UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 2020

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 2019

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de justice en 2019. In: Swiss Review of International and European Law, 2020, vol. 30, n° 1, p. 45–73.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135553

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice en 2019

Robert Kolb*

Table des matières

I. Introduction : questions générales
II. L'affaire relative à Certains Actifs iraniens (Iran c. Etats-Unis d'Amérique), Exceptions préliminaires, arrêt du 13 février 2019
  A. Résumé
  B. Commentaires
III. L'avis consultatif relatif aux Effets juridiques de la séparation de l'Archipel des Chagos de Maurice en 1965, avis du 25 février 2019
  A. Résumé
  B. Commentaires
IV. L'affaire *Jadhav* (Inde c. Pakistan), arrêt du 17 juillet 2019
  A. Résumé
  B. Commentaires
V. L'affaire relative à 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. Russie), arrêt du 8 novembre 2019
  A. Résumé
  B. Commentaires

I. Introduction : questions générales

1. L'année 2019 aura été ponctuée par quatre prononcés de la Cour, le même nombre qu'en 2018, et plus particulièrement par deux arrêts sur la compétence et la recevabilité, un arrêt de fond et un avis consultatif. Les avis consultatifs se font rares : les derniers précédents remontent à 2012 *(Jugement no 2867 du TAOIT sur requête contre le FIDA)* et 2010 *(Déclaration unilatérale d'indépendance du Kosovo)*. Par comparaison, entre 1949 et 1951, aux débuts de la Cour actuelle, sur 12 prononcés par arrêt ou avis, la majorité tombe sur des avis (7 sur 12). A la CPJI, entre 1923 et 1939, il y eut 31 arrêts et 27 avis. A l'heure actuelle, dans le filon des arrêts, continuent à

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

prédominer les prononcés sur la compétence et la recevabilité, donc sur des exceptions préliminaires. Ils jettent dans une lumière crue les déclarations pompeuses et hypocrites des Etats (et dans une moindre mesure des institutions internationales) insistant sur le rôle si important de la CIJ dans le progrès du règlement des différends et dans la prééminence du droit au niveau international. Dans l'abstrait, il est aisé de se complaire à bon frais à reconnaître les services que la Cour peut rendre. Quand il s'agit de passer à la caisse – pire : sous les fourches caudines d'un juge indépendant –, le plus souvent, aucun moyen de résister à ce que la Cour se prononce sur le fond n'est délaissé. Sont soulevés parfois des arguments tellement faibles et douteux que même le Juge *ad hoc* nommé par un Etat quelque peu autocratique n'ose les voter, comme le démontre le sort de l'exception d'irrecevabilité russe dans l'affaire *Ukraine c. Russie*. Il serait par ailleurs erroné de penser que dans la seule affaire que la Cour a tranché au fond, l'affaire *Jadhav,* les exceptions préliminaires aient été absentes. Le Pakistan a soulevé trois exceptions d'irrecevabilité dont la Cour a disposé dans l'arrêt du fond. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour évolue sur les sentiers tracés et balisés. Aucun coup d'éclat n'est venu ponctuer une année ordinaire quant à la pratique judiciaire mais soutenue quant à la charge de travail.

La jurisprudence récente montre que les Etats portent un nombre d'affaires non négligeable devant la Haute Juridiction par voie de clause compromissoire[1]. En particulier, les clauses contenues dans une série de traités relatifs aux droits de l'homme leur permettent de s'ouvrir une fenêtre de compétence devant la CIJ, quitte à devoir plaider des affaires par le petit bout de la lorgnette en isolant un aspect d'un différend plus large pour le soumettre au débat judiciaire. La compétence de la Cour est dans ces cas limitée à des questions « d'interprétation ou d'application » du traité porteur de la clause compromissoire. Ce fait réduit considérablement le domaine de compétence matérielle de la Haute Juridiction et peut fragmenter à la fois le différend et la réponse que lui apportera la Cour. En 2019, toutes les affaires dont a connu la Cour au contentieux étaient fondées sur de telles clauses : l'article XXI du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires irano-américain de 1955 dans l'affaire de *Certains Actifs Iraniens ;* l'article I du Protocole de signature facultatif à la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 dans l'affaire *Jadhav ;* et les articles 24 ainsi que 22 des Convention sur le financement du terrorisme de 1999 et de la Convention contre la discrimination raciale de 1965 dans l'affaire *Ukraine c. Russie*. C'est un moyen de contourner les clauses facultatives, que des Etats importants, comme le Russie, n'ont pas déposées ; ou encore d'éviter le piège des réserves, plus souvent formulées dans le contente des clauses facultatives en vertu de l'article 36, § 2, du Statut que dans le contexte de clauses compromissoires conventionnelles au

1 Sur ces clauses compromissoires, cf. par exemple M. Papadaki, « Compromissory Clauses as the Gatekeepers of the Law of be ‹Used› in the ICJ and the PCIJ », 5 Journal of International Dispute Settlement (2014), p. 560 ss.

sens de l'article 36, § 1, du Statut. Ces clauses compromissoires deviennent ainsi le plus souvent une espèce de cheval de Troie pour établir une compétence de la Cour. L'Etat défendeur y répondra souvent par une défense acharnée. Elle le sera d'autant plus qu'il ne s'était pas attendu à ce type d'attaques en ratifiant – souvent il y a longtemps – un traité porteur d'une telle clause. D'un côté, on peut donc se réjouir que ces clauses contribuent à l'extension du domaine de compétence de la Cour, ce qui est leur fonction première. De l'autre côté, on peut regretter que ce biais charrie devant la CIJ des affaires politiquement très controversées, augmentant le risque de non-exécution de l'arrêt finalement rendu, et dans lesquelles la compétence de la Cour est matériellement éborgnée par le domaine restreint de l'objet de la Convention porteuse de la clause.

2. Le *rôle de la Cour* n'a pas beaucoup évolué depuis l'année dernière. Deux affaires ont pu en être ôtées, la Cour s'étant prononcée sur le fond : l'affaire *Jadhav* et l'avis *Chagos*. Deux nouvelles affaires ont pris place : l'affaire Guatemala/Belize et l'affaire Gambie/Myanmar.

La première nouvelle requête a été déposée le 7 juin 2019[2]. Il s'agit d'un différend territorial, insulaire et maritime entre le Guatemala et le Belize. Les parties ont décidé de le porter devant la Cour par voie de compromis (article 36, § 1, du Statut de la CIJ). Plus particulièrement, la Cour est appelée à trancher des revendications juridiques que le Guatemala fait valoir à l'encontre du Belize à propos de certains territoires ainsi que de certains espaces maritimes. Une particularité de cette affaire doit être notée : la saisine de la Cour a été soumise au référendum populaire dans les deux Etats et la population a accepté que la Cour tranche ce différend. C'est à notre connaissance une première dans l'histoire de la CIJ.

La deuxième affaire portée devant la Cour l'a été par une requête en date du 11 novembre 2019[3]. La République de Gambie a introduit une instance contre la République et Union du Myanmar à raison de violations de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) découlant d'actes adoptés, accomplis ou tolérés par le Gouvernement du Myanmar à l'encontre des membres du groupe des Rohinga. La base de compétence invoquée est l'article IX de la Convention, une clause compromissoire, et l'intérêt pour agir repose sur le concept des obligations *erga omnes partes*[4]. Une demande en indication de mesures conservatoires a été déposée simultanément avec la requête au principal.

3. Le rôle de la Cour en est dès lors à l'état suivant. Dix-sept affaires sont actuellement pendantes : *Projet Gabcíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie) ; *Activités ar-*

2 Communiqué de presse 2019/25.

3 Communiqué de presse 2019/47.

4 Sur la jurisprudence récente de la Cour à ce propos, cf. Y. Tanaka, « Reflections on Locus Standi in Response to a Breach of Obligations Erga Omnes Partes : A Comprehensive Analysis of the Whaling in the Antarcic and South China Sea Cases », 17 Law and Practice of International Courts and Tribunals (LPICT) (2018), p. 527 ss.

mées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda) ; *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 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) ; *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) ; *Sentence arbitrale du 3 octobre 1899* (Guyana c. Venezuela) ; *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Qatar c. Emirats arabes unis) ; *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la Convention relative à l'aviation civile internationale* (Arabie saoudite, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar) ; *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article II, section 2, de l'Accord de 1944 relatif au transit des services aériens internationaux* (Arabie saoudite, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar) ; *Violations alléguées du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955* (Iran c. Etats-Unis d'Amérique) ; *Transfert de l'ambassade des Etats-Unis à Jérusalem* (Palestine c. Etats-Unis d'Amérique) ; *Revendication territoriale, insulaire et maritime du Guatemala* (Guatemala/Belize) ; et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Gambie c. Myanmar). Les trois affaires suivantes sont actuellement (fin 2019) en délibéré : *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article 84 de la Convention relative à l'aviation civile internationale* (Arabie saoudite, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar) ; *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de l'article II, section 2, de l'Accord de 1944 relatif au transit des services aériens internationaux* (Arabie saoudite, Egypte et Emirats arabes unis c. Qatar) ; et *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Gambie c. Myanmar) concernant les mesures conservatoires.

Du point de vue régional, le rôle est composé par conséquent de deux affaires européennes, de deux affaires africaines, de cinq affaires américaines, de deux (ou trois, si l'on compte séparément les affaires concernant l'OACI) affaires concernant le Proche Orient et de cinq affaires intercontinentales. La Cour n'est actuellement saisie d'aucune affaire entre Etats asiatiques.

Quant à leur objet, les nouvelles affaires de 2019 concernent d'un côté des revendications territoriales et maritimes et de l'autre la prévention et la répression du génocide. On remarquera que la Convention contre le génocide, avec sa clause compromissoire de l'article IX, constitue une base de compétence prisée pour porter devant la Haute Juridiction des affaires de grande gravité. Parmi celles-ci, les plus célèbres sont celles dévolues au prétendu génocide perpétré par la Serbie lors de la guerre de You-

goslavie, affaires portées par la Bosnie-Herzégovine (arrêt de 2007) et par la Croatie (arrêt de 2015). Il s'agit de différends à forte charge émotionnelle et politique. Et comme l'on sait que « l'enfer c'est l'autre », le génocide c'est aussi et encore l'autre ; c'est l'ennemi, non pas soi, ni les amis.

4. Sur le front des ordonnances en indication de *mesures conservatoires,* la Cour a rejeté, le 14 juin – à la quasi-unanimité de 15 voix contre 1 –, une demande présentée par les Emirats arabes unis contre le Qatar[5] dans le contexte de cette singulière affaire relative au « blocus » du Qatar par une série d'Etats arabes. Cette requête avait été introduite sur la base d'une clause compromissoire à première vue très éloignée de l'objet du litige mais qui assurait une petite fenêtre de compétence : la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965 (CIEDR). La Cour examine la demande selon les critères habituels, désormais bien établis dans sa jurisprudence. Ainsi, la Cour examine sa compétence *prima facie,* les droits dont la protection est recherchée (plausibilité) et les mesures sollicitées (lien entre les droits à protéger et les mesures sollicitées), le risque de préjudice irréparable et l'urgence. En l'espèce, elle affirme sa compétence *prima facie,* mais estime que les droits allégués ne sont pas plausibles compte tenu de la base de compétence applicable. Par exemple, la mesure demandée par les EAU dans le contexte des efforts pour venir en aide aux Qatariens ne concerne pas la CIEDR mais le respect de mesures conservatoires indiquées par la Cour en 2018. En plus, il n'y a pas lieu d'indiquer des mesures prévenant l'aggravation du différend, car celles-ci ne peuvent être indiquées qu'en complément d'autres mesures spécifiques. En plus, la Cour avait déjà prescrit aux parties de s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend en 2018, cette mesure continuant à être contraignante pour ces dernières. La Cour conclut donc que les conditions pour l'indication de mesures conservatoires conformément à l'article 41 du Statut ne sont pas réunies. Ce précédent montre que la Cour commence à refuser des mesures conservatoires pour manque de plausibilité – elle l'avait fait pour la première fois dans l'ordonnance *Ukraine c. Russie* de 2017[6] et le répète dans la présente ordonnance. Ce fait est étroitement lié à cet autre fait que les clauses compromissoires sont désormais non rarement utilisées de manière assez artificielle pour s'ouvrir une plage de compétence devant la Cour, sans que la violation de la convention sous-jacente soit très plausible. Comment penser qu'il y eût un génocide à cause des bombardements de l'OTAN sur la Serbie en 1999 (affaires *Licéité de l'Emploi de la Force*, 2004) ? Comment voir dans le blocus prétendument anti-terroriste de Qatar des actes de discrimination raciale ? Il faut donc s'attendre à ce que la plausibilité des droits fasse encore parler d'elle dans le proche avenir. Il est essentiel que la Cour continue à nier cette plausibilité seulement dans des cas manifestes. Aller plus loin au stade

5 Communiqué de presse 2019/26.

6 Cf. aux §§ 74–75. Sur cette jurisprudence, cf. F. L. Bordin, « Procedural Developments at the International Court of Justice », 18 LPICT (2019), p. 115 ss.

préliminaire des mesures conservatoires serait mordre excessivement sur le fond de l'affaire sans en posséder tous les éléments et dès lors s'exposer au double risque de créer un précédent en se liant les mains ou de se dédire au stade du fond. On notera aussi que la Cour affirme ne pas pouvoir indiquer des mesures conservatoires relatives à la non-aggravation du différend si aucune mesure spécifique n'a été retenue. En somme, les mesures conservatoires de non-aggravation seraient accessoires, nécessairement greffées sur d'autres mesures. Les textes ne contiennent toutefois pas une telle exigence. La Cour peut indiquer ces mesures *proprio motu,* en vertu de l'article 75, § 1, du Règlement de la CIJ (1978, avec des révisions) ; elle peut aussi indiquer des mesures totalement différentes que celles sollicitées par les parties, en vertu de l'article 75, § 2, dudit Règlement. Si la Cour décide d'agir de sa propre initiative en vertu du § 1, il est probable qu'elle veuille indiquer des mesures de non-aggravation et non des mesures spécifiques, qui dépendent d'une demande des parties. Les textes ne lui interdisant pas de prendre une mesure de non-aggravation autonome et dès lors non accessoire. Elle ne devrait pas se priver de cette faculté.

5. Sur le plan des *textes régissant la compétence de la Cour et sa procédure,* deux nouveautés doivent être soulignées. D'abord, que la République de Lettonie a déposé, le 24 septembre 2019, une déclaration facultative de juridiction obligatoire en vertu de l'article 36, § 2, du Statut de la CIJ[7]. Il y a donc désormais 74 déclarations de ce type déposées au service des traités des Nations Unies. La déclaration lettone comporte cinq réserves de type assez usuel, par exemple la primauté d'autres moyens de règlement lorsqu'ils sont agréés par les parties ou l'exception portant sur le déploiement de forces militaires à l'étranger. Ensuite, que la Cour a apporté des amendements à son Règlement de 1978 dans le cadre du réexamen constant de ses procédures et méthodes de travail[8]. Ainsi, la Cour a amendé les articles 22, 23, 29, 76 et 79 du Règlement. Les amendements des articles 22, 23 et 29 du Règlement sont de nature diverse : il s'est agi de rendre ces dispositions neutres du point de vue du genre ; d'organiser un moyen de recrutement plus transparent pour le poste de greffier (publication d'un avis de vacance avec trois mois de plus d'anticipation) ; et de préciser que la majorité requise pour relever le greffier de ses fonctions est celle des deux tiers des membres composant la Cour au moment où celle-ci est appelée à se prononcer, et que le vote a lieu au scrutin secret. Pour l'article 76 du Règlement, il s'est agi de préciser davantage les circonstances dans lesquelles la Cour peut rapporter ou modifier des décisions concernant des mesures conservatoires. L'amendement le plus important porte sur l'article 79, ayant trait aux exceptions préliminaires. Il a été redécoupé en trois articles distincts (79, 79bis et 79ter). La Cour y distingue désormais les « questions préliminaires » qu'elle soulève elle-même des « exceptions préliminaires » déposées par une partie à l'instance. Ainsi, l'article 79 traite des questions préliminaires,

7 Communiqué de presse 2019/39.
8 Communiqué de presse 2019/42.

l'article 79bis des exceptions préliminaires et l'article 79ter des questions de procédure générales applicables dans les deux cas.

6. Dans les *divers,* il faut noter tout d'abord que le Greffier de la Cour, M. Philippe Couvreur, a décidé de quitter ses fonctions avec effet au 1er juillet 2019, après trente-sept ans au service de la Cour et à l'âge de 67 ans[9]. Il a été le plus long titulaire du poste de Greffier dans l'histoire de la CIJ. Comme le dit le Communiqué de presse, il a exercé ses trois mandats comme Greffier avec un professionnalisme exemplaire. M. Couvreur était la fois sincèrement dévoué à la Cour et doté des plus hautes compétences juridiques, diplomatiques et de gestion. Il connaissait (et connaît) la jurisprudence de la Cour dans ses moindres détails et est doté d'une excellente mémoire. Toutefois, son caractère très exigent et parfois difficile tendait ses rapports avec le personnel du Greffe. Le nouveau Greffier est entré en fonction le 1er août 2019. Il s'agit de M. Philippe Gautier, de nationalité belge, comme son prédécesseur[10]. Il possède une expérience de Greffier, puisqu'il a exercé cette fonction au Tribunal international du droit de la mer (Hambourg) depuis 2001. Il est élu pour un mandat de sept ans, conformément à l'article 22 du Règlement de la CIJ.

Le 22 mai 2019, la CIJ a lancé une application gratuite, baptisée « CIJ-ICJ »[11]. Elle permet aux utilisateurs de se tenir au courant des derniers développements à la Cour et leur fournit des informations sur ses activités. Le lancement de cette application fait partie des mesures du Greffe pour diffuser des informations sur la Cour, y compris à l'aide de technologies modernes. L'application comprend cinq rubriques : Cour, Affaires, Décisions, Presse, Calendrier.

Enfin, le 3 septembre 2019, la présidente de l'AGNU a rendu une visite à la Cour au Palais de la Paix à La Haye, où elle a été accueillie par le Président de la Cour[12]. Un échange de vues a eu lieu sur différents sujets, notamment sur la justice internationale et les travaux de la CIJ. Le vocabulaire diplomatique habituel a clos cette visite. Réciproquement, le Président de la Cour a prononcé son discours annuel devant l'AGNU le 30 octobre 2019, lors de la présentation du Rapport annuel de la Cour[13]. Après avoir parlé des activités de la Cour, le Président a mis l'accent sur le fait que même lorsque les différends semblent insolubles, une décision de la CIJ peut donner un nouvel essor aux relations entre les Etats en litige.

9 Communiqué de presse 2019/4.
10 Communiqué de presse 2019/22.
11 Communiqué de presse 2019/21.
12 Communiqué de presse 2019/35.
13 Communiqué de presse 2019/45.

II. L'affaire relative à Certains Actifs iraniens (Iran c. Etats-Unis d'Amérique), Exceptions préliminaires, arrêt du 13 février 2019[14]

A. Résumé

1. Par une requête en date du 14 juin 2016, l'Iran a porté devant la Cour un différend l'opposant aux Etats-Unis d'Amérique à propos de la prétendue violation du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955. La compétence de la Cour est fondée sur la clause compromissoire de l'article XXI du Traité. Le 1er mai 2017, les Etats-Unis d'Amérique ont soulevé des exceptions préliminaires à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la demande. L'Iran prie la Cour de rejeter ces exceptions préliminaires (§ 1ss).

2. Le contexte factuel porte sur l'accusation formulée contre l'Iran d'être un Etat soutenant le terrorisme. Les Etats-Unis ont restreint les immunités de juridiction et d'exécution vis-à-vis de tels Etats. Il en a découlé un blocage de tous les actifs iraniens (étatiques) sis sur le sol américain ; et une série de procédures judiciaires contre l'Iran, ainsi que d'actes d'exécution dans ses actifs (§ 18 ss).

3. *Les exceptions d'incompétence* (§ 29 ss). La dénonciation du Traité de 1955 par les Etats-Unis survenue le 3 octobre 2018 est sans effets sur la compétence de la Cour. Le Traité était en vigueur à la date d'introduction de la requête, seule date critique (§ 30). Les exceptions d'incompétence portent sur le lien matériel des requêtes avec les prévisions du Traité. Le fait que le différend s'inscrive dans un contexte plus large que l'objet du présent Traité n'empêche pas la Cour de statuer sur certains aspects de ce différend couverts par le Traité (§ 36).

La première exception d'incompétence (§ 38 ss) : les Etats-Unis demandent à la Cour de rejeter l'allégation selon laquelle les mesures américaines ayant pour effet de bloquer les biens iraniens contreviennent au Traité (cf. les clauses d'exception contenues dans l'article XX, § 1, lettres c et d du Traité). La Cour a déjà pu statuer que le Traité ne contient aucune disposition excluant certaines matières de sa compétence (cf. l'affaire des *Plates-formes pétrolières* de 1996). Les exceptions mentionnées, tirées de l'article XX, ne restreignent dès lors pas la compétence de la Cour mais permettent des défenses au fond (exceptions de droit matériel). En conséquence, la première exception préliminaire doit être rejetée.

La deuxième exception d'incompétence (§ 48 ss) : les Etats-Unis demandent à la Cour de reconnaître que leur refus d'accorder l'immunité ne viole pas le Traité, ce-

14 Sur cette affaire et ses dessous, cf. P. Janig & S. M. Fallah, « Certain Iranian Assets : The Limits of Anti-Terrorism Measures in the Light of State Immunity and Standards of Treatment », 59 German Yearbook of International Law (2016), p. 255 ss ; J. D. Fry, « Other Pacific Means of Resolving Iran's ICJ certain Assets Application », 28 American Review of International Arbitration (2017), p. 191 ss.

lui-ci ne s'étendant pas à des questions ayant trait à l'immunité. L'article IV, § 2, du Traité renvoie à cet égard aux standards du « droit international ». Or, à la lumière de l'objet et du but du Traité, les règles de droit international auxquelles renvoie cette disposition relèvent du standard minimum de protection de biens dans le contexte d'activités économiques et non des protections des entités étatiques en vertu du principe de l'égalité souveraine. Cette lecture est confirmée par le contexte de l'article IV, qui s'inscrit dans la protection au bénéfice de personnes physiques ou morales se livrant à des activités commerciales. De plus, l'article IV, § 4, refuse l'exemption d'impôts ou de la compétence de tribunaux internes au bénéfice d'entités publiques se livrant à des activités commerciales. A cet égard, l'Iran en tire la conclusion qu'*a contrario* son immunité est préservée pour toutes les activités publiques. Selon la Cour, cette disposition n'affecte toutefois pas les immunités ; elle ne les transforme pas non plus en obligations conventionnelles. Cette disposition ne s'intéresse en effet qu'aux activités économiques ; les activités *jure imperii* lui sont étrangères. L'article III, § 2, préserve selon l'Iran le droit des sociétés iraniennes d'invoquer en justice leur immunité, ce que la récente législation américaine leur interdit. Or, selon la Cour, la méconnaissance des immunités n'a pas d'incidence sur le respect du droit garanti par cette disposition. Celle-ci ne vise pas à garantir des droits substantiels ou procéduraux, mais seulement la faculté d'accéder à des tribunaux en vue de faire valoir les droits prétendument possédés. L'accès aux tribunaux reste distinct de questions d'immunité. L'article IV, § 1, prévoit un traitement « juste et équitable » et une interdiction de mesures arbitraires ou discriminatoires. La Cour rejette l'argument iranien prétendant que ce traitement implique la faculté de soulever l'immunité, en renvoyant aux développements qu'elle a présentés pour le § 2 de la même disposition. Enfin, l'article IV, § 1, prévoit la liberté de commerce et de navigation. Selon l'Iran, le refus de l'immunité est susceptible de l'entraver. Or, selon la Cour, le refus des immunités n'affecte pas la liberté de commerce, qui ne concerne pas des activités *jure imperii*. En somme, les griefs iraniens ne se rapportent pas à « l'interprétation ou à l'application » du Traité et ne sont dès lors pas dans le champ de compétence que la clause compromissoire octroie à la Cour. La Haute Juridiction retient donc la deuxième exception préliminaire des Etats-Unis.

La troisième exception d'incompétence (§ 81 ss) : les Etats-Unis affirment que le traitement réservé à l'Etat iranien et à sa Banque Markazi échappent à la compétence de la Cour (cf. les articles III, IV et V du Traité). La question est de savoir si la Banque Markazi est une société au sens des dispositions mentionnées. Selon la définition que le Traité donne du terme « société », une entité dont l'Etat est propriétaire peut en faire partie. Mais l'objet et le but, ainsi que le texte du Traité, montrent que tel est le cas seulement si cette entité exerce aussi des activités commerciales ou privées. A ce stade, la Cour n'est pas en possession de tous les éléments lui permettant de dire quel type d'activités cette Banque exerçait à l'époque pertinente. Cette exception ne présente donc pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement prélimi-

naire. Elle devra être réexaminée au stade du fond. La Cour est donc compétente pour connaître d'une partie des demandes de l'Iran (§ 99).

4. *Les exceptions d'irrecevabilité* (§ 100 ss). Il y a deux exceptions d'irrecevabilité. Première exception d'irrecevabilité (§ 107 ss) : l'abus de procédure. Seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier le rejet d'une demande *in limine litis* pour abus de procédure. Il faut que l'abus soit manifeste. Ce n'est pas le cas ici ; dès lors, cette exception est rejetée.

Deuxième exception d'irrecevabilité (§ 116 ss) : l'absence de mains propres. Selon les Etats-Unis, l'Iran aurait parrainé le terrorisme international, déstabilisé la dénucléarisation de la région, etc. Or, les Etats-Unis n'ont pas fait valoir que par son comportement l'Iran aurait violé le Traité. Il faut ainsi écarter l'argument de l'irrecevabilité fondé sur les mains propres, sans préjuger de la mesure où cette doctrine pourrait servir comme défense au fond.

5. *Dispositif* (§ 126). Le rejet de la première exception d'incompétence se fait à l'unanimité ; la deuxième exception d'incompétence est retenue par 11 voix contre 4 (contre : les Juges Bhandari, Robinson, Gevorgian ; Momtaz, *ad hoc*) ; le caractère non exclusivement préliminaire de la troisième exception d'incompétence est voté par 11 voix contre 4 (contre : les Juges Tomka, Gaja, Crawford ; Brower, *ad hoc*). Le rejet des exceptions d'irrecevabilité se fait à l'unanimité. Il en va de même de l'affirmation de la compétence sous réserve des points 2) et 3) du dispositif.

Le Juge Gaja joint à l'arrêt une Déclaration ; des opinions individuelles ont été rédigées par les Juges Tomka/Crawford (opinion commune), Robinson, Gevorgian, ainsi que les Juges *ad hoc,* Momtaz et Brower.

B. Commentaires

6. La présente espèce se concentre sur l'interprétation du champ matériel d'un traité au regard de la compétence limitée qu'octroie une clause compromissoire, exercice désormais fréquent à la CIJ. Le grand thème de ces espèces est de déterminer jusqu'à quel point le traité portant la clause compromissoire est un régime à part et jusqu'à quel point au contraire il peut être aéré par l'infusion de règles de droit international général, tantôt nécessaires, tantôt utiles, tantôt indifférentes à son application. La Cour a au fil du temps développé toute une jurisprudence sur les objets de droit général suffisamment liés au traité pour faire partie de son champ matériel même à défaut de disposition expresse ou par interprétation de renvois matériels contenus dans le texte. Ainsi, elle a depuis toujours affirmé que les règles coutumières sur l'interprétation des traités ou sur la responsabilité pour violation des traités sont contenues dans le champ de la clause compromissoire. Nous avons déjà donné un aperçu de cette jurisprudence « aératrice » dans une Chronique précédente et nous nous bornons ici à

y renvoyer[15]. L'exercice n'est pas simple : d'un côté, une interprétation trop stricte de la clause fragmente le droit international ; rend le prononcé de la Cour artificiel parce qu'elle l'extrait de son contexte juridique réel ; et isole excessivement les traités de l'édifice général qui permet d'huiler les rouages conventionnels. De l'autre côté, une ouverture excessive au droit environnant méconnaît le caractère consensuel de la compétence de la Cour. Cette dernière prendrait prétexte d'une clause compromissoire en principe cantonnée au traité pour trancher un litige en droit international général, enfreignant l'accord des parties. Il est manifeste qu'une cour de justice ne peut cautionner cette attitude ; mais il est non moins évident qu'elle ne doit pas davantage dire le droit d'une manière par trop artificielle, car telle ne peut pas être l'intention raisonnablement présumée des parties ni le sens objectif d'une procédure judiciaire. La Cour est donc confrontée à un exercice d'équilibrisme.

7. Dans la présente espèce, la Cour refuse d'étendre le champ matériel du traité en cause, portant sur des matières commerciales, à l'immunité souveraine, qui concerne les activités *jure imperii*. Elle avait tranché en sens analogue en relation avec l'article 35 de la Convention de Palerme contre la criminalité transnationale organisée (2000), une autre clause compromissoire lui octroyant un domaine de compétence[16]. L'immunité souveraine ne fait pas partie de traités portant sur d'autres sujets. La restriction des immunités dans l'affaire Iran c. Etats-Unis affecte certes le statut des sociétés iraniennes aux Etats-Unis ainsi que les biens de l'Etat, mais il n'y a pas à cet égard de lien suffisant avec les activités commerciales couvertes par le Traité. En effet, les immunités ne s'appliquent pas aux activités commerciales *(jure gestionis)*. Dès lors, le champ d'application matériel du Traité ne s'étend pas aux immunités souveraines. Il ne couvre pas tout objet qui a *une incidence,* même indirecte, sur la capacité de commercer. Ainsi, le lien des immunités avec l'objet du Traité est trop ténu pour faire pénétrer ce droit international général dans le giron conventionnel. L'application des immunités n'est pas nécessaire pour une application sensée du Traité, contrairement aux dispositions sur l'interprétation des traités, la responsabilité en cas de violation ou le cas de succession d'Etats. Peut-être le critère fonctionnel qu'il faut retenir pour admettre l'importation de droit général dans le domaine d'une clause compromissoire est-il double et alternatif : (i) subjectivement, que les parties entendaient se référer à ces règles générales, explicitement par des renvois ou implicitement par des admissions ; (ii) objectivement, que le droit général est *nécessaire* (indispensable, condition *sine qua non*) à une interprétation ou application sensée du traité, ou peut-être au minimum que ce droit général est *très utile* à une bonne interprétation ou application du texte. Le raisonnement est très similaire à celui des pouvoirs impliqués ou implicites d'organes ou d'organisations internationales.

15 29 SRIEL (2019), p. 53 ss.

16 Affaire des *Immunités et procédures pénales* (Guinée équatoriale c. France), 2018, § 74 ss.

8. On notera ensuite la tendance des parties à faire valoir des arguments d'irrecevabilité qui avec quelque bienveillance peuvent être qualifiés de manifestement infondés. C'est une stratégie contentieuse laissant l'observateur songeur. Considérant l'effort accru de la Cour de simplifier et d'accélérer sa procédure, ainsi que ses prières de s'en tenir à la concision[17], le fait de soulever des arguments illusoires paraît à la fois contre-productif et irrévérent. La sanction de ces attitudes est le fait que de tels arguments sont non rarement rejetés à l'unanimité, car même les juges *ad hoc* ne se sentent pas en mesure de les voter. Ainsi, l'abus de procédure est de plus en plus souvent soulevé *in limine litis,* malgré une aversion clairement marquée – et justifiée – de la Cour d'y faire droit. Cette interdiction, découlant du principe de bonne foi, ne peut s'appliquer que dans des cas d'abus manifeste, c'est-à-dire lors d'attitudes manipulatoires ou frauduleuses jumelées à des revendications manifestement infondées, lors d'attitudes uniquement procrastinatoires, lors de conduites menées avec la seule intention de nuire ou de bloquer une procédure en cours, exclusivement pour des buts de propagande, etc. La charge de la preuve est élevée. Une revue de la pratique devant la Cour montre que cette interdiction est le plus souvent invoquée sans fondement factuel réel[18]. Pour ce qui est de la doctrine des mains propres[19], la Cour l'a toujours rejetée au stade des exceptions préliminaires. Elle ne saurait opérer, dans l'écrasante majorité de cas, *in limine litis* mais peut constituer une défense lors de la phase du fond, notamment lors de la phase du calcul de l'indemnité. Retenir les mains propres comme condition de recevabilité serait refuser de connaître d'une instance et donc dans le résultat absoudre un Etat pour ses propres faits illicites sous couvert d'argument *tu quoque,* souvent tiré d'attitudes sans lien direct avec l'objet du litige. En gros : puisque tu fautes aussi, je peux fauter à mon tour ; et la Cour doit se tenir à l'écart de ce litige. Une doctrine telle que les « mains propres », fondée sur l'équité et la bonne foi, se transformerait alors en bastion d'irresponsabilité juridique et par voie de conséquence en un boulevard de mauvaise foi et d'iniquité. De plus, l'admettre hardiment aboutirait à une fâcheuse politisation de la Cour, comme le montre l'opinion dissidente du Juge Schwebel dans la célèbre affaire *Nicaragua* de 1986[20]. Plutôt que d'appliquer le droit, la Cour se perdrait dans les sables mouvants du moralisme, de l'appréciation politique des attitudes des Etats, du règlement des comptes. Or quel Etat a les mains entièrement propres, à la fois en général et dans une espèce ? Et nous-

17 Sur ces efforts, cf. par exemple A. Sarvarian, « Procedural Economy at the International Court of Justice », 18 LPICT (2019), p. 74 ss.

18 Cf. R. Kolb, « General Principles of Procedural Law », dans : A. Zimmermann & C. J. Tams (éds), The Statute of the International Court of Justice, A Commentary, 3e éd., Oxford 2019, p. 998 ss (désormais des cas supplémentaires sont venus s'ajouter à la liste).

19 Ibid., p. 1005–1006, avec des renvois. Pour une définition des « mains propres », cf. J. Salmon (éd.), Dictionnaire de droit international public, Bruxelles 2001, p. 677–678.

20 CIJ, Recueil, 1986, p. 392 ss.

mêmes, les individus, depuis quand sommes-nous des anges ? Et la justice ne serait-elle ouverte qu'aux anges ?

9. Un dernier aspect mérite une brève mention. La Cour a renvoyé au stade du fond la troisième exception préliminaire faute de posséder toutes les informations nécessaires à ce stade. N'aurait-elle pas pu les obtenir en posant des questions aux parties ? Le risque est qu'il s'avère en définitive que la Banque Markazi n'est pas une « société » au sens du Traité et que dès lors l'arrêt de fond se termine un peu en queue de poisson, comme l'affaire de la *Barcelona Traction* en 1970 : par un arrêt qui ne juge pas au fond mais retient à ce stade tardif une exception « préliminaire ».

III. L'avis consultatif relatif aux Effets juridiques de la séparation de l'Archipel des Chagos de Maurice en 1965, avis du 25 février 2019[21]

A. Résumé

1. Dans sa Résolution 71/292 de 2017, l'AGNU pose à la CIJ la question suivante pour avis consultatif au sens de l'article 96 de la Charte des Nations Unies : « a) Le processus de décolonisation a-t-il été validement 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 [...] ? 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 ? » (§ 2).

2. *Historique* (§ 25ss). La Cour évoque l'administration coloniale française, puis la conquête par le Royaume-Uni en 1810 ainsi que la cession par la France en 1814. Depuis lors, Chagos fut administré par le Royaume-Uni comme une dépendance de la colonie de Maurice. Dès 1946, il s'est agi d'un « territoire non autonome » au sens de l'article 73 de la Charte des Nations Unies (CNU). En 1965, le Royaume-Uni créa une nouvelle colonie constituée entre autres de l'archipel des Chagos, détaché de Maurice. Les motifs étaient militaires : il s'agissant de céder aux Etats-Unis des bases militaires sous haute sécurité. L'AGNU exprima ses préoccupations par la Résolution

21 Sur cette affaire, cf. J. L. Iten, « L'avis consultatif de la Cour internationale de Justice du 25 février 2019 sur les effets juridiques de la séparation de l'archipel des Chagos de Maurice en 1965 », 123 RGDIP (2019), p. 391 ss ; G. Puma, « Preliminary Questions in the ICJ Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 », 79 ZaöRV (2019), p. 841 ss. Sur la question de l'autodétermination dans des territoires disputés, cf. J. Trinidad, Self-Determination in Disputed Colonial Areas, Cambridge 2018.

2066 de 1965 et réaffirma l'intégrité territoriale de Maurice dans la Résolution 2232 de 1966, constatant une violation de la CNU. Maurice accéda à l'indépendance en 1968 sans le territoire de Chagos. Entre 1967 et 1973, la population chagossienne fut soit empêchée de revenir sur ses terres, soit déplacée de force par le Royaume-Uni. L'ONU et l'Union Africaine demandent la restitution de Chagos à Maurice.

3. *Compétence de la Cour et pouvoir discrétionnaire* (§ 54ss). La compétence de l'AGNU pour solliciter la Cour au titre d'un avis repose sur l'article 96, § 1, de la CNU. En l'espèce, il s'agit d'une « question juridique », car elle porte sur des appréciations à la lumière du droit international. Un éventuel manque de clarté de la question ne prive pas la Cour de compétence mais l'amènera le cas échéant à interpréter la question posée. Quant au pouvoir discrétionnaire de répondre ou de refuser de répondre à une demande d'avis consultatif, il vise à protéger l'intégrité de la fonction judiciaire de la Cour. En principe, la réponse à une question ne doit pas être refusée, car la Cour doit participer à l'action de l'Organisation des Nations Unies. Seules des « raisons décisives » peuvent l'amener à refuser de répondre. En l'espèce, quatre raisons de refuser la réponse ont été avancées.

En premier lieu, que les questions de fait sous-jacentes sont trop complexes et trop controversées. L'argument est en substance que la Cour ne dispose pas des renseignements suffisants. Or, tel n'est pas le cas. La Cour dispose d'une documentation volumineuse des Nations Unies.

En deuxième lieu, que la réponse n'aiderait pas l'AGNU dans l'exercice de ses fonctions. Or, la Cour n'a pas à apprécier elle-même l'utilité de sa réponse pour l'organe qui la sollicite. Cette détermination revient uniquement à l'organe requérant.

En troisième lieu, que la Cour ne devrait pas réexaminer une question prétendument réglée par un tribunal arbitral. Or, l'avis consultatif n'est pas donné aux Etats parties à l'arbitrage mais à l'ONU. Il n'y a dès lors pas de *res judicata,* faute d'identité des parties. De plus, l'arbitrage portait sur des questions différentes, à savoir sur le droit de la mer. Tel n'est pas le cas ici.

En quatrième lieu, que la question aurait trait à un différend entre Etats n'ayant pas consenti à son règlement par la Cour, en particulier un différend bilatéral entre le Royaume-Uni et Maurice sur la souveraineté à propos de l'archipel. La Cour reconnaît que le contournement de l'exigence du consentement par une demande d'avis est une « raison décisive » de refus de répondre (cf. l'affaire du *Sahara Occidental* de 1975). Or, dans l'espèce les questions posées à la Cour portent sur la décolonisation et non pas sur la dispute relative à la souveraineté ou au titre territorial. Il n'existe dès lors aucun motif juridique de refuser de répondre à la demande d'avis.

4. *Contexte factuel, décolonisation* (§ 92ss). La Cour retrace les discussions entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique pour l'utilisation stratégique d'îles britanniques dans l'Océan indien. Dans ce contexte, le Royaume-Uni acceptait la tâche d'acquérir les terres, de réinstaller la population, de détacher Chagos de la colonie de Maurice, etc. Par un Accord de 1966, l'installation d'une base militaire des Etats-

Unis a été finalement entérinée. Dès 1964, des discussions entre le Royaume-Uni et Maurice (autorités locales) avaient eu lieu pour faire avaliser la séparation de Chagos de Maurice, avec comme but principal de diminuer l'ampleur des critiques des Nations Unies. Les autorités de Maurice préféraient un bail et ne voulaient pas de détachement ; mais le bail ne semblait pas acceptable aux Etats-Unis. Par l'Accord de Lancaster House de 1965, l'indépendance de Maurice fut octroyée avec comme contrepartie le détachement de Chagos, assortie d'une promesse de restitution de ces territoires dès que leur utilisation militaire serait achevée. Suite à cet accord, il y eut des déplacements forcés de populations chagossiennes. Le Royaume-Uni versa à Maurice quelques indemnités. Après l'an 2000 et une décision de justice, le décret interdisant aux Chagossiens de revenir sur leurs terres fut abrogé, à l'exception de l'île Diego Garcia où il y avait encore des installations militaires. Des restrictions furent par la suite réintroduites à cause de la difficulté et des coûts d'une réinstallation.

5. *Réponses* (§ 132ss). La Cour considère que les questions posées ne nécessitent aucune reformulation. Elles reflètent les points de droit véritablement en jeu.

Réponse à la Question 1 : Validité du processus de décolonisation au regard du droit international. La détermination du droit applicable doit se focaliser sur la période de 1965/1968, mais la Cour peut aussi se pencher sur l'évolution des normes coutumières relatives à l'autodétermination des peuples. Dans la consolidation de la pratique des Etats en matière de décolonisation, l'adoption de la Résolution 1514 de 1960 par l'AGNU constitue un moment décisif. Cette Résolution a un caractère déclaratoire du droit à l'autodétermination en tant que norme coutumière. Cela découle de son caractère normatif, du fait qu'aucun Etat n'a émis un vote contraire lors de son adoption et des mesures prises à sa suite pour accélérer l'autodétermination. Le droit à l'autodétermination s'étend, selon le droit coutumier, à l'ensemble du territoire non autonome (principe de l'intégrité territoriale, cf. le § 6 de la Résolution). L'AGNU s'est donc prononcée contre le démembrement territorial de Maurice (cf. les Résolutions 2066, 2232, 2357, etc.). En l'espèce, l'Accord de 1965 n'est pas un accord international, étant donné que les autorités locales de Maurice n'étaient pas indépendantes. Le pouvoir restait aux mains du Royaume-Uni. En conséquence, le détachement de Chagos était illicite car il ne respectait pas le principe d'intégrité territoriale. Il s'ensuit que le processus de décolonisation n'a pas été validement mené à terme au moment de l'indépendance en 1968.

Réponse à la Question 2 : Conséquences en droit international du maintien de Chagos sous administration du Royaume-Uni. Suite aux conclusions ci-dessus, le maintien de l'administration de Chagos par le Royaume-Uni constitue un fait internationalement illicite et engage la responsabilité internationale de cet Etat. Le fait internationalement illicite est de caractère continu. Dès lors, il y a une obligation de mettre fin dans les plus brefs délais à cette administration (devoir de cessation). Les modalités de parachèvement de la décolonisation de Maurice relèvent de l'AGNU. Le respect du droit à l'autodétermination étant de nature *erga omnes,* tous les Etats ont un intérêt

juridique à ce que ce droit soit protégé et tous les Etats membres des Nations Unies doivent coopérer sur ce point avec l'Organisation. Quant à la réinstallation des Chagossiens sur l'archipel, la question doit être examinée par l'AGNU.

6. *Dispositif* (§ 183). La Cour estime qu'elle est compétente pour répondre à la sollicitation d'avis par un vote unanime ; une majorité de 12 contre 2 estime qu'elle doit aussi donner suite à la demande d'avis (contre : les Juges Tomka et Donoghue). Par 13 voix contre 1, elle estime que la décolonisation n'a pas validement été menée à terme, que le Royaume-Uni est tenu de mettre fin à son administration et que les Etats membres doivent coopérer avec les Nations Unies (contre : la Juge Donoghue). Les Juges suivants joignent une Déclaration à l'avis : Xue, Tomka, Abraham ; Cançado Trindade et Robinson (déclaration commune) ; Gevorgian, Salam et Iwasawa. Les Juges Cançado Trindade, Gaja, Sebutinde et Robinson ont rédigé une opinion individuelle. La Juge Donoghue joint à l'avis une opinion dissidente.

B. Commentaires

7. La description que la Cour fait des événements historiques fait d'autant plus froid dans le dos que sa retenue est légendaire. Le cynisme de la politique de puissance et de la manipulation des « sauvages » dans la colonie de Maurice[22] est d'autant plus scélérate qu'elle a lieu dans les années soixante du siècle dernier et non pas dans un XIX^e^ siècle où certaines pratiques sont culturellement acceptées[23]. L'Europe des années 1960' célèbre la CEDH et se prescrit à des valeurs humanitaires, morales et d'Etat de droit. La brutalité froide des procédés à Maurice tranche complétement sur ces grandes proclamations occidentales – qui sont allées croissant depuis ces déjà lointaines années – et explique le reproche fréquent d'un double standard qui nous est adressé. Pour ceux qui douteraient du bien-fondé des mots secs des lignes précédentes, il suffira d'appliquer la règle d'or et de s'imaginer comment ils auraient pu réagir si un Etat étranger s'était comporté ainsi à leur égard et à l'égard de leurs terres. Les intérêts vitaux liés à la défense lors de la guerre froide, indubitablement fondamentaux, ne sauraient *sic et simpliciter* légitimer de telles pratiques.

8. Du point de vue de la compétence et de la recevabilité, l'avis ne soulève pas beaucoup de questions. On notera avant tout que : (1) la Cour continue à lier sa prétendue discrétion à répondre à une demande d'avis à la notion d'intégrité judiciaire et affirme qu'elle ne doit refuser la sollicitation que pour des raisons décisives liées à cette intégrité. Dès lors, à bien y regarder, il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire mais application d'un principe général *obligeant* la Cour de refuser de répondre en cas d'infraction à son intégrité judiciaire. Le point n'est donc pas « je peux si je veux »

22 Car il y eut des manœuvres volontaires pour tromper les autorités locales.

23 Mais non moins critiquables, comme il est souvent souligné : cf. A. Anghie, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, Cambridge 2005.

mais « je ne dois pas si certaines conditions sont réunies ». Ce schéma normatif ne relève pas d'une discrétion juridique mais d'une compétence liée, d'une obligation juridique enjointe par un principe certes souple et non par une règle détaillée. (2) Les motifs soulevés pour persuader la Cour de ne pas donner l'avis s'analysent juridiquement comme des motifs d'irrecevabilité qui ne disent pas leur nom, le droit des « exceptions préliminaires » étant sous-développé dans le domaine des avis consultatifs. Il n'y a évidemment pas d'exceptions préliminaires en tant que telles, les Etats venant présenter leurs arguments au prétoire n'étant pas des parties à l'instance. (3) Nombre de ces motifs d'irrecevabilité ne sont pas liés à l'intégrité judiciaire et pourraient ainsi être rejetés non pas seulement pour les motifs substantiels que la Cour avance, mais encore pour manque de lien avec l'intégrité judiciaire. Ainsi, le fait que la réponse de la Cour n'aiderait pas l'AGNU dans l'exercice de ses fonctions n'a rien à voir avec la Cour mais beaucoup avec l'Assemblée. Comme elle ne remet pas en cause l'intégrité judiciaire de la Cour, ce motif devrait être rejeté *in limine*. C'est ainsi que la Cour tirerait les conséquences juridiques de cette doctrine des raisons décisives/intégrité judiciaire. Au contraire, les motifs 1, 3 et 4 peuvent entrer en conflit avec l'intégrité judiciaire (absence d'informations de fait, *res judicata* et contournement du consentement) et doivent être examinés au-delà d'un rejet liminaire. Une telle approche ne cherche pas à hiérarchiser les divers motifs d'irrecevabilité en les sériant en questions pré-préliminaires et questions préliminaires. Elle vise plutôt à tirer toutes les conséquences qui s'imposent de la doctrine de l'intégrité judiciaire.

9. Le fond suscite aussi peu de commentaires. On notera que : (1) le principe d'intégrité territoriale vaut aussi pour les territoires coloniaux, qui bien que n'étant pas encore souverains ne peuvent être morcelés à la guise du colonisateur. Le § 6 de la Résolution 1514 (1960) porte que : « Toute tentative visant à détruire partiellement ou totalement l'unité nationale et l'intégrité territoriale d'un pays est incompatible avec les buts des Nations Unies ». Le contexte montre sans ambiguïté que cette norme porte sur les territoires coloniaux. Il va aussi de soi que n'est pas couverte que la tentative, mais aussi le résultat d'une tentative menée à terme *(a fortiori)*. La rédaction juridique de cette clause aurait de ce point de vue pu être meilleure. De même, le fait que les pays africains n'avaient souvent pas une unité territoriale (par exemple à cause des sociétés tribales) n'est pas pertinent ici : une fiction juridique veut que le territoire administré comme unité par le colonisateur soit considéré comme une unité du point de vue juridique. Il est protégé par le droit à la décolonisation et stabilisé par le principe de l'*uti possidetis* pour les frontières. (2) La Cour distingue les accords internationaux des accords de droit interne d'un Etat. Pourquoi l'Accord de Lancaster House de 1965 n'est-il pas un accord international ? D'abord parce qu'il n'est pas conclu entre deux sujets du droit international ; il est conclu par des autorités dépendant du Royaume-Uni, d'un côté comme de l'autre. N'aurait-on pas pu dire que les autorités locales de Maurice représentaient le « peuple » de Maurice et que dès lors il y aurait bien eu deux sujets de droit international ? Impossible en l'espèce, car ces autorités

locales n'avaient aucune espèce d'autonomie réelle. C'est sur ce point que la situation est différente quand un Etat conclut des accords avec des insurgés ou des groupes armés. Il s'agira alors souvent d'accords de droit interne (par exemple Colombie/FARC) mais il n'est pas exclu qu'il puisse s'agir parallèlement d'accords internationaux, les insurgés ayant une personnalité juridique internationale, limitée à des questions liées à leur état de belligérance. (3) La Cour insiste une fois de plus sur les obligations *erga omnes* en affirmant que l'autodétermination donne lieu à un intérêt juridique généralisé pour agir (la Cour y reviendra sans doute dans l'affaire *Gambie c. Myanmar,* dont elle a été saisie en 2019) ; et qu'il impose un devoir de coopération avec les Nations Unies, en tout cas pour ses membres (la Cour applique ainsi la règle contenue dans l'article 41, § 1, des Articles sur la Responsabilité de l'Etat de 2001). Ces obligations solidaires ont un poids croissant dans la jurisprudence de la Cour : elles se retrouvent récemment plus ou moins en proéminence dans les affaires *Belgique c. Sénégal* (2012), *Chasse à la baleine* (2014), *Iles Marshall* (2016) et justement *Chagos* (2019). Dans la tendance générale de saisir la Cour d'affaires politiquement chargées, comme par exemple en matière de génocide, se dessine en sous-fonds cette orientation de la saisir sur la base d'un intérêt juridique indirect (non pas comme Etat directement lésé) tiré d'obligations solidaires. Dans ces cas, s'agit-il vraiment de régler un différend ou plutôt d'indisposer politiquement un Etat dont on n'apprécie pas la politique ? Il sera à ce titre intéressant de voir comment évoluera la définition du « différend » (on sait que la Cour s'est divisée à partage égal des voix sur la question dans l'affaire des *Iles Marshall c. Royaume-Uni* en 2016). Dans un cas portant sur la violation des droits propres, on peut s'attendre à un différend peu ou prou délinéé. Mais quand il s'agit de la défense d'intérêts collectifs, est-ce que l'on demandera à l'Etat non directement lésé de prouver le même degré d'échanges diplomatiques cristallisant un différend ou faudra-t-il adopter, le cas échéant, un standard d'échanges plus bas ? Car après tout, il ne s'agit ici pas prioritairement de régler un « différend » mais de trancher un contentieux de légalité.

IV. L'affaire *Jadhav* (Inde c. Pakistan), arrêt du 17 juillet 2019[24]

A. Résumé

1. Par une requête en date du 8 mai 2017, l'Inde a porté devant la Cour un différend qui l'oppose au Pakistan à propos de prétendues violations de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (CVRC, 1963) dans le contexte du procès d'un

24 Sur cette affaire cf. S. Das & A. Nargas, « Mapping the Jadhav Dispute at the World Court », 48 California Western International Law Journal (2017), p. 35 ss ; A. Dubey, « The Jadhav Case before the International Court », 57 India Journal of International Law (2017), p. 357 ss ; M. J. Polak, « The Jadhav Case and the Right to Consular Assistance », ibid., p. 385 ss.

ressortissant indien au Pakistan. La base de compétence invoquée est l'article I du Protocole de signature facultative à la CVRC. Cette disposition contient une clause compromissoire selon les prévisions de l'article 36, § 1, du Statut de la CIJ (§ 1–2).

2. En résumé, l'Inde demande à la Cour d'enjoindre au Pakistan de suspendre la condamnation à mort dont a fait l'objet son ressortissant ; une restitution intégrale par une déclaration constatant l'illicéité internationale de la condamnation (violations des droits consulaires et des droits de l'homme) ; une injonction faite au Pakistan de ne pas donner effet à la condamnation et de ne pas violer le droit international, ainsi que d'annuler la décision contestée et de libérer M. Jadhav. Le Pakistan demande le rejet de ces revendications.

3. *Contexte factuel* (§ 20 ss). M. Jadhav, un ressortissant indien, a été arrêté sur le territoire du Pakistan (ou éventuellement enlevé en Iran) et accusé d'actes d'espionnage et de terrorisme. L'Inde a demandé de communiquer avec le prévenu à travers ses autorités consulaires. Le procès du prévenu a eu lieu devant une cour martiale suite à des aveux. Le Pakistan a demandé à l'Inde la coopération en matière pénale. Le procès s'est soldé par une sentence de condamnation à mort. Un appel a eu lieu à la cour d'appel et en grâce.

4. *Compétence de la Cour* (§ 33 ss). Les deux Etats en litige sont parties à la CVRC depuis 1969 et 1977 respectivement. Ils sont depuis les mêmes dates parties au Protocole de signature facultative, sans aucune réserve à son article I. Le différend porte en effet sur « l'interprétation ou l'application » de cette Convention, puisqu'est en cause l'assistance consulaire prévue à son article 36. La violation des droits de l'homme tirée du Pacte des droits civils et politiques de 1966 n'entre pas dans le domaine de compétence de la clause compromissoire ici applicable. La Cour est donc compétente dans les limites tracées par le domaine matériel de l'article I du Protocole mentionné.

5. *Recevabilité de la requête* (§ 39ss). Le Pakistan a soulevé trois chefs d'irrecevabilité. En premier lieu, l'abus de procédure. L'Inde aurait demandé des mesures conservatoires avant l'issue d'un recours en grâce permettant de sursoir à l'exécution de la peine ; elle n'a pas notifié le différend suffisamment tôt ; et elle n'a pas tenté de prendre en compte d'autres mécanismes de règlement des différends prévus aux articles II et III du Protocole susmentionné. Or, dans son ordonnance relative aux mesures conservatoires, la Cour a tenu compte des recours internes disponibles et a jugé qu'ils étaient incertains quant à leurs effets. Les articles II et III du Protocole facultatif n'énoncent quant à eux aucune condition préalable à l'exercice de sa compétence par la CIJ. Enfin, l'abus de procédure ne peut être retenu que dans des circonstances exceptionnelles et claires. La Cour rejette donc cette exception.

En deuxième lieu, l'abus de droit. L'Inde aurait refusé de fournir des preuves de nationalité de M. Jadhav ; elle aurait omis de donner suite à la demande d'assistance pénale du Pakistan ; et elle aurait pourvu M. Jadhav d'une fausse identité à des fins d'espionnage. Or, l'interdiction de l'abus de droit concerne le fond d'un différend.

Toutefois, la question de la nationalité réelle de M. Jadhav a un caractère préliminaire, dans le sens que l'applicabilité de l'article 36 CVRC en dépend. La Cour constate que les parties ont constamment considéré que M. Jadhav est de nationalité indienne. Tout autre argument relatif à l'abus de droit doit être examiné au fond. L'exception préliminaire est rejetée.

En troisième lieu, le comportement illicite de l'Inde (doctrine des « mains propres », *ex turpi causa non oritur actio*). Le Pakistan évoque ici l'espionnage et le refus de coopérer de l'Inde. Or, la doctrine des « mains propres » ne rend pas en soi irrecevable une requête (cf. l'affaire *Certains Actifs Iraniens,* 2019). Le principe « ex turpi causa », reconnu par la CPJI dans l'affaire de *Chorzów,* n'est pas davantage applicable ici, l'attitude de l'Inde n'ayant pas empêché le Pakistan de remplir ses obligations. L'affaire de la CPJI susmentionnée concernait en effet le cas d'un recours non exercé parce que la violation d'un traité par l'autre partie l'avait rendu inaccessible – la partie violant le traité ne pouvait alors pas reprocher à l'autre Etat de ne pas avoir exercé ce recours rendu impraticable par son propre fait[25]. En conséquence, l'exception préliminaire est rejetée. La requête de l'Inde est donc recevable.

6. *Les violations de la CVRC* (§ 67ss). L'article 36 de cette Convention est-il applicable ? Le Pakistan affirme qu'il ne l'est pas dans le contexte de situations d'espionnage (exception de droit coutumier). Or, aucune disposition de la CVRC ne fait mention des cas d'espionnage ni ne les excepte. L'interprétation du Pakistan serait aussi contraire à l'objet et au but du texte, car les droits qu'il énonce pourraient alors être écartés par une simple allégation d'espionnage. Les travaux préparatoires à la CDI montrent par ailleurs qu'une exception pour l'espionnage n'a pas été envisagée, mais seulement un délai éventuellement plus long pour prévenir les autorités consulaires. Quant au droit coutumier, il n'est pas applicable, la question étant régie par la CVRC, qui fait droit entre les parties. Le Pakistan invoque aussi un Accord bilatéral sur la communication consulaire de 2008, qui serait applicable en lieu et place de la CVRC entre les parties. Or, si l'intention des parties avait été de restreindre ou de déroger aux droits importants de l'article 36 CVRC, elle devrait ressortir sans équivoque des dispositions de l'Accord. Tel n'est pas le cas. De plus, l'article 73, § 2, de la CVRC n'autorise que les dispositions spéciales confirmant ou développant ses prévisions, non celles diminuant ses protections. En somme, l'article 36 CVRC est applicable en l'espèce.

Trois violations concrètes sont avancées. D'abord, l'obligation d'informer les autorités consulaires (article 36, § 1, lettre b). Le Pakistan n'a pas contesté l'allégation indienne selon laquelle ces autorités n'ont pas été prévenues. Il y a donc eu violation de la disposition en cause. Ensuite, l'obligation d'avertir l'Inde selon les prévisions de l'article 36, § 1, lettre b. Dès le 3 mars 2016, le Pakistan était en possession des éléments lui permettant cet avertissement ; il ne l'a exécuté que le 25 mars. La disposition

25 CPJI, sér. A, n° 8, p. 31.

mentionnée prévoit que cette communication soit faite « sans retard » et «si l'intéressé en fait la demande ». Les termes «sans retard » ne signifient pas «immédiatement ». Dans l'affaire *Avena,* la Cour avait jugé que 40 heures de délai pouvaient constituer une violation de la règle en cause quand il n'y avait pas de justification pour la non-action, c'est-à-dire en particulier lorsque la nationalité du prévenu était claire. Tel est le cas aussi en l'espèce. La Cour conclut en conséquence à une violation de la règle. Enfin, l'obligation de permettre la communication consulaire (article 36, § 1, lettres a et c). Le Pakistan n'a pas permis à l'Inde d'entrer en communication avec le prévenu. Or, ce droit de communiquer ne dépend pas d'une bonne coopération ou non de l'Inde aux demandes d'assistance pénale formulées par le Pakistan. Il y a donc eu violation de la disposition susmentionnée.

La Cour revient désormais sur l'allégation d'abus de droit. Les violations prétendues de l'Inde peuvent-elles constituer une défense au fond pour le Pakistan ? Or, la CVRC n'offre aucun fondement à l'argument de conditionner l'exécution de ses obligations au respect d'autres obligations de droit international. Une telle interprétation porterait gravement atteinte au système de protection consulaire. Il n'y a donc pas de justification pour ces manquements.

7. *Remèdes* (§ 125 ss). Les manquements du Pakistan sont des faits internationalement illicites à caractère continu. Il en découle un devoir de cassation du fait illicite et une obligation de se conformer pleinement aux positions juridiques violées. La Cour ne saurait faire droit aux demandes de l'Inde d'annuler la décision de la cour martiale pakistanaise, d'autant plus que ce n'est pas le verdict qui constitue le fait illicite mais uniquement les violations des obligations consulaires. Le remède approprié est donc le réexamen et la révision du verdict. Cette procédure doit être effective, c'est-à-dire menée à travers une procédure judiciaire assurant un procès équitable. Le choix des moyens pour opérer cette révision revient au Pakistan. Mais cette liberté de choix n'est pas illimitée, car il y a une obligation de résultat inconditionnelle. Si nécessaire, le Pakistan devra légiférer. Par ailleurs, la poursuite du sursis à exécution du prévenu (indiqué jusqu'ici par voie de mesure conservatoire) est une condition indispensable au réexamen effectif du verdict et à sa révision.

8. *Dispositif* (§ 149). La Cour affirme sa compétence à l'unanimité. La recevabilité de la requête, les violations de la CVRC, les remèdes et le sursis à exécution sont votés à 15 voix contre 1 (contre : le Juge Jillani, *ad hoc*). Trois juges joignent à l'arrêt une Déclaration : Sebutinde, Robinson, Iwasawa. Un juge rédige une opinion individuelle : Cançado Trindade. Un juge rédige une opinion dissidente : le Juge *ad hoc* Jillani.

B. Commentaires

9. Cette affaire est l'une de celles où des autorités étatiques font peu de cas d'obligations en vertu du droit international et que les conseils avisés devant la CIJ tentent de

sauver la mise après coup en cherchant des justifications juridiques à des actes qui n'étaient nullement pensés en termes de droit quand ils ont été faits (d'autres précédents du même type sont l'affaire *Nicaragua* de 1986 et l'affaire de l'*Accord intérimaire* de 2011). C'est particulièrement fréquent en matière d'obligations consulaires, largement ignorées par les autorités internes pénales, pour peu dire non instruites des exigences du droit international. Que les Etats n'aient pas pris plus au sérieux ces obligations depuis le désormais lointain arrêt *LaGrand* de 2001, qu'ils n'aient pas entrepris des campagnes d'information pertinentes, laisse quelque peu songeur. Sans doute la sanction très vénielle des manquements à ces obligations (revoir les jugements rendus illicitement) n'incite pas à beaucoup plus de cure. Quoi qu'il en soit, ces affaires projettent une lumière crue sur la place réelle que tiennent certaines obligations internationales dans les systèmes juridiques étatiques et sur l'importance que les hautes autorités des Etats leur accordent. Par ailleurs, la Cour devrait-elle vraiment s'occuper d'affaires où la violation des règles est aussi manifeste ? L'Etat défendeur n'aurait-il pas intérêt à régler de tels contentieux par ses propres moyens au lieu d'engager une défense illusoire devant la Haute Juridiction ? On peut ici encore y voir un manque de respect pour la CIJ, quels que soient les motifs politiques de « ne rien concéder » à l'ennemi de toujours.

10. L'application du droit par la Cour est assez linéaire. On notera tout d'abord le principe d'interprétation que des restrictions à des protections énoncées dans une convention ne se présument pas. Quand une protection est accordée, une exception (espionnage) ne saurait être lue dans le texte sans qu'il y ait des éléments en soutien, par exemple le texte ou une volonté claire des parties. En somme, la Cour ne s'engagera pas dans des interprétations contraires à l'effet utile des protections. La violation des protections énoncées dans l'article 36 coule ensuite de source : il n'est pas contesté que le Pakistan n'y a pas obéi, et c'est la raison pour laquelle il a tenté de s'abriter derrière l'écran de l'exception d'espionnage. Une éventuelle règle de droit coutumier, externe à la Convention, aurait-elle pu faire échec à ce raisonnement et permettre à l'argument d'espionnage de triompher ? Mis à part le fait qu'une telle règle de droit général n'est nullement établie, la Cour en dispose avec un argument de *lex specialis*. La Convention l'emporte en tant qu'accord spécial entre les parties sur une règle de droit international général. Mais l'argument reste hypothétique, car la règle coutumière n'est pas démontrée. La Convention forme d'ailleurs ici une *lex specialis* au sens *ratione personarum :* elle est plus spéciale au regard du nombre de parties, non pas *ratione materiarum,* par le type de questions réglées. Certains Etats se sont simplement mis d'accord sur certaines règles régissant leur rapports. Quand ces règles s'écartent d'un éventuel droit plus général, elles doivent l'emporter, parce que les parties à l'accord ont manifestement voulu cet écart. La Cour aurait éventuellement pu ajouter que la règle conventionnelle est une *lex posterior ;* et/ou que la Cour ne peut de toute manière pas connaître du droit coutumier, parce que la clause compromissoire ne lui en donne pas compétence. Ainsi, le domaine de compétence reste immanqua-

blement restreint à la CVRC. Le cas échéant, cette configuration juridique pourrait amener la Cour – dans une autre affaire – à méconnaître une règle coutumière applicable et à régler un différend entre les parties seulement sur la base conventionnelle. Tant que le traité représente une loi spéciale, le résultat juridique atteint n'éborgnera pas les obligations réelles des parties en vertu du droit international. Mais si le traité ne reflète plus la position réelle, si une règle coutumière plus récente a modifié la situation juridique subjective, le jugement pourrait plonger dans une espèce d'apesanteur juridique. La Cour dirait ici un droit qui n'est pas réellement applicable entre les parties. La Haute Juridiction devra alors, dans la mesure du possible, chercher à importer cette règle coutumière dans le giron conventionnel, éventuellement en estimant que ladite coutume représente une pratique subséquente pertinente pour le traité (interprétation ou modification du traité). C'est dire que même dans ces cas, la Cour ne serait pas entièrement désarmée et forcée de prononcer un arrêt artificiel au regard de la situation juridique réelle.

11. L'argument de l'abus de droit avancé par le Pakistan donne lieu à des doutes. Il est manifeste qu'il ne s'agit pas d'un abus de droit au sens technique du terme. Le point porte uniquement sur la réciprocité *(tu quoque)* et sur les contre-mesures : la violation prétendue d'une obligation juridique internationale par une partie peut-elle justifier une violation de ses obligations juridiques internationales de la part de l'autre partie ? Alternativement, la question porte sur le point de savoir si les obligations conventionnelles ici en cause sont conditionnelles dans le sens qu'elles supposent que l'autre partie se comporte d'une certaine manière (obligations absolues ou relatives). Le droit applicable à cet égard se situe dans les branches du droit mentionnées. La Cour pouvait-elle appliquer le droit des contre-mesures au regard de la clause compromissoire la liant au traité ? Question ouverte, mais non pas nécessairement à réponse négative. La violation d'une convention (droit de la responsabilité internationale) est considérée comme étant couverte par la branche de la clause compromissoire portant sur « l'application » du texte. Or, les contre-mesures font partie du droit de la responsabilité de l'Etat, du moins dans la manière de la voir de la CDI et de ses Articles de 2001 sur le sujet. Quant à la branche alternative (caractère conditionnel ou non des obligations conventionnelles), elle porte manifestement sur « l'interprétation » de la Convention et est donc également couverte par la clause compromissoire. La réponse de la Cour à cet égard ne souffre pas de critique négative : l'argument *tu quoque* n'est le plus souvent pas recevable dans l'ordre juridique. Où serions-nous si la violation du droit par autrui m'habilitait à violer sélectivement moi-même mes obligations, en dehors des prévisions strictes que l'ordre juridique prévoit à cet égard ? Mais ces aspects ne relèvent pas de l'interdiction de l'abus de droit. Il interdit des actes faits avec la seule intention de nuire, les actes faits en disproportion manifeste par rapport à des intérêts légitimes, le détournement de pouvoir ou enfin l'arbitraire, le déraisonnable

et la fraude[26]. Etendre le concept au-delà de ces limites, reflétées par la pratique internationale, c'est en faire un fourre-tout sans contours juridiques. Ainsi, l'interdiction de l'abus de droit ne s'étend pas à des arguments de réciprocité.

12. Enfin, il est possible de souligner que l'application que fait la Cour de l'article 73, § 2, de la CVRC constitue un exemple de choix de ce que nous avons pu appeler la distinction entre la « dérogation positive et négative ». Il s'agit de la question des règles dérogeables seulement dans une direction déterminée. Une série de dispositions prévoient que les Etats peuvent par accords particuliers modifier un régime général, mais seulement dans le sens, par exemple, d'accorder plus de droits aux personnes protégées et non pas pour les diminuer. Tel est le cas en matière de droit international humanitaire en vertu des célèbres articles 6/6/6/7 des Conventions de Genève I–IV de 1949. Cette disposition se lit comme suit dans la partie qui nous intéresse ici : « Aucun accord spécial ne pourra porter préjudice à la situation des personnes protégées, telle qu'elle est réglée par la présente Convention, ni restreindre les droits que celle-ci leur accorde »[27]. C'est dire que dans ce cas, par une disposition expresse, l'effet de la *lex specialis* est limité : elle ne peut prévaloir que dans le sens indiqué par la norme (« dérogation positive » ou adjonction normative) et non dans un autre sens (« dérogation négative » ou dérogation à proprement parler). De telles situations ne sont pas rares. On les trouve dès la jurisprudence de la CPJI : ainsi, un minimum de protection pour des minorités contenu dans un traité ne peut faire l'objet de minorations par accords dérogatoires[28] ; ou encore, le Conseil de la S.d.N. peut être investi par accord particulier de plus de pouvoirs qu'il ne détient en vertu du Pacte de 1919, mais cet accord ne pourrait pas déroger au minimum de pouvoirs dont le Conseil jouit en vertu de l'instrument constitutif de la Société[29]. Le problème se pose dans une série d'autres situations, envisagées par la doctrine : les Etats concernés pourraient par un accord spécial accorder des droits d'intervention plus larges (mais pas moins larges) que ceux prévus par les articles 62 et 63 du Statut[30] ; les Etats peuvent conclure des accords pour étendre (mais pas pour diminuer) les dispositions concernant le droit consulaire contenues dans la Convention de Vienne sur le droit consu-

26 Sur la définition de l'abus de droit, cf. R. Kolb, La bonne foi en droit international public, Paris 2000, p. 462 ss.

27 Cf. CICR (éd.), Commentary on the First Geneva Convention, Cambridge 2016, p. 344 ss. Cette interdiction de dérogation diminutive est spécialement mentionnée pour les territoires occupés dans l'article 47 de la Convention IV : cf. J. Pictet (éd.), Commentaire de la Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Genève 1956, p. 78. Une disposition similaire est contenue dans l'article 20 de la Convention de Berne de 1886 révisée en 1908 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Pour une analyse de telles situations, cf. R. Kolb, « Jus cogens, intangibilité, intransgressibilité, dérogation positive et négative », 109 RGDIP (2005), p. 305 ss.

28 Affaire des *Droits de minorités en Haute-Silésie* (Ecoles minoritaires), 1928, CPJI, sér. A, no 12, p. 30.

29 Affaire de *Mossoul,* 1925, avis consultatif, CPJI, sér. B, no 12, p. 27.

30 S. Torres Bernardez, « L'intervention dans la procédure de la Cour internationale de Justice », 256 RCADI (1995), p. 248–250.

laire de 1963[31] ; etc. Il s'en faut de beaucoup que les situations auxquelles donnent lieu ces réglementations soient toujours faciles à appréhender juridiquement. Par exemple, il peut être incertain quand une « diminution » de droits a lieu ; ou encore, il peut se poser la question de savoir que faire en cas de situations mixtes, quand une diminution est inextricablement liée à une augmentation. Faut-il alors tirer la somme des deux et voir ce qui prévaut ? Ou la fraction « diminution » est-elle de toute manière contraire à la disposition interdisant la dérogation ? Si tel est le cas, peut-on séparer les diminutions des augmentations ? Cela n'aboutirait-il pas à une solution inéquitable ? Les principes de l'article 44, § 3, de la CVDT de 1969 peuvent-il être appliqués par analogie ?

V. L'affaire relative à 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. Russie), arrêt du 8 novembre 2019

A. Résumé

1. Par une requête introductive d'instance contre la Russie en date du 16 janvier 2017, l'Ukraine a porté un contentieux devant la CIJ. Il touche à de prétendues violations de deux Conventions contenant une clause compromissoire, à savoir la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (1999, CIRFT) et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965, CIERD). La base de compétence est fournie par les clauses compromissoires contenues dans l'article 24 CIRFT et 22 CIEDR. L'Ukraine y joint une demande en indication de mesures conservatoires, à laquelle la Cour fait droit le 19 avril 2017. Le 12 septembre 2018, la Russie a soulevé des exceptions préliminaires à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la requête (§ 1ss).

2. L'Ukraine demande à la Cour de juger que la CIRFT a été violée entre autres par le fait de fournir des fonds à des groupes armés illicites et terroristes opérant en Ukraine (Donbass) ; ou encore en n'enquêtant pas sur les auteurs de ces financements. L'Ukraine demande à ce que la Russie mette fin à ces activités et répare le préjudice causé. L'Ukraine affirme aussi que la CIERD a été violée, notamment par des actes de discrimination et de mauvais traitements des Tatars et des Ukrainiens de souche de Crimée. Là encore, l'Ukraine demande que la Russie mette fin à ces discriminations et mauvais traitements et répare le préjudice causé. La Russie prie la Cour de se

31 Article 73, § 2, de la CVRC de 1963.

déclarer incompétente ou de déclarer la demande irrecevable. L'Ukraine, à son tour, demande à la Cour de rejeter les exceptions préliminaires russes (§ 18ss).

3. *Objet du différend* (§ 23ss). C'est à la Cour qu'il revient de déterminer objectivement cet objet. Le différend ne concerne pas la prétendue agression de la Russie ou l'occupation de la Crimée, mais uniquement la violation des articles 8, 9, 10, 12 et 18 de la CIRFT et des articles 2, 4, 5, 6 et 7 de la CIERD, donc notamment les obligations de coopération anti-terroriste et les obligations de non-discrimination raciale.

4. *Bases de compétence* (§ 33ss). La compétence de la Cour est fondée sur le consentement des parties. Ici, les deux Etats sont parties aux Conventions en cause et n'ont émis aucune réserve à la clause compromissoire. Or, la Russie conteste la compétence matérielle et affirme que les conditions procédurales n'ont pas été remplies. De plus, elle soulève un argument de non-épuisement des recours internes.

5. *Compétence matérielle selon la CIRFT* (§ 38ss). La compétence matérielle de la clause compromissoire s'étend à toute question « d'interprétation ou d'application » de la Convention. Pour déterminer le champ de compétence matérielle, il faut voir si les actes dont le demandeur tire grief entrent ‹ dans les prévisions › du traité, ce qui peut impliquer une interprétation de ses dispositions. La première exception russe porte sur la question de savoir à quelles personnes les prévisions de la CIRFT s'appliquent (personnes agissant à titre privé ou aussi agents de l'Etat) et sur les exigences subjectives qu'elles énoncent (intention et connaissance). La Russie soutient que la Convention se limite aux activités privées et que les exigences subjectives ne sont pas satisfaites en l'espèce. Suivant la Cour, le financement par un Etat d'actes de terrorisme n'est pas visé par la CIRFT (cf. les travaux préparatoires). L'article 2 vise certes ‹ toute personne ›, ce qui dans le sens ordinaire n'exclut aucune personne, y inclus les agents de l'Etat. Mais ne pèse sur l'Etat qu'une obligation de coopération pour prévenir et réprimer les infractions en cause. Cette obligation de coopération et de prévention doit être exécutée relativement à des infractions de financement de terrorisme commises par quelque personne que ce soit, donc y compris lorsqu'il s'agit de personnes agissant pour le compte d'un Etat. Enfin, les exigences ‹ d'intention › et de connaissance (‹ sachant ›) relèvent du fond et n'ont pas d'incidence sur la portée de la Convention au stade préliminaire. La Cour aboutit donc au rejet de cette exception préliminaire russe. – Il y a une deuxième exception portant sur les conditions procédurales. Elle porte sur les négociations qui doivent être tentées pendant un délai raisonnable avant de pouvoir saisir la Cour. Il y a à cet égard une exigence de réellement tenter de négocier sur l'objet du différend. En l'espèce, l'Ukraine a insisté à maintes reprises sur la CIRFT et les objets qu'elle réglemente, lors d'une série de rencontres à Minsk. Or, peu de progrès ont été enregistrés. Le différend n'a pas pu être réglé dans un délai raisonnable. De plus, la clause compromissoire évoque l'organisation d'un arbitrage. L'Ukraine a soumis une proposition d'arbitrage le 19 avril 2016 et des négociations à cet effet ont eu lieu, sans accord dans les six mois prévus à l'article 24, § 1. L'Ukraine a donc bien tenté de remplir les conditions procédurales. Il faut en

conséquence rejeter cette exception préliminaire russe. La Cour est compétence sur la base de l'article 24, § 1, de la CIRFT.

6. *Compétence matérielle selon la CIEDR* (§ 78ss). Les parties conviennent que les Ukrainiens de souche et les Tatars de Crimée constituent des groupes ethniques protégés par la Convention. Les mesures dont l'Ukraine se plaint entrent dans les prévisions de la Convention (cf. les articles 2, 4, 5, 6, 7). – Quant aux conditions procédurales de l'article 22, la question porte sur le caractère alternatif ou cumulatif des deux requis préalables (négociation/conciliation sous les auspices du Comité de la Convention). Le terme « ou » utilisé dans le texte n'est pas décisif en soi. Surtout après une tournure négative (« n'aura pas… »), il peut avoir un sens cumulatif. Or, les deux moyens visent le même objectif, à savoir le règlement du différend par voie d'accord. En cas de cumulation des procédures, on forcerait les parties à négocier deux fois. Une telle interprétation ne paraît pas étayée par l'article 22. L'objet et le but de la Convention militent dans le même sens : la Convention prévoit dans diverses dispositions une élimination « rapide » de la discrimination raciale ; ce but sera plus difficile à atteindre si la Cour adoptait une interprétation cumulative des exigences procédurales. Enfin, la Cour n'a pas besoin d'examiner les travaux préparatoires, car les moyens principaux d'interprétation ont abouti à une interprétation claire et certaine. Des négociations ont-elles été tentées en l'espèce ? Les notes verbales échangées entre les parties se réfèrent à la CIEDR et à la violation de ses dispositions. Les négociations ont duré environ deux ans (correspondance et rencontres) sans que les parties aient modifié leurs positions de base. Les conditions procédurales sont donc réunies en l'espèce. En conséquence, la Cour rejette cette exception préliminaire.

7. *La recevabilité* (épuisement des voies de recours interne, § 122ss). En vertu du droit international coutumier, les recours internes doivent être épuisés lorsqu'un Etat fait valoir une réclamation au nom d'un ou de plusieurs de ses ressortissants. Or, ici, l'Ukraine n'agit pas dans le contexte d'une protection diplomatique. Elle reproche plutôt à la Russie des violations systématiques de la Convention. La règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique donc pas. La Cour rejette l'exception d'irrecevabilité. En conclusion, la Cour affirme qu'elle est compétente et que la requête est recevable (§ 133).

8. *Dispositif* (§ 134). La Cour rejette par 13 voix contre 3 les exceptions préliminaires concernant la CIRFT (contre : les Juges Xue, Tomka ; Skotnikov, *ad hoc*). Elle rejette à 15 voix contre 1 les exceptions préliminaires relatives à la CIEDR (contre : le Juge *ad hoc* Skotnikov). Elle rejette enfin à l'unanimité l'exception préliminaire d'irrecevabilité. – Les Juges Donoghue et Robinson joignent à l'arrêt une Déclaration. Une opinion individuelle est formulée par les Juges Tomka, Cançado Trindade et Pocar *(ad hoc)*. Enfin, les Juges Xue et Skotnikov *(ad hoc)* ont rédigé une opinion dissidente.

B. Commentaires

9. Voici encore une affaire dans laquelle un différend plus large est porté devant la Cour par le petit bout de la lorgnette compromissoire : l'invasion et la déstabilisation de l'Ukraine orientale, ainsi que l'annexion de la Crimée, sont analysées par la CIJ sous l'angle de certaines violations prétendues de deux conventions, l'une portant sur le financement du terrorisme et l'autre sur la discrimination raciale. Le différend est ainsi sectionné au scalpel. La fenêtre étroite de la clause compromissoire ne permet de faire entrer la lumière du jour que par pans dans le différend réel, nettement plus large, entre les parties. La Cour va ainsi s'occuper d'une partie de ce différend, sans toucher à son cœur, qui suppose de toute manière un règlement négocié. Les deux aspects essentiels dans l'argumentation juridique de la Cour concernent d'un côté la question complexe des actes des agents étatiques et l'alternative dans les moyens de règlement – la première question relativement à la CIRFT, la seconde relativement à la CIEDR.

10. Est-ce que l'article 2 de la CIRFT couvre les activités de financement de terrorisme entrepris par des agents étatiques agissant en leurs fonctions ? La réponse de la Cour est un peu tourmentée, et ce fait traduit une certaine complexité de la question. Toute une série de conventions à caractère répressif ou pénal concernent en premier lieu la coopération entre les Etats pour combattre l'activité criminelle en cause. Cette activité est alors de nature « privée ». Mais que se passe-t-il si les agents de l'Etat participent eux-mêmes à l'activité criminelle ? Est-ce que la Convention interdit aussi ces activités ou est-ce qu'elle se borne aux activités privées, non étatiques ? Cette question se pose régulièrement. La Cour a déjà dû y faire face dans le contexte de la Convention contre le génocide de 1948. Dans l'affaire du *Génocide* de 2007, elle a en effet estimé que l'article I de la Convention de 1948 contenait implicitement une obligation de prévenir le génocide même quand il est perpétré par les organes étatiques ; et que cette obligation de prévenir impliquait nécessairement l'interdiction de commettre le génocide[32]. Le présent arrêt prolonge cette jurisprudence dans un contexte similaire mais aussi différent. En effet, la gravité des crimes n'est pas le même ; et dans l'affaire présente il y avait une base textuelle – dans l'article 2 de la CIRFT – pour la conclusion de la CIJ, alors que dans l'affaire de 2007 le prononcé sur ce point relevait de l'interprétation par implication.

11. Est-ce que les moyens de règlement prévus par l'article 22 de la CIEDR doivent être épuisés cumulativement avant la saisine de la Cour ou est-ce que le recours à l'un

32 Affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), CIJ, Recueil, 2007–I, p. 108 ss, § 155 ss, particulièrement p. 113–114, § 166–167.

d'eux suffit[33] ? La Cour estime à juste titre qu'il n'y a pas de devoir de cumul. Obliger le double recours, c'est amoindrir considérablement l'effet utile de la clause compromissoire, à la fois en doublant les procédures de négociation (une fois en tête-à-tête, une fois devant le Comité de la Convention) et aussi en permettant aux Etats de cumuler les prétextes permettant de s'opposer à la compétence de la Cour. Or, une clause compromissoire est insérée dans un texte pour ouvrir l'accès à la Haute Juridiction et non pas pour l'obstruer. Dans sa jurisprudence constante, la Cour n'interprète pas les conditions procédurales comme des conditions préalables trop strictes à la saisine de la Cour[34]. Il s'agit simplement d'alternatives au règlement de la CIJ, voix alternatives offertes mais non imposées aux parties. Le demandeur est tenu de montrer qu'il a proposé ces moyens et que l'autre partie ne les a pas acceptés, que ce soit formellement ou *rebus ipsis et factis* ; ou que l'utilisation de ces moyens n'a pas permis de régler le différend dans un délai raisonnable ou dans le délai prévu par les textes. Toute autre interprétation sur ce point aurait constitué une rupture avec la jurisprudence constante de la CIJ.

12. Enfin, il est possible de noter qu'au § 112, la Cour paraît si satisfaite de son interprétation qu'elle estime ne pas devoir recourir aux travaux préparatoires, refus que prévoit d'ailleurs l'article 32 de la CVDT de 1969. Mais toute l'interprétation assez élaborée de la Cour montre que la réponse sur l'alternative des moyens de règlement préalables n'est pas si évidente sur la base du texte. Un éclairage par les travaux préparatoires n'était donc pas hors de propos, pour confirmer le résultat – ou pour l'infirmer ? Notons que pour la CIRFT, et dans bien d'autres arrêts, la Cour tient compte de ces travaux, ne fût-ce que pour éclairer l'interprétation à laquelle elle est arrivée. Au-delà de toute discussion théorique sur la valeur des travaux préparatoires et sur le caractère illusoire de leur prétendue non-consultation[35], il n'en demeure pas moins que quand la Cour utilise régulièrement ces travaux à tel ou tel titre et que dans un cas donné elle affirme pouvoir s'en affranchir, survient immédiatement la question de savoir quelle est la raison réelle de ce subit refus – en somme, la Cour aurait-elle quelque chose à cacher ? Les travaux infirmeraient-ils ce qu'elle vient de dire ? Il vaudra donc mieux lisser sa jurisprudence dans ces cas et évoquer – ne fût-ce que brièvement – les contenus des travaux préparatoires afin d'évacuer tout doute.

33 Voici le texte de cette disposition : « Tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention, qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention, sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties ne conviennent d'un autre mode de règlement. »

34 Voir par exemple déjà l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Compétence et recevabilité, CIJ, Recueil, 1984, p. 438–439) par rapport au processus de négociation régional dit de « Contadora ». Ou encore l'affaire relative aux *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), CIJ, *Recueil,* 2012–II, p. 445 ss, § 56 ss. Voir aussi l'affaire *Jadhav* (Inde c. Pakistan), 2019, § 45.

35 Etant donné que les parties présentent ces travaux dans leurs pièces.

Contributions

L'Europe: un havre de protection contre
les abus des entreprises multinationales à l'étranger? –
considérations de droit international privé
(Adeline Michoud)

Court Assistance in the Taking of Evidence: Switzerland's Way Forward
(Lorenz Raess)

Recent Practice

Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale
de Justice en 2019
(Robert Kolb)

Europarecht: Schweiz – Europäische Union
(Benedikt Pirker & Livia Matter)