationalement valide liant les parties (§ 50).

7. La Cour en vient ensuite à l'*interprétation* du MA. Selon le Kenya, le MA prévoit un mode de règlement des différends, à savoir de négocier un accord une fois reçues les recommandations de la Commission des limites extérieures du plateau

continental. Selon la Cour, il faut examiner le MA dans son ensemble (contexte). Il en ressort que le MA ne prescrit pas un mode de règlement du différend sur la frontière maritime unique. D'abord, son but est de faire en sorte que l'existence du différend de délimitation ne s'oppose pas à l'examen du problème de délinéation de la limite extérieure du plateau continental par la Commission concernée; et ensuite, que la délinéation extérieure soit sans préjudice par rapport à la délimitation future du plateau continental (§ 77). De plus, il faut noter que le sixième paragraphe du MA, prévoyant des négociations entre les parties, renvoie seulement au différend sur le plateau continental, seul celui-ci étant concerné par les activités de la Commission des limites extérieures; les mers territoriales et les zones économiques exclusives ne sont pas couvertes (§ 85). Ce sixième paragraphe est par ailleurs calqué sur l'article 83, § 1, de la CMB et ne prescrit pas un mode particulier de règlement (par exemple: exclusivement des négociations); et les parties ne devaient même pas attendre que la Commission des limites extérieures communique ses recommandations, car elles pouvaient négocier à tout moment, comme elles l'ont d'ailleurs fait (§ 95). Les travaux préparatoires et les circonstances de conclusion du MA confirment cette interprétation (§ 99). Ils montrent que le texte du MA a été préparé par un ambassadeur de Norvège dans le but principal d'éviter que des objections n'empêchent le travail de la Commission des limites extérieures et pour dissocier, dans la même veine, le processus de délinéation de la limite extérieure du plateau continental de celui de délimitation des zones maritimes (§ 102-3). La conclusion est dès lors que le MA ne constitue pas un accord d'avoir recours à un mode particulier de règlement du différend, si bien que la réserve à la déclaration facultative du Kenya ne trouve pas à s'appliquer (§ 106).

8. La Cour en vient désormais au second volet de l'exception kenyane, à savoir la *Partie XV de la CMB* et son système de règlement des différends (§ 107ss). Selon le Kenya, le système de règlement des différends de la CMB est une *lex specialis* et une *lex posterior* par rapport aux déclarations facultatives du Statut de la CIJ. La Cour devrait donc décliner sa compétence, car les parties auraient stipulé un autre mode de règlement du différend, prioritairement applicable. Selon la Cour, l'argument de la *lex posterior* est battu en brèche par le texte même de la réserve, qui contient les mots « auraient convenu ou conviendraient ». Le texte traite donc de la même manière les textes existants et ceux conclus postérieurement à la déclaration facultative (§ 120). Quant à l'argument de la *lex specialis*, il se heurte à l'article 282 de la CMB. Cette disposition réserve d'autres mécanismes de règlement des différends, dont les déclarations facultatives à la compétence de la CIJ auxquels la CMB ne souhaite pas déroger. Cette interprétation est confirmée par les travaux préparatoires de la CMB (§ 126-7). Ces autres mécanismes, auxquels renvoie ainsi l'article 282, ont priorité (§ 130). La CMB ne prévoit par conséquent pas d'autres modes de règlement des différends par rapport aux clauses facultatives. La réserve kenyane ne trouve pas à s'appliquer ici non plus.

9. La conclusion générale sur cette première exception préliminaire est qu'étant d'avis que ni le MA ni la Partie XV de la CMB n'entrent dans le champ de la réserve à la déclaration facultative du Kenya, la Cour doit rejeter l'exception (§ 134).

10. *Deuxième exception préliminaire (recevabilité)* (§ 135ss). Cette exception a aussi deux volets. Selon le premier argument kenyan, le MA prévoit que la frontière maritime devra être négociée après l'examen du dossier par la Commission des limites extérieures du plateau continental. Or la Cour a conclu plus haut que le MA ne stipule pas un mode de règlement du différend et qu'il ne subordonne pas la négociation à la fin de l'examen du dossier par la Commission susmentionnée. D'où le rejet de l'exception préliminaire, dans ce premier volet (§ 138). Selon le second argument kenyan, la Somalie aurait violé le MA à travers une objection temporaire aux travaux de la Commission, ce qui donnerait lieu à des « mains sales » incompatibles avec la recevabilité de sa requête actuelle. Or, le fait qu'un demandeur puisse avoir violé un traité en cause dans une affaire n'affecte pas en soi la recevabilité de sa requête. En plus, la Somalie n'invoque le MA ni en tant qu'instrument sur lequel est fondée sa compétence, ni en tant que source de droit matériel régissant le fond de la présente espèce (§ 142).

11. *Dispositif* (§ 145). La première exception préliminaire en tant que fondée sur le MA est rejetée par 13-3 (contre : les Juges Bennouna, Robinson et Guillaume, *ad hoc*) ; et en tant que fondée sur la Partie XV de la CMB par 15-1 (contre : le Juge Robinson). La seconde exception préliminaire est rejetée par 15-1 (contre : le Juge Robinson). La Cour affirme ainsi sa compétence à connaître du fond de l'affaire par 13-3 (contre : les Juges Bennouna, Robinson et Guillaume, *ad hoc*). Le Juge Yusuf joint une déclaration à l'arrêt ; il en va de même des Juges Gaja et Crawford, à travers une déclaration commune. Les Juges Bennouna, Robinson et Guillaume (*ad hoc*) joignant à l'arrêt l'exposé de leur opinion dissidente. Ces prises de position individuelles – tout comme l'arrêt – peuvent être consultées sur le site internet de la Cour¹⁷. Les Juges Bennouna et Guillaume (*ad hoc*) estiment que la Cour a mal interprété le paragraphe six du MA, qui selon eux contient – dans son sens ordinaire – la stipulation d'un mode de règlement des différends, précisant d'ailleurs le moment auquel les négociations en cause devaient avoir lieu. Le Juge Robinson, quant à lui, estime que la Cour a mal interprété la relation entre la compétence fondée sur les clauses facultatives en vertu du Statut de la CIJ et la Partie XV de la CMB. Suivant le Juge Robinson, la réserve kenyane renvoyait aux modes de règlement des différends contenus dans la CMB ; dès lors, ceux-ci s'appliquaient prioritairement entre les parties (*lex specialis*).

17 <www.cij-icj.org>.

B. Commentaires

12. Le cœur de la présente affaire se situe dans l'interprétation d'un accord bilatéral d'un côté et de la CMB de l'autre côté. La question d'interprétation concerne ici entre autres la relation entre deux normes pertinentes pour déterminer la compétence de la Cour : le paragraphe six du MA d'un côté et l'article 282 de la CMB de l'autre. Dans le premier cas, la compétence de la Cour est en concurrence avec un processus de négociation, dans le deuxième cas elle est en concurrence avec l'arbitrage général prévu dans l'annexe VII de la CMB. L'interprétation de la Cour aboutit à protéger et à renforcer sa propre compétence contre l'effet de réserves, jointes aux clauses facultatives, qui renvoient potentiellement à d'autres procédures de règlement pacifique des différends. Etant donné qu'un nombre important de déclarations facultatives sont pourvues d'une réserve concernant d'autres procédures de règlement, la ligne jurisprudentielle de la Cour a une importance pratique indéniable. Techniquement, l'interprétation se fait sur la base d'une non-dérogation des procédures alternatives par rapport aux titres de compétence de la Cour. Chaque voie d'accès à des procédures de règlement des différends est une alternative que les parties ou la partie la plus diligente peuvent mettre en action, sauf existence de clauses contraires. Une fois qu'un tribunal est saisi, celui-ci refusera de déclinier sa compétence du fait qu'il y a d'autres procédures accessibles, sauf s'il estime qu'il existe un accord applicable d'utiliser en priorité cette autre procédure – c'est alors une question de respect des engagements, *pacta sunt servanda*. Dans ce cas, la procédure privilégiée relève d'une *lex specialis* qui efface « l'alternativité » des moyens d'accès au juge. La jurisprudence de la Cour montre que la présomption générale en la matière est celle de « l'alternativité » des moyens, de manière à assurer le plus possible l'efficacité de la procédure que la partie la plus diligente a choisi de mettre en œuvre. Il est certain qu'un tel système permet toutefois aussi de faire du « forum shopping », en sélectionnant le tribunal qui offre le plus d'intérêt au regard de la stratégie litigieuse d'une partie.

13. Pour ce qui est du MA, la divergence entre les juges porte sur son interprétation : fallait-il interpréter le texte dans son contexte total (Cour) ou donner plus de poids au sens direct des termes employés, en quelque sorte plus isolément (Juges minoritaires) ? Dans le résultat, l'approche de la Cour montre que pour admettre une procédure alternative qui efface sa propre compétence, il faudra des éléments très clairs qui établissent l'accord des parties de privilégier cette autre procédure. En cas de doute, la compétence de la Cour demeurera. Dans le cas d'espèce, la simple mention de négociations après les recommandations de la Commission des limites extérieures – alors qu'en plus des négociations avaient déjà eu lieu avant cette date – a paru à la Cour une mention trop faible pour mettre en échec une compétence basée sur les clauses facultatives. La question clé était si le MA signifiait une obligation d'abstention relative à la saisine de moyens alternatifs et ce jusqu'à une certaine date. Il a paru douteux à la Cour d'affirmer qu'en vertu d'une clause assez générale, qui ne porte en

plus que sur un volet du différend (plateau continental), aucune des parties ne puisse agir pour régler le différend avant la date en cause. Si ce gel des moyens d'action ne pouvait être admis, les parties ayant elles-mêmes négocié avant la date fatidique, il n'y avait pas non plus de raison de conclure que la compétence de la Cour devait être déclinée.

14. Pour ce qui est de la CMB, la question était placée sur un plan plus général, à savoir celui de la concurrence entre deux systèmes de règlement des différends bien constitués et articulés, basés sur des conventions multilatérales. Il s'y dessinait d'ailleurs en filigrane la question du « double renvoi » : si la réserve kenyane renvoie à la CMB, mais que la CMB (article 282) renvoie aux clauses facultatives, le risque est soit de se trouver dans un cercle vicieux de renvois infinis, ou alors d'arbitrairement choisir le point de départ et d'ainsi fixer qu'un renvoi est déterminant et l'autre non. La Cour a ici aussi admis que la CMB ne pouvait pas faire échec à sa compétence. Le système des clauses facultatives est une *lex specialis* par rapport au système de la CMB, en vertu du renvoi de l'article 282. De plus, il n'existe aucune disposition dans le Statut de la CIJ lui enjoignant de céder sa compétence devant un autre juge potentiellement compétent. La réserve d'un Etat contenue dans une déclaration facultative n'a pas pour la Cour le même poids qu'une disposition de son Statut : dans le cas de la réserve, c'est une question d'interprétation de la volonté raisonnable du réservataire ; dans le cas d'une disposition du Statut, c'est une limitation constitutionnelle de l'activité de la Cour. Il en va différemment pour les organes de règlement des différends de la CMB, car ceux-ci sont confrontés au droit objectif de l'article 282 de cette Convention. La pratique a montré que ces organes estiment ne pas être compétents lorsqu'un autre juge l'est¹⁸. La doctrine affirme aussi majoritairement qu'en vertu de cette disposition, la compétence de la Cour, basée sur les clauses facultatives, l'emporte sur les procédures de la Partie XV de la CMB¹⁹. L'article 282 établit ainsi que les procédures aboutissant à une solution contraignante, prévues par d'autres textes, constituent en la matière la *lex specialis* et mettent en échec la compétence des organes de la CMB. En conclusion, en cas de conflit, la compétence de la Cour l'emporte (priorité, non alternativité) ; mais si une partie saisit un organe de la CMB et que l'autre n'objecte pas à la compétence de ce dernier, en soulevant une exception préliminaire, ou en acceptant expressément la compétence de l'organe saisi, cette compétence pourra être exercée²⁰.

18 Voir notamment l'affaire *MOX Plant*, Ordonnance n° 3 du 24 juin 2003, disponible sur <www.pca-cpa.org>. La question tournait autour de la compétence exclusive de la CJCE.

19 Cf. par exemple Y. TANAKA, *The International Law of the Sea*, 2^e éd., Cambridge 2015, p. 423–424. Il a toutefois aussi été noté qu'il reste d'importantes incertitudes interprétatives dans le contexte des articles 281 et 282 de la CMB : cf. D. R. ROTHWELL & T. STEPHENS, *The International Law of the Sea*, Oxford/Portland 2010, p. 448.

20 L'article 282 réserve en effet l'accord contraire des parties : « ...à moins que les parties en litige n'en conviennent autrement ».

On rappellera aussi que le tribunal arbitral saisi sur la base de la CMB dans l'affaire *Southern Bluefin Tuna* (Compétence et recevabilité, 2000) a estimé qu'il n'était pas compétent pour trancher le litige de conservation de certains stocks de thon au vu du fait que les parties étaient liées par la Convention de 1993 sur la conservation de cette espèce, et que les procédures de règlement des différends de cette Convention de 1993 prévalaient comme *lex specialis* sur les procédures de la CMB²¹. Cette interprétation est d'autant plus remarquable que l'accord de 1993 ne prévoyait pas des procédures de règlement contraignantes. Le tribunal a néanmoins estimé que l'effet utile de ces dispositions spéciales commandait d'en assurer la priorité sur le système plus contraignant contenu dans la CMB²². Il semble donc y avoir une tendance répétée à rendre le système de la CMB subsidiaire à d'autres modalités de règlement, contraignantes ou non. Le précédent de la Cour dans l'affaire *Somalie c. Kenya* en est un maillon supplémentaire.

15. Parmi les autres aspects de cette affaire, on relèvera surtout sa modeste contribution au droit des traités. La validité internationale du MA avait été contestée. La Cour confirme que les raisons d'invalidité des traités sont soumises à une interprétation des plus strictes. Au plan international, la stabilité des traités prévaut sur toute autre considération. La Cour fait référence à la CVDT de 1969, mais s'exprime en droit coutumier, étant donné que cette Convention n'était pas applicable aux deux Etats à l'instance. On soulignera surtout que cette affaire donne lieu à un nouveau précédent relatif à l'article 46 de la CVDT (ratifications irrégulières)²³. Une fois de plus, le point crucial n'est pas tant l'importance objective de la disposition en question²⁴, mais le fait que la violation du droit interne en cause n'était pas manifeste pour l'autre partie (protection de sa bonne foi). Ce précédent vient ainsi se placer dans une ligne jurisprudentielle aboutissant à rejeter l'argument de l'invalidité sur la base du caractère « non manifeste » de la violation : affaire de la *Délimitation de la frontière maritime entre la Guinée Bissau et le Sénégal* (1989)²⁵ et affaire de la *Frontière terrestre*

21 *RSA*, vol. XXIII, p. 38 ss.

22 Ce qui a donné lieu à des critiques : cf. D. A. COLSON & P. HOYLE, « Satisfying the Procedural Pre-requisites to the Compulsory Dispute Settlement mechanism of the 1982 Law of the Sea Convention : Did the *Southern Bluefin Tuna* Tribunal get it Right ? », 34 *Ocean Development and International Law* (2003), p. 59 ss.

23 Voici le texte de cette disposition : « 1. Le fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale. 2. Une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout Etat se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi. »

24 Ce n'est que dans l'affaire *Textron* (1981) que les arbitres nient l'importance fondamentale de la disposition violée : cf. P. M. EISEMANN & V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale (1946–1988), vol. 3, Dordrecht/Boston/London 1991, p. 1502.

25 *RSA*, vol. XX, p. 139 ss.

et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (2002)²⁶. En second lieu, bien que la Cour n'entre pas dans une discussion serrée de l'article 45 de la CVDI²⁷ et de son pendant coutumier (acquiescement à la validité d'un traité si un motif d'invalidité connu n'est pas invoqué dans un délai raisonnable), elle suggère que cet acquiescement puisse être admis si le motif d'invalidité n'a pas été soulevé sept mois après que l'Etat concerné en a eu connaissance. Cette affaire donne donc une indication temporelle, montrant que le principe de stabilité des traités exige une réaction rapide si un Etat souhaite invalider un traité. C'est encore une question de bonne foi : on ne saurait souffler le froid et le chaud en fonction d'intérêts variables, c'est-à-dire garder le traité intact tant qu'il arrange les intérêts de l'Etat concerné et préserver en même temps la carte de son invalidation dans la manche, pour la jouer dans un avenir indéfini, au moment où le traité ne répondra plus de la même manière aux intérêts de ce même Etat.

26 CIJ, Recueil, 2002, p. 429-430, §§ 263-5.

27 Voici le texte de cette disposition : « Un Etat ne peut plus invoquer une cause de nullité d'un traité ou un motif d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application en vertu des art. 46 à 50 ou des art. 60 et 62 si, après avoir eu connaissance des faits, cet Etat : a) a explicitement accepté de considérer que, selon le cas, le traité est valide, reste en vigueur ou continue d'être applicable ; ou b) doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé, selon le cas, à la validité du traité ou à son maintien en vigueur ou en application. »

