Document generated on 08/05/2025 10:51 p.m.

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

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (CIJ)

Alina Miron, Simon Suzineau, Loubna Farchakh-Fouret, José Joaquín Caicedo Demoulin and Anna Obolensky

Volume 20, Number 1, 2007

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1068963ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1068963ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Miron, A., Suzineau, S., Farchakh-Fouret, L., Caicedo Demoulin, J. & Obolensky, A. (2007). COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (CIJ). *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, *20*(1), 231–307. https://doi.org/10.7202/1068963ar

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2007

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (CIJ)

Par Alina Miron[*]*, Simon Suzineau*[**]*, Loubna Farchakh-Fouret*[***]*, José Joaquín Caicedo Demoulin*[****] *et Anna Obolensky*[*****]

L'année 2007 a marqué la fin des célébrations du soixantième anniversaire de la Cour internationale de justice (« la Cour », ou CIJ) qui a, pour cette occasion, lancé un nouveau site Internet. Ce dernier permet désormais d'avoir accès à tous les documents et à toutes les décisions de la Cour depuis sa création[1]. Les décisions de la Cour permanente de justice internationale (CPJI) sont, bien entendu, toujours disponibles.

En matière d'activité judiciaire, aucune nouvelle affaire n'a été inscrite au rôle de la Cour malgré la demande du Rwanda, désirant soumettre à la CIJ un différend l'opposant à la France. Cette dernière n'ayant pas accepté la compétence de la Cour, l'affaire n'a, par conséquent, pas été enregistrée[2].

Le 31 décembre 2007, le rôle de la Cour comptait ainsi onze affaires, soit deux de moins qu'à la fin de l'exercice 2006[3]. Entre le 2 mai 1947 et le 31 décembre 2007, cent trente-six affaires ont été inscrites au rôle de la Cour. Ce calme de l'activité judiciaire à la CIJ n'est cependant qu'apparent, car pas moins de quatre arrêts et une ordonnance ont été rendus en 2007. Cela ne s'était plus vu depuis l'exercice 2003 de la Cour. Ce sont ces cinq décisions qui seront commentées dans la présente chronique.

Julien FOURET

---

[*] Allocataire de recherche à l'Université Paris X-Nanterre; chercheuse au Centre de droit international (CEDIN) de l'Université Paris X-Nanterre. Elle est l'auteure du chapitre I de la présente chronique.

[**] Allocataire de recherche en droit public à l'Université Paris X-Nanterre; doctorant en droit international public. D.E.A. en droit des relations économiques internationales et communautaires (Université Paris X-Nanterre). Il est l'auteur du chapitre II de la présente chronique.

[***] Avocate au Barreau du Val d'Oise. Diplômée des Universités Paris V-René Descartes et Paris X-Nanterre, ainsi que de l'Université McGill. Elle est l'auteure du chapitre III de la présente chronique.

[****] Avocat au Barreau de Colombie. Docteur en droit (Université Paris I); Docteur en jurisprudence (Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá, Colombie); D.E.A. en droit international et organisations internationales (Université Paris I Panthéon-Sorbonne); D.E.A. en philosophie du droit (Université Paris II Panthéon-Assas). Il est le co-auteur des chapitres IV et V de la présente chronique.

[*****] Avocate au barreau de Paris. LL.M (Université de Columbia (N.-Y., É.-U.)); DEA en droit international privé et commerce international (Université Paris I Panthéon-Sorbonne); LL.M (Université Ludwig Maximilian Universität (Munich)). Elle est la co-auteure des chapitres IV et V de la présente chronique.

1 Voir CIJ, Communiqué 2007/10 (16 avril 2007), en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=1907&p1=6&p2=1&lang=fr&PHPSESSID=cb8d232d9c87302d7a68b5b8360ebcd3>.

2 Voir CIJ, Communiqué 2007/11 (18 avril 2007), en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=1909&p1=6&p2=1>.

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

I. *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*[4]

Faits et procédure

Le différend au principal dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* porte sur la construction de deux usines de pâte à papier sur les rives du fleuve Uruguay, dont l'autorisation aurait été donnée par l'Uruguay au mépris de la procédure établie par le *Statut du fleuve Uruguay*[5], lequel prévoit l'intervention d'une commission paritaire argentino-uruguayenne (la « *Comisión Administradora del Río Uruguay* » [CARU])[6].

L'affaire prend des allures d'opéra dramatique en plusieurs actes, dont le deuxième avait pour cœur la demande en indication de mesures conservatoires de l'Uruguay, déposée le 30 novembre 2006. L'ordonnance rendue le 23 janvier 2007 est la seconde en indication de mesures conservatoires dans cette affaire, après celle rendue à la demande de l'Argentine le 13 juillet 2006. Invoquant des risques de dommages irréversibles à l'environnement, l'Argentine avait joint à sa requête introductive d'instance une demande en indication de mesures conservatoires, qui visait essentiellement à obtenir de l'Uruguay la cessation de la construction des usines dans l'attente du jugement final. La Cour, ayant estimé que l'Argentine n'avait pas apporté la preuve du risque imminent d'un préjudice irréparable[7], a refusé de prononcer les mesures conservatoires demandées, tout en précisant que « [l]a présente décision laisse également intact le droit de l'Argentine de présenter à l'avenir une nouvelle demande en indication de mesures conservatoires fondée sur des faits nouveaux, en vertu du paragraphe 3 de l'article 75 du Règlement »[8].

Dans les deux cas, la Cour n'a pas accordé les mesures conservatoires demandées, parce que les conditions d'exercice du pouvoir que lui confère l'article 41 de son *Statut*[9] n'étaient pas remplies. Dans les deux cas, les décisions ont été acquises à une nette majorité des juges : à chaque fois, ce sont uniquement les juges *ad hoc* qui ont voté contre le dispositif. Les opinions individuelles et les déclarations jointes aux ordonnances n'ont d'ailleurs qu'une portée académique. En effet, elles constituent

---

4 *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (*Argentine c. Uruguay*), Demande en indication de mesures conservatoires de l'Uruguay, Ordonnance du 23 janvier 2007, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/13614.pdf> [*Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007].

5 *Statut du fleuve Uruguay*, Argentine et Uruguay, 26 février 1975, 1295 R.T.N.U. 348 (entrée en vigueur : 18 septembre 1976) [*Statut de 1975*].

6 *Ibid*., chapitre XIII. Les articles 49 à 57 du *Statut de 1975* détaillent la composition et le mode de fonctionnement de la CARU. Ses compétences, telles qu'établies par le traité, sont trop nombreuses pour en faire état ici. Le texte du *Traité*, dans ses versions espagnole, anglaise et française, est annexé à la requête introductive d'instance de l'Argentine (*Usines de pâte à papier*, « Requête introductive d'instance de l'Argentine », annexe I, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/10778.pdf>.

7 *Usines de pâte à papier*, Ordonnance en indication de mesures conservatoires du 13 juillet 2006 au para. 74, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=88&case=135&code=au&p3=3> [*Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 13 juillet 2006].

8 *Ibid*. au para. 86.

9 *Statut de la Cour internationale de justice*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7 (entrée en vigueur : 24 octobre 1945) [*Statut de la CIJ*].

pour les juges l'occasion de revenir sur certains aspects théoriques de la procédure provisoire devant la Cour encore en débat, tels la question du *fumus boni juris*[10] ou des mesures générales de non-aggravation du différend[11].

> Seule l'ordonnance du 23 janvier 2007 fera l'objet de cette chronique, celle de 2006 ayant déjà été analysée précédemment[12]. Une lecture conjointe de ces deux chroniques permet donc de connaître les tenants et aboutissants des procédures incidentes devant la Cour dans cette affaire car, aux yeux de certains commentateurs[13], la demande de l'Uruguay ressemble à une demande reconventionnelle, sans en être pourtant une *stricto sensu.*[14]

Dans la mesure où l'Uruguay est défendeur à l'instance au principal[15], ce dernier a introduit une nouvelle demande. Cette démarche était motivée par le fait que

> depuis le 20 novembre 2006, [d]es groupes organisés de citoyens argentins [avaient] mis en place des barrages sur un pont international d'importance vitale qui enjambe le fleuve Uruguay, interrompant ainsi toute circulation, à des fins commerciales ou touristiques, de l'Argentine vers l'Uruguay […] [et que, selon l'Uruguay] [l]es dommages économiques subis jusqu'à ce jour en raison des blocages [étaient] [déjà] considérables.[16]

L'Uruguay met en avant la passivité des autorités argentines face à ces initiatives populaires, passivité qui serait motivée par le désir de voir s'arrêter la

---

[10] La traduction littérale de l'expression signifie « apparence de bon droit ». Cette condition amène les juges à se faire une première opinion du bien-fondé de la requête au principal, au vu des moyens de fait et de droit invoqués. *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 13 juillet 2006 (*supra* note 7), Opinion individuelle du juge R. Abraham, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11240.pdf>.

[11] *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007 (*supra* note 4), Déclarations des juges Buergenthal et Koroma, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/13621.pdf> et <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/13619.pdf>.

[12] Voir l'édition 2006 de cette chronique, (2006) 19.1 R.Q.D.I. 215 aux pp. 238 à 255. Afin d'éviter toute répétition, il semble également judicieux de ne s'attarder que brièvement sur les faits formant la substance de la requête introductive d'instance déposée par l'Argentine, dont le résumé peut être consulté dans la chronique susmentionnée.

[13] Voir les chroniques d'Hélène Ruiz-Fabri et Jean-Marc Sorel sur le contentieux de la CIJ dans (2007) 3 J.D.I. 981 aux pp. 1002 et s. [Ruiz-Fabri et Sorel, « Chroniques »].

[14] L'article 80 du *Règlement de la Cour internationale de justice* réserve les demandes reconventionnelles à la procédure principale et ne les mentionne pas pour les procédures incidentes : 1. La Cour ne peut connaître d'une demande reconventionnelle que si celle-ci relève de sa compétence et est en connexité directe avec l'objet de la demande de la partie adverse. 2. La demande reconventionnelle est présentée dans le contre-mémoire et figure parmi les conclusions contenues dans celui-ci. Le droit qu'a l'autre partie d'exprimer ses vues par écrit sur la demande reconventionnelle dans une pièce de procédure additionnelle est préservé, indépendamment de toute décision prise par la Cour, conformément au paragraphe 2 de l'article 45 du présent *Règlement*, quant au dépôt de nouvelles pièces de procédure. 3. En cas d'objection relative à l'application du paragraphe 1 ou à tout moment lorsque la Cour le considère nécessaire, la Cour prend sa décision à cet égard après avoir entendu les parties. *Règlement de la Cour internationale de justice*, 14 avril 1978, à l'art. 80, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=3&p3=0> (entrée en vigueur : 1er juillet 1978) [*Règlement de la CIJ*].

[15] La Cour a été saisie de manière unilatérale par l'Argentine, sur la base d'une clause compromissoire contenue dans l'article 60 du *Statut de 1975*, *supra* note 5, qui donne compétence à la Cour.

[16] *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007, *supra* note 4 au para. 8.

construction des usines, alors même qu'en juin la Cour n'avait pas estimé judicieux d'ordonner l'arrêt des travaux. Au vu de ces circonstances, l'Uruguay demande à la Cour d'indiquer, en attendant le jugement sur le fond, des mesures conservatoires pour s'assurer que l'Argentine :

> i) prendra toutes les mesures raisonnables et appropriées qui sont à sa disposition pour prévenir ou faire cesser l'interruption de la circulation entre l'Uruguay et l'Argentine, notamment le blocage de ponts et de routes entre les deux États ;
>
> ii) s'abstiendra de toute mesure susceptible d'aggraver ou d'étendre le présent différend ou d'en rendre le règlement plus difficile ; et
>
> iii) s'abstiendra de toute autre mesure susceptible de porter atteinte aux droits de l'Uruguay qui sont en cause devant la Cour.[17]

Il est indéniable que la démarche de l'Uruguay dénote une stratégie procédurale offensive, qui vise à la reconnaissance implicite du droit qu'aurait cet État de poursuivre la construction des usines. Comme le faisaient remarquer Hélène Ruiz-Fabri et Jean-Marc Sorel, les procédures incidentes « masquent à peine une volonté d'obtenir un jugement interlocutoire »[18], piège que les juges ont su éviter avec sagesse.

C'est ainsi que l'ordonnance du 23 janvier 2007, sans s'appesantir sur les questions de compétence pourtant longuement contestée dans les plaidoiries de la partie argentine (**A**), constate qu'en l'espèce, les conditions matérielles des mesures conservatoires ne sont pas remplies, ce qui conduit au rejet des trois demandes uruguayennes (**B**).

A. L'examen expéditif des questions de recevabilité

La partie argentine argumentait que comme les blocages des routes n'avaient pas de lien avec le *Statut de 1975*, traité formant la base de compétence de la Cour dans le différend au principal, cette dernière ne saurait se prononcer sur cette question dans le cadre de la procédure incidente (**1**). D'autant plus que des raisons d'opportunité s'opposeraient à pareil examen par la CIJ puisque ces mêmes événements avaient fait l'objet d'une sentence arbitrale d'un tribunal Mercosur (**2**).

1. LA RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE LIÉE À LA COMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE* DE LA COUR

Classiquement, les conditions posées par l'article 41 du *Statut* de la Cour exigent que celle-ci ait compétence *prima facie* sur le fond pour qu'elle puisse être saisie dans le cadre de la procédure des mesures conservatoires. Cette question couvre

---

17 *Ibid*. au para. 13.

18 Ruiz-Fabri et Sorel, « Chroniques », *supra* note 13 à la p. 1000.

deux aspects, dont celui du titre de compétence et celui de la connexité entre les mesures requises et la demande au principal[19].

Comme l'indique Shabtai Rosenne,

> by "jurisdiction" in this context is meant jurisdiction both ratione personae et ratione materiae over the merits of the claim, as well as jurisdiction to determine whether the provisional merits requested are compatible with the principal claim and do not change the nature of the claim, as advanced in the application instituting the proceedings.[20]

Le titre de compétence donné par l'article 60 du *Statut de 1975*[21] semble difficilement contestable; d'ailleurs, l'Uruguay s'est bien gardé de le contester lors de la demande en indication de mesures conservatoires de l'Argentine[22]. En réaction à la procédure instituée par l'Uruguay, l'Argentine a en revanche mis en avant une absence de connexité entre les mesures demandées, essentiellement l'arrêt du blocage des routes, et le *Statut de 1975*[23].

Considérant que, à l'audience, l'Argentine a contesté la compétence de la Cour pour indiquer les mesures conservatoires demandées par l'Uruguay; que l'Argentine soutient que des mesures conservatoires ne peuvent être indiquées par la Cour que s'il existe « un lien juridique direct […] entre, d'une part, les mesures conservatoires demandées et, d'autre part, les demandes formulées dans la requête, qui circonscrivent l'objet de l'affaire »; qu'elle argue que cette demande en indication de mesures conservatoires ne présente en l'espèce « aucun lien avec le statut du fleuve Uruguay, seul instrument international qui fonde la compétence de la Cour pour connaître de l'affaire relative aux Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay »[24].

En effet, une jurisprudence constante de la CIJ précise la nécessité logique d'un lien entre la procédure incidente et la procédure principale :

> D'après [l'article 41 du *Statut de la Cour*], la condition essentielle et nécessaire pour que des mesures conservatoires puissent, si les

---

19 Karin Oellers-Frahm, « Article 41, MN 49 » dans Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat et Karin Oellers-Frahm, dir., *The Statute of the International Court of Justice : A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Shabtai Rosenne, *Provisional Measures in International Law : The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford, Oxford University Press, 2005 aux pp. 91 et s.

20 Rosenne, *ibid.* à la p. 92.

21 *Statut de 1975*, *supra* note 5, art. 60. Le paragraphe 1 de cet article dispose que « tout différend concernant l'interprétation ou l'application du *Traité* et du *Statut* qui ne pourrait être réglé par négociation directe peut être soumis par l'une ou l'autre des Parties à la Cour internationale de justice ».

22 *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 13 juillet 2006, *supra* note 7 au para. 42.

23 *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007 (*supra* note 4), « Exposé oral de Marcelo Kohen », CR 2006/55, 18 décembre 2006, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/13530.pdf>.

24 *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007, *supra* note 4 au para. 20.

> circonstances l'exigent, être sollicitées, est que ces mesures tendent à sauvegarder les droits qui sont l'objet du différend dont la Cour est saisie.[25]

De son côté, l'Uruguay fait valoir que les blocages en cause ont pour objectif déclaré l'arrêt de la construction de l'usine Botnia, construction qui est au cœur du litige au principal, et que dès lors, ils constituent une « question directement connexe, intimement et indissociablement liée à la matière du cas soumis à la Cour »[26]. La Cour, sans excès de détails dans ses motivations, embrasse la thèse uruguayenne en admettant la recevabilité de la demande :

> Considérant que la Cour conclut que tout droit que peut avoir l'Uruguay de poursuivre la construction de l'usine Botnia et de mettre celle-ci en service, conformément aux dispositions du *Statut de 1975*, en attendant une décision définitive de la Cour, constitue effectivement un droit invoqué en l'espèce, pouvant en principe être protégé par l'indication de mesures conservatoires; et que le droit invoqué par l'Uruguay de voir la Cour statuer sur le fond de la présente affaire en vertu de l'article 60 du *Statut de 1975* a également un lien avec l'objet de la procédure sur le fond engagée par l'Argentine et peut en principe être protégé par l'indication de mesures conservatoires.[27]

La Cour manifeste ainsi une certaine indifférence à la qualification juridique des blocages (dont la plus logique est celle d'entrave à la libre circulation). Comme pour le titre de compétence, la Cour se livre ici à une analyse *prima facie* et, considérant que l'examen de la nature et de l'étendue des droits en litige représente une question de fond[28], elle se contente d'une connexité factuelle, sans exiger une connexité juridique. Cette motivation expédiente s'explique dans la mesure où le

---

[25] *Réforme agraire polonaise et minorité allemande*, Ordonnance du 29 juillet 1933, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 58 à la p. 177. Voir aussi *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (mesures conservatoires) (États-Unis c. Iran)*, Ordonnance du 15 décembre 1979, [1979] C.I.J. rec. 7 à la p. 19, au para. 36; *Plateau continental de la mer Egée (mesures conservatoires)* (*Grèce c. Turquie)*, Ordonnance du 11 septembre 1976, [1976] C.I.J. rec. 3 à la p. 11, au para. 34; *Compétence en matière de pêcheries (mesures conservatoires)* (*Royaume-Uni c. Islande)*, Ordonnance du 17 août 1972, [1972] C.I.J. rec. 12 à la p. 15, au para. 12; *Interhandel (mesures conservatoires)* (*Suisse c. États-Unis)*, Ordonnance du 24 octobre 1957, [1957] C.I.J. rec. 105 à la p. 111; *Anglo-Iranian Oil Co. (mesures conservatoires)* (*Royaume-Uni c. Iran*), Ordonnance du 5 juillet 1951, [1951] C.I.J. rec. 89 à la p. 93. Dans *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (mesures conservatoires) (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)*, Ordonnance du 8 avril 1993, [1993] C.I.J. rec. 3 à la p. 19, la Cour avait établi ce parallélisme en des termes encore plus explicites : « Considérant que la Cour, après avoir établi qu'il existe une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée, ne devrait pas indiquer de mesures tendant à protéger des droits contestés autres que ceux qui pourraient en définitive constituer la base d'un arrêt rendu dans l'exercice de cette compétence; considérant que, par voie de conséquence, la Cour se limitera, dans son examen des mesures demandées, et des motifs mis en avant pour justifier ces demandes, à prendre en considération ceux qui entrent dans le champ d'application de la *Convention sur le génocide* ». (*Ibid*. au para. 35).

[26] *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007, *supra* note 4 au para. 22.

[27] *Ibid*. au para. 29.

[28] *Ibid*. au para. 25.

problème de la compétence dans le cadre des mesures provisoires a été essentiellement considéré sous l'angle du respect de la souveraineté étatique et du principe de la juridiction consensuelle. Selon Karin Oellers-Frahm,

> the fact that the Court exercises its power to indicate provisional measures when the substantive jurisdiction exists on a prima facie basis without being definitively certain makes it possible that provisional measures are indicated in a case where finally the substantive jurisdiction is denied. It has been generally accepted that the interference with the sovereignty of States may thus be the price for preserving the substantive rights if need be.[29]

Or, en l'espèce, ce n'est pas tant un problème de souveraineté que de délimitation de l'objet du différend, problème que la Cour renvoie volontiers à une phase ultérieure de la procédure[30]. Comme le remarquaient très justement Hélène Ruiz-Fabri et Jean-Marc Sorel, « la conscience que les mesures seraient refusées a incité la Cour à éviter ici un débat qu'elle considérait peu utile à ce stade »[31]. Pour cette même raison, les juges se sont attardés encore moins sur l'exception de la *res judicata* invoquée par la partie argentine.

2. L'ARGUMENT SUBSIDIAIRE DE LA *RES JUDICATA*

Un tribunal *ad hoc* Mercosur a été constitué à la demande de l'Uruguay pour se prononcer sur la responsabilité éventuelle de l'Argentine pour violation du *Traité d'Asunción*[32] (essentiellement pour entraves à la libre circulation des personnes et des marchandises) du fait des blocages des routes et ponts par les citoyens de

---

29 Oellers-Frahm, *supra* note 19 à la p. 937.

30 La délimitation de l'objet du différend est en principe étroitement liée aux formulations de la requête introductive d'instance. Néanmoins, comme Daniel Müller le met très justement en évidence, « *in order to evaluate the necessary link between provisional measures requested and the subject of the dispute, the Court sensibly adapted the jurisprudence of its predecessor to the special circumstances of the present case, i.e. the Respondent requesting provisional measures. Whereas, in the opinion of the Permanent Court in the* Polish Agrarian Reform case *the necessary link is to be found in the intention to "protect the subject of the dispute and the actual object of the principal claim, as submitted to the Court by the Application instituting proceedings", the Court was satisfied that some of the rights Uruguay wanted to protect through the incidental proceedings were "claimed right[s] in the present case", that these claimed rights "have a sufficient connection with the merits of the case for the purposes of the current proceedings" and that Article 60 of the* 1975 Statute *[the provision on which the Court's jurisdiction is based] may thus be applicable to the rights which Uruguay invokes in the present proceedings* ». Daniel Müller, « Procedural Developments at the International Court of Justice » (2007) 6 Law & Prac. Int'l Courts & Trib 221 à la p. 226.

31 Ruiz-Fabri et Sorel, *supra* note 13 aux pp. 996 à 1005.

32 Le traité créant le MERCOSUR a été signé le 26 mars 1991 dans la capitale paraguayenne par les présidents d'Argentine, du Brésil, du Paraguay et de l'Uruguay. Ces quatre pays de l'Amérique du Sud décidaient ainsi de constituer un marché commun et instauraient un processus d'intégration économique. Il est entré en vigueur le 31 décembre 1994. *Traité relatif à la création d'un marché commun entre l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay*, 26 mars 1991, 2140 R.T.N.U. 339 (entrée en vigueur : 31 décembre 1994) [*Traité d'Asunción*].

Gualeguaychú. Le tribunal a rendu sa sentence le 6 septembre 2006 et a reconnu la responsabilité de l'Argentine pour défaut de *due diligence*[33].

Il faut préciser d'emblée que rien dans le *Statut de la Cour* ni dans son *Règlement* ne fournit de base textuelle pour une éventuelle exception d'incompétence basée sur la théorie de *res judicata*, surtout dans le cas où une décision arbitrale ou juridictionnelle a été rendue par un autre tribunal ou une autre cour. Il serait difficilement concevable pour la Cour, au regard de sa position unique dans le système juridictionnel international, de recevoir pareille exception uniquement en application d'un principe général de droit. Ainsi, les conseils de l'Argentine ne pouvaient-ils pas mettre en avant la sentence du tribunal arbitral Mercosur comme un argument principal d'incompétence. En conséquence, ils ont choisi de l'envisager sous l'angle de la théorie du *forum non conveniens* pour les mesures demandées par l'Uruguay.

Devant la Cour, les avocats de l'Argentine soutenaient que

> le *Traité d'Asunción* et le *Protocole d'Olivos*[34] excluent la possibilité de s'adresser à tout autre forum une fois choisie une voie déterminée. C'est l'Uruguay qui a choisi de saisir le Tribunal ad hoc du Mercosur et celui-ci a rendu sa décision en septembre dernier. L'Uruguay ne peut pas venir aujourd'hui à la Cour pour obtenir une nouvelle décision sur les mêmes faits déjà jugés par le Tribunal ad hoc. La Cour n'a pas compétence à cet effet. Il n'y a pas un manque de forum ouvert à l'Uruguay pour présenter son cas, il y a un abus de forum de la part de l'Uruguay qui se livre à un forum shopping que la Cour ne peut pas admettre.[35]

L'Uruguay rétorquait qu'il ne s'agissait pas des mêmes faits, puisque d'autres blocages avaient justifié la saisine du tribunal Mercosur, et que ces actes n'avaient pas le caractère d'un comportement continu[36]. Il est vrai que les blocages sont intermittents et que leur localisation géographique peut varier. Or, en l'absence d'un comportement continu qui aurait pu fonder la responsabilité de l'Argentine pour des faits postérieurs à la sentence du tribunal, les arbitres ont estimé qu'ils ne pouvaient pas accorder des assurances et garanties de non-répétition et ont débouté l'Uruguay sur ce point[37]. Les blocages se poursuivant après la sentence du Tribunal,

---

33 Le texte de cette sentence se retrouve à l'annexe 2 de la « Demande en mesures conservatoire de l'Uruguay », en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/13485.pdf>.

34 Le *Protocole d'Olivos* met en place un système de règlement des différends intégré au sein du MERCOSUR, prévoyant notamment la création d'un tribunal permanent. *Protocole de Olivos pour la solution des différends dans le Mercosur*, 18 février 2002, 2251 R.T.N.U. 304 (entrée en vigueur : 1er janvier 2004) [*Protocole d'Olivos*].

35 *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007, « Exposé oral de M. Kohen », *supra* note 23 aux para. 18 à 20.

36 *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007, *supra* note 4 au para. 23.

37 Le Tribunal a considéré qu'il ne pouvait pas prononcer de telles mesures en l'absence d'une référence textuelle expresse dans le *Traité d'Asunción*, et ceci, malgré l'article 30 du *Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité internationale de l'État* (*Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Doc. off. CDI NU, 56e sess., A/RES/56/83 [2001]), qui les présente comme une conséquence de la responsabilité, même si elle n'est pas automatique : Laudo del Tribunal Arbitral

l'Uruguay s'est alors adressé à la Cour avec une demande en indication de mesures conservatoires ayant le même objet et poursuivant le même objectif que la demande d'assurances et garanties de non-répétition présentée devant le Tribunal *ad hoc*.

L'exception de la chose jugée suppose que deux recours opposent les mêmes parties, portent sur le même objet, et soient fondés sur la même cause. En l'espèce, les juges ont considéré que les fondements juridiques des demandes devant les deux instances étaient différents : « les droits invoqués par l'Uruguay devant le tribunal *ad hoc* du MERCOSUR sont différents de ceux dont il sollicite la protection en l'espèce »[38]. Ils ont, de cette façon, écarté le spectre de la *res judicata*. Les exceptions d'irrecevabilité ainsi traitées, les juges se livrent ensuite à l'analyse des conditions de fond des mesures conservatoires demandées par l'Uruguay.

B. Les mesures conservatoires demandées en l'espèce

Deux types de mesures conservatoires ont été demandés par l'Uruguay : les mesures visant la prévention d'un préjudice irréparable, et celles de non-aggravation du différend. Si les premières reposent essentiellement sur l'analyse des conditions de fond classiques (**1**), les secondes soulèvent des interrogations quant à leur autonomie procédurale (**2**).

1. LES MESURES VISANT À EMPÊCHER UN PRÉJUDICE IRRÉPARABLE

L'indication de mesures conservatoires repose sur deux conditions désormais classiques : le « risque d'un préjudice irréparable » et l' « urgence »[39]. Une jurisprudence constante de la Cour le rappelle :

"Ad Hoc" de MERCOSUR constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Omisión del Estado Argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que Unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay, aux para. 168-69, disponible en ligne : MERCOSUR <http:www.mercosur.int/msweb/portal%20interme diario/es/controversias/arquivos/TPR_Tribunal%20AdHoc_Laudo%20Libre%20Circulacion_ES.pdf> « *The determination of a future conduct to be followed by one of the litigious States would imply that the Tribunal would take upon itself legislating powers, and faces the inconvenience that in this case, such obligation would bind only one of the parties and not the other members of MERCOSUR, which would be a violation of the principle of equality and reciprocity that governs the* Treaty of Asunción. *Without prejudice to the above, and in connection with the request for future guarantees, establishing clear rules to be followed by the countries after the ruling in this action, and which have been absent so far because these types of circumstances are not regulated at MERCOSUR, will clearly determine the limits between the permitted and the prohibited, so that these types of conflicts cannot be expected to repeat themselves* ».

[38] *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007, *supra* note 4 au para. 30.

[39] Le président de la Cour ne manque pas de rappeler aux orateurs au début de la procédure orale que : dans leurs exposés oraux sur les demandes en indication de mesures conservatoires, les parties devraient se limiter aux questions touchant aux conditions à remplir aux fins de l'indication de mesures conservatoires, telles qu'elles ressortent du *Statut*, du *Règlement* et de la jurisprudence de la Cour. Les parties ne devraient pas aborder le fond de l'affaire au-delà de ce qui est strictement nécessaire aux fins

> Considérant que ce pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires ne peut être exercé que s'il y a nécessité urgente d'empêcher que soit causé un préjudice irréparable à de tels droits, avant que la Cour n'ait eu l'occasion de rendre sa décision définitive (voir par exemple *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, Ordonnance du 29 juillet 1991, [1991] C.I.J. Rec. 17 para. 23; *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)*, mesures conservatoires, Ordonnance du 17 juin 2003, [2003] C.I.J. Rec. 107 para. 22).[40]

L'ordonnance n'apporte pas de nouveautés sur la notion de « préjudice irréparable »; ni la motivation, ni les plaidoiries des parties ne se sont focalisées sur cette question. Il suffit de rappeler que l'actuelle CIJ a assoupli les règles établies par sa devancière, qui considérait un préjudice comme irréparable s'il « ne saurait être réparé moyennant le versement d'une simple indemnité ou par une autre prestation matérielle »[41]. En lieu et place de cette conception restrictive de la notion de « préjudice irréparable », la Cour pratique une analyse plus souple, car il suffit de démontrer que le préjudice est irréparable soit en droit soit en fait, le test étant celui de la protection effective de la décision finale de la Cour. En effet, comme le souligne Daniel Müller,

> [l]es mesures conservatoires sont également, et peut-être surtout, destinées à permettre au juge d'exercer ses fonctions et à garantir la bonne administration de la justice. Préserver les droits dont la Cour est appelée à trancher le bien-fondé ou le mal-fondé permet, en même temps, de préserver l'utilité de la justice internationale.[42]

En essence, l'Uruguay essayait de démontrer que les blocages aboutiraient à terme à l'abandon de la construction de l'usine, fait qui, en soi, risquerait de « saper la capacité de la Cour à rendre une décision effective dans le différend opposant les Parties »[43], puisque l'objet même du litige aurait disparu. L'enchaînement causal est néanmoins trop hypothétique pour que la Cour le valide. Elle retient que la preuve du préjudice irréparable n'a pas été apportée par le demandeur, puisque la construction de l'usine Botnia s'est poursuivie malgré les blocages, d'ailleurs à un rythme plus rapide qu'initialement prévu[44]. Quant au préjudice causé à l'économie uruguayenne, la Cour refuse de se prononcer là-dessus parce qu'il sort du champ matériel du litige au principal[45]. La première condition des mesures conservatoires n'est ainsi pas

---

de la demande. CIJ, *Instruction de procédure XI*, en ligne : CIJ <http://icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=4&p3=0>.

40 *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007, *supra* note 4 au para. 32.

41 *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865 (mesures conservatoires) (Belgique c. Chine)*, 1927, Ordonnance du 8 janvier 1927, C.P.J.I. (sér. A) n° 8 à la p. 7.

42 Daniel Müller, « Chronique de la CIJ » (2006) 19.1. R.Q.D.I. 215 aux pp. 251 et 252 [Müller, « Chronique »].

43 *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007, *supra* note 4 au para. 37.

44 *Ibid*. au para. 41.

45 *Ibid*.

remplie; aux yeux de la Cour, la seconde non plus. L'urgence ou l'imminence ne concerne pas tant le préjudice que l'activité qu'elle y mène, à condition que le risque d'un dommage futur soit prouvé (*quid non* dans le cas de l'usine Botnia)[46]. L'imminence s'interprète comme un lien de causalité certaine entre le fait et le préjudice (c'est l'urgence substantielle) qui, même futur, ne saurait être trop éloigné dans le temps pour devenir hypothétique (c'est l'urgence temporelle).

On comprend ainsi que les mesures conservatoires ont pour but d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux droits des parties en attendant la décision finale de la Cour[47]. Si nécessaires (la nécessité dérive du caractère irréparable), elles figent en quelque sorte le litige en l'état où il était lors de la requête introductive d'instance, sans pour autant prétendre arrêter le temps. Et c'est dans cette perspective qu'elles sont souvent accompagnées de « mesures de non-aggravation du différend ».

2. LA QUESTION RÉCURRENTE DES MESURES DE NON-AGGRAVATION DU DIFFÉREND

Bien que présentées sous deux conclusions distinctes, les deuxième et troisième demandes uruguayennes portent sur les mesures de non-aggravation du différend[48]. La controverse principale quant à ce type de mesures concerne leur autonomie par rapport à celles qui visent à empêcher un préjudice irréparable : la Cour pourrait-elle les prononcer alors même qu'elle a considéré que les conditions pour ordonner les premières ne sont pas remplies? La question avait déjà été débattue en marge de l'ordonnance du 13 juillet 2006[49], et il paraît désormais établi que la réponse soit négative. C'est dans ce sens en tout cas qu'il faut interpréter l'exposé des motifs de la Cour dans l'ordonnance du 23 janvier 2007, qui établit clairement un parallélisme entre la première et la deuxième demande :

> Considérant que la Cour n'est pas parvenue à la conclusion que, pour le moment, un risque imminent de préjudice irréparable menace les droits de l'Uruguay qui font l'objet du différend devant la Cour, en conséquence du blocage des ponts et des routes qui relient les deux États (voir paragraphes 41-43 ci-dessus); que la Cour estime partant que les barrages en tant que tels ne justifient pas l'indication de la deuxième mesure conservatoire

---

[46] Sur la notion d'urgence dans la procédure des mesures conservatoires devant le Tribunal international du droit de la mer (TIDM), lire l'opinion individuelle du juge Tullio Treves dans *Affaires du thon à nageoire bleue (mesures conservatoires)* (*Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon*), 27 août 1999, en ligne : TIDM <http://www.itlos.org/start2_fr.html>.

[47] « Les mesures conservatoires visées à l'article 41 du Statut sont indiquées "en attendant l'arrêt définitif" de la Cour au fond et ne sont par conséquent justifiées que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il est probable qu'une action préjudiciable aux droits de l'une ou de l'autre Partie sera commise avant qu'un tel arrêt définitif ne soit rendu. » *Passage par le Grand-Belt (mesures conservatoires)* (*Finlande c. Danemark*), Ordonnance du 29 juillet 1991, [1991] C.I.J. rec. 12 à la p. 17, au para. 23.

[48] *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007, *supra* note 4 au para. 13. Voir aussi l'exposé oral d'Alain Pellet dans le compte-rendu des audiences publiques tenues le 18 décembre 2006, CR2006/55, à la p. 43, au para. 9, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/13530.pdf>.

[49] Müller, « Chronique », *supra* note 42 à la p. 252.

> sollicitée par l'Uruguay, dès lors que les conditions pour l'indication par la Cour de la première mesure conservatoire ne sont pas remplies.[50]

Il ne faut pas pour autant conclure que la liberté de la Cour pour déterminer les mesures appropriées en vue d'empêcher l'aggravation du différend est dépendante de la formulation employée dans la demande de mesures conservatoires. Pareille interprétation irait à l'encontre de l'article 41 du *Statut de la CIJ*, qui met l'accent sur le pouvoir d'appréciation de la Cour (« si elle estime que les circonstances l'exigent ») et de l'article 75 de son *Règlement*. Par contre, il est désormais manifeste que les mêmes conditions d'urgence et de préjudice irréparable servent de paramètres pour guider la décision de la Cour. C'est la conclusion que désapprouve le juge Buergenthal dans sa déclaration[51]. Il considère qu'en rendant les mesures de non-aggravation dépendantes du risque de préjudice irréparable, la Cour propose une interprétation trop restrictive de l'article 41 du *Statut*, contraire à sa lettre, à son esprit et à la pratique de la Cour, bien que jamais jusqu'à présent, elle n'ait ordonné des mesures de non-aggravation du différend d'une façon autonome :

> These circumstances may involve an imminent threat of irreparable prejudice to the rights in dispute. But, independently thereof, no compelling reason has been advanced by the Court why they may not also apply to situations in which one party to the case resorts to extrajudicial coercive measures, unrelated to the subject-matter in dispute, that aggravate a dispute by seeking to undermine or interfere with the rights of the other party in defending its case before the Court. In such situations the test would not be whether there is an imminent threat of irreparable harm to the subject-matter of the dispute, but whether the challenged actions are having a serious adverse effect on the ability of the party seeking the provisional measures to fully protect its rights in the judicial proceedings.[52]

À ses yeux, ce pouvoir dérive d'un principe général de droit processuel, conclusion appuyée par la pratique de la Cour d'indiquer ces mesures alors même qu'elles n'ont pas été demandées par les parties (ce qui est logique, puisque selon l'article 75 du *Règlement de la CIJ* elle a un pouvoir d'agir *proprio motu* dans le cadre de la procédure provisoire)[53]. Il y voit une forme très particulière du droit au juge, une fois que la compétence de la Cour est établie *prima facie*. Il faut toutefois remarquer que cela aboutit indéniablement à un élargissement de la compétence de la Cour dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires :

---

50 *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007, *supra* note 4 au para. 50.

51 *Usines de pâte à papier*, Ordonnance du 23 janvier 2007 (*supra* note 4), « Déclaration du juge Buergenthal », en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/13621.pdf>.

52 *Ibid*. au para. 11.

53 Tel est également l'avis du juge *ad hoc* Bernandez, qui considère que c'est en vertu de l'article 75, et non pas 73 du *Règlement* que la Cour aurait dû faire droit à la deuxième demande uruguayenne. Voir l'opinion dissidente du juge *ad hoc* Bernandez au para. 44, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/13622.pdf>.

> It is undisputed that the Court has no jurisdiction over the blockading of the bridges as such, since the 1975 Uruguay River Statute under which the Court appears to have prima facie jurisdiction with regard to the present litigation deals only with the regime of the River Uruguay. The Court must nevertheless be deemed to have the requisite powers vested in courts generally.[54]

Certes, au paragraphe 53 de l'ordonnance, la Cour réitère l'invitation déjà faite aux parties de « s'abstenir de tout acte qui risquerait de rendre plus difficile le règlement du présent différend », mais comme en juillet 2006, cette invitation apparaît dans les motifs et non pas dans le dispositif, ce qui la prive du caractère juridiquement obligatoire. Il ne saurait en être autrement pour une recommandation si générale.

L'apport le plus important de cette ordonnance réside justement dans la clarification du statut des mesures de non-aggravation du différend. Néanmoins, la conclusion de leur caractère non autonome devrait être mise sous le signe de l'interrogation, en raison notamment de la parcimonie de la motivation. Une confirmation ultérieure est donc nécessaire, l'ordonnance du 23 janvier 2007 n'étant que l'une des pierres de l'édifice jurisprudentiel en construction.

II. Affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*[55]

Il aura fallu plus de dix ans à la CIJ pour rendre un arrêt sur le fond dans cette affaire opposant la Bosnie-Herzégovine à la Serbie-et-Monténégro. Ce délai particulièrement long s'explique tout à la fois par le contexte politique instable qui a longtemps prévalu dans les deux États en instance et par la complexité des problèmes juridiques posés, notamment concernant la compétence de la Cour.

L'intérêt de cet arrêt rendu le 26 février 2007 est donc multiple. Il constitue tout d'abord la première décision dans laquelle la CIJ doit interpréter la portée des règles de fond définies dans la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[56], adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 9 décembre 1948. Si la Cour avait déjà eu à connaître de cet instrument dans son avis consultatif du 28 mai 1951[57], celui-ci, outre le fait qu'il n'intervenait pas dans une procédure contentieuse, ne portait que sur la licéité des réserves à la *Convention sur le*

---

54 *Usines de pâte à papier*, « Déclaration du juge Buergenthal », *supra* note 51 au para. 7.

55 *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* [2006], Arrêt du 26 février 2007, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf> [*Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007].

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

57 *Réserves à la Convention sur le génocide*, Avis consultatif, [2006] C.I.J. rec.15.

génocide. La portée exacte des obligations définies dans cet instrument n'était pas l'objet de la demande d'avis.

Cette convention a déjà été appliquée dans de nombreux différends, mais dans le cadre de la responsabilité pénale internationale des individus, et non dans celui de la responsabilité internationale des États. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a notamment eu à connaître de cet instrument à maintes reprises, et il en a interprété les dispositions bien avant la Cour. L'arrêt qui nous occupe a donc également été l'occasion pour la CIJ de clarifier les interprétations que les juridictions pénales internationales donnent à certaines règles du droit international.

Étant donné le laps de temps important qui s'est écoulé, premièrement entre le dépôt de la requête par la Bosnie et le dépôt des mémoires écrits, et deuxièmement entre le dépôt des mémoires et les plaidoiries, un certain nombre de modifications ont été apportées tant en ce qui concerne l'identité même des parties au différend que les demandes formulées par le requérant.

Tout d'abord, concernant l'identité des parties, la Cour a rapidement écarté la question de la succession entre la communauté étatique de Serbie-et-Monténégro et la Serbie. En effet, suite à la déclaration d'indépendance adoptée par l'Assemblée nationale du Monténégro le 3 juin 2006, le président de la Serbie avait, par une lettre datée du même jour, informé le Secrétaire général de l'Organisation des Nations unies (ONU) que « la dénomination "République de Serbie" d[evait] désormais être utilisée à la place de l'appellation "Serbie-et-Monténégro" », et que la Serbie « conserv[ait] tous les droits et assum[ait] toutes les obligations de la communauté étatique de Serbie-et-Monténégro qui découlent de la *Charte des Nations unies* »[58]. Par une seconde lettre en date du 16 juin 2006, le ministère des Affaires étrangères de la Serbie avait également précisé au Secrétaire général que la Serbie entendait « continuer d'exercer les droits et […] s'acquitter des obligations découlant des traités internationaux conclus par la Serbie-et-Monténégro »[59]. La Bosnie-Herzégovine a toutefois tenté de faire valoir que la continuité assurée par la Serbie à l'égard de la Serbie-et-Monténégro n'avait pas d'incidence sur les règles applicables à la responsabilité de l'État. Une telle responsabilité devait être recherchée à la fois pour la Serbie et le Monténégro, les deux États étant « conjointement et séparément, responsables du comportement illicite qui est à l'origine de la présente instance »[60].

La Cour n'a pas retenu cette interprétation, considérant que le Monténégro n'était pas le continuateur de la Serbie-et-Monténégro. Elle a en effet relevé que seule la République Fédérale de Yougoslavie (RFY), qui a pris par la suite successivement les noms « Serbie-et-Monténégro » et « Serbie », avait consenti à la juridiction de la Cour. En raison du principe fondamental exigeant que tout État exprime un tel consentement pour que la CIJ puisse se déclarer compétente, les juges ont considéré que la Serbie restait seule défenderesse en l'espèce. Toutefois, la Cour a

---

58 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 67.
59 *Ibid*. au para. 68.
60 *Ibid*. au para. 71.

indifféremment utilisé les différentes dénominations « RFY », « Serbie-et-Monténégro » ou « Serbie » pour désigner le défendeur.

Concernant les demandes présentées par la Bosnie-Herzégovine, le conflit armé l'opposant à la Serbie ayant cessé depuis plus de dix ans à la date de l'arrêt, les demandes présentées dans les mémoires écrits ne font référence qu'à la violation de la *Convention sur le génocide* par la Serbie et aux obligations qui en découlent, ainsi que, accessoirement, à la violation des mesures conservatoires indiquées par la Cour dans son ordonnance de 1993[61]. Ainsi, la Bosnie prie la Cour de dire et juger que la Serbie-et-Monténégro est responsable de la violation des obligations qui lui incombent en vertu des articles I et III de la *Convention sur le génocide* au titre d'actes relevant de l'article II, et à titre subsidiaire, qu'elle a manqué à son obligation de prévention et répression du crime de génocide telle que précisée par les articles I, IV, V et VI de la *Convention.*

La réponse apportée par la Cour dans cet arrêt se décompose en quatre phases bien distinctes : après avoir étudié les questions préliminaires relatives à sa compétence, la CIJ a cherché à établir l'existence même d'un génocide, avant d'étudier la question de l'attribution de la responsabilité dans la commission de ce génocide. Elle a enfin terminé son examen par la question de la réparation due par la Serbie-et-Monténégro pour les conséquences dommageables des violations du droit international dont elle avait été reconnue responsable.

L'étude s'organisera donc autour des trois premières questions de droit soulevées, le problème de la réparation étant, en raison de son importance plus relative, abordée dans la conclusion. Par ailleurs, étant donné la longueur de l'arrêt rendu par la CIJ ainsi que le nombre et la complexité des questions de droit posées, certains points seront ici volontairement ignorés, du fait qu'ils ne soulèvent pas de difficultés juridiques particulières.

Un problème transversal qui intéresse l'ensemble de l'arrêt et des questions juridiques soulevées mérite d'être abordé de façon préliminaire. Il s'agit de la question de la preuve des actes de génocide et de leur attribution à la Serbie-et-Monténégro. En effet, la Cour souligne que les allégations des deux parties « couvrent un large éventail d'activités, menées dans un vaste secteur et sur une longue période, et ayant touché un nombre important de communautés et d'individus »[62]. La preuve de ces différentes allégations était ainsi rendue particulièrement difficile, notamment pour le demandeur, auquel l'accès à certains documents essentiels avait été refusé par le défendeur. La Bosnie a donc tenté d'obtenir de la Cour un assouplissement des règles relatives à la charge de la preuve, à ses modes et à ses critères d'établissement. Rappelant une position déjà ancienne de la CIJ[63], les juges ont toutefois considéré que, étant donné la gravité des accusations de génocide portées contre la Serbie-et-Monténégro, celles-ci « doivent être prouvées par des éléments ayant pleine force

---

61 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro (mesures conservatoires)*, Ordonnance du 8 avril 1993, [1993], C.I.J. rec. 3.

62 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 202.

63 *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, Arrêt du 9 avril 1949, [1949] C.I.J. rec. 4.

probante »[64]. Pour ce faire, il est essentiel de souligner l'utilisation que la Cour a faite des conclusions de faits auxquelles le TPIY avait pu aboutir dans des décisions antérieures. Elle a ainsi reconnue qu'elle devait « en principe admettre comme hautement convaincantes les conclusions de fait pertinentes auxquelles est parvenu le Tribunal en première instance, à moins, évidemment, qu'elles n'aient été infirmées en appel »[65]. Les juges ont par ailleurs conféré la même valeur aux décisions rendues par la Chambre d'appel du TPIY. Ce point revêt une importance particulière en ce qu'il informe quant aux relations qu'entretiennent les deux juridictions internationales entre elles. En procédant à un examen minutieux des conditions sous lesquelles les témoignages avaient été recueillis et analysés par le TPIY, la Cour a confirmé le fait qu'elle ne se considérait pas comme liée par les interprétations et les conclusions du Tribunal pénal. Celles-ci ont été prises en compte par les juges comme des éléments de fait, et ils ont refusé d'accorder *a priori* une valeur particulière aux décisions du TPIY. Cette constatation rejoint et confirme la ligne de conduite adoptée par les juges concernant la divergence d'interprétation apparue sur la question de l'attribution des faits des individus à l'État[66].

A. La relation entre autorité de la chose jugée et possibilité de soulever des exceptions à la compétence à tout moment de la procédure

La Cour a tout d'abord dû répondre à une exception d'incompétence soulevée par la Serbie dans son « *Initiative présentée à la Cour aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence* », déposée le 4 mai 2001[67]. Bien que n'ayant pas accédé à la requête de la Serbie visant à ce que la procédure soit suspendue jusqu'à ce qu'une réponse soit apportée à cette *Initiative*, la CIJ a tout de même considéré que cette question devait être étudiée à titre préliminaire, du fait qu'elle correspondait en réalité à une exception d'incompétence.

En effet, par cette *Initiative*, la Serbie-et-Monténégro entendait contester la seule base de compétence invoquée par le demandeur et retenue par la Cour, à savoir l'article IX de la *Convention sur le génocide*, ainsi que sa qualité même de membre de l'ONU et d'État partie au *Statut de la CIJ*[68] au moment de l'introduction de l'instance. La question était donc de savoir si la RFY avait succédé à la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY) après la dissolution de celle-ci en 1992, en qualité de membre des Nations unies et de partie au *Statut de la CIJ* et à la *Convention sur le génocide*. En vertu de l'article 35) 1, la Cour n'est ouverte qu'aux seuls États parties à son *Statut*. En l'absence d'une telle succession entre les deux États, la RFY n'aurait donc pas eu qualité pour se présenter devant la CIJ et sa compétence n'aurait pu être établie.

---

64 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 209.

65 *Ibid.* au para. 223.

66 Voir la section C.1.b., ci-dessus.

67 *Initiative présentée à la Cour par la République fédérale de Yougoslavie aux fins d'un réexamen d'office de sa compétence*, 4 mai 2001, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/10509.pdf> [*Initiative*].

68 *Statut de la CIJ*, *supra* note 9.

La Serbie soutenait qu'une telle continuité n'était pas assurée et invoquait plusieurs arguments à l'appui de cette thèse. Le premier d'entre eux était à l'effet que le 27 octobre 2000, la RFY avait demandé à être admise à l'ONU en tant que nouveau Membre, démontrant ainsi qu'elle n'avait pas succédé à la RFSY entre 1992 et 2000. Mais surtout, la Serbie s'appuyait sur les arrêts rendus en 2004 par la CIJ elle-même dans les huit affaires concernant la *Licéité de l'emploi de la force*[69]. En effet, dans ces décisions, la Cour avait systématiquement refusé de se déclarer compétente au motif que la Serbie n'était pas membre des Nations unies et, par conséquent, n'était pas partie à son *Statut* au moment de l'introduction de l'instance en 1999.

Néanmoins, certains éléments compliquaient considérablement l'analyse que la Cour devait entreprendre sur cet argument. Tout d'abord, la CIJ avait déjà eu à se prononcer sur sa compétence dans un arrêt du 11 juillet 1996 et portant sur plusieurs exceptions préliminaires soulevées par la RFY. Elle avait alors rejeté ces exceptions et s'était reconnue compétente sur la base de l'article IX de la *Convention sur le génocide*[70]. Toutefois, la question de la qualité d'État partie au *Statut* de la Cour n'avait pas été posée à ce moment, et les juges ne s'étaient donc pas prononcés expressément sur ce point.

Par ailleurs, la Serbie-et-Monténégro avait déposé, le 24 avril 2001, une requête en révision de la précédente décision sur les exceptions préliminaires. Elle considérait en effet que « l'admission de la RFY à l'Organisation des Nations Unies le 1er novembre 2000 en tant que nouvel État Membre constitu[ait] un fait nouveau »[71] de nature à justifier la révision de l'arrêt de 1996, en vertu de l'article 61 du *Statut de la CIJ*. Ce fait nouveau consistait en la découverte que la RFY n'était pas membre des Nations unies ni partie au *Statut* entre 1992 et 2000. Un tel fait, selon l'argumentation de la Serbie, aurait été inconnu en 1996, puisque révélé par l'admission de la Serbie-et-Monténégro comme membre des Nations unies le 1er décembre 2001. La Cour avait, dans une décision du 3 février 2003[72], rejeté cet argument en considérant qu'il ne s'agissait pas là de faits nouveaux au sens de l'article 61, sans toutefois se prononcer sur la qualité d'État membre des Nations unies de la RFY en 1996[73].

Ainsi, la Serbie considérait que l'exception d'incompétence tirée de son absence de qualité pour se présenter devant la CIJ n'avait été tranchée par la Cour ni dans son arrêt de 1996, ni dans celui de 2003. Elle soutenait dès lors que, malgré l'existence du principe d'autorité de la chose jugée, lequel s'appliquait sans conteste à

---

69 Voir par exemple *Licéité de l'emploi de la force (exceptions préliminaires) (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, [2004] C.I.J. rec. 328 au para. 129.

70 *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires) (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)* [1996] C.I.J. rec. 595 [*Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*, Exceptions préliminaires].

71 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 108.

72 *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires) (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie) *(Yougoslavie c. Bosnie-Herzégovine)*, Arrêt du 3 février 2003, [2003] C.I.J. rec. 7.

73 *Ibid*. aux para. 69 et s.

l'arrêt de 1996, la Cour avait l'obligation de procéder d'office au réexamen de sa compétence et ce, à tout moment de la procédure. La Serbie considérait en effet qu'une distinction devait être opérée entre la portée de ce principe à l'égard des arrêts sur le fond, et à l'égard des arrêts concernant la recevabilité d'une requête, ou la compétence de la Cour. Prenant appui sur l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*[74], dans lequel les juges avaient reconnu le droit et l'obligation pour la Cour de procéder à l'examen de sa compétence à tout moment de la procédure, la Serbie considérait que le principe de l'autorité de la chose jugée devait s'appliquer de façon limitée aux arrêts portant sur la compétence et la recevabilité, et ne devait pas empêcher l'examen d'exceptions d'incompétence n'ayant pas été précédemment envisagées dans un arrêt ayant acquis l'autorité de la chose jugée. Dans cette logique, la CIJ ne s'étant pas explicitement prononcée sur la qualité de membre des Nations unies de la RFY dans son arrêt de 1996, elle devait considérer ce moyen de droit comme une exception nouvelle, non encore tranchée par un arrêt définitif[75].

De son côté, la Bosnie-Herzégovine faisait valoir dans un premier temps que les arguments invoqués par la Serbie n'étaient pas recevables en raison du stade tardif de la procédure au cours duquel ils étaient soulevés. Selon elle, la conduite du défendeur tout au long de la procédure avait créé une situation de *forum prorogatum* ou d'*estoppel*, qui lui interdisait de prétendre de bonne foi qu'il n'avait pas qualité pour se présenter devant la CIJ. Par ailleurs, la Bosnie-Herzégovine invoquait le principe de l'autorité de la chose jugée de l'arrêt rendu par la CIJ sur sa compétence en 1996[76] pour affirmer que les juges s'étaient déjà prononcés sur la question de l'application de l'article 35 du *Statut de la CIJ* et sur la qualité d'État partie de la Serbie-et-Monténégro. En conséquence, elle considérait que la Cour n'avait pas à examiner plus avant les exceptions soulevées par la Serbie dans son *Initiative*[77].

Après avoir dressé un rapide historique des relations entre la Serbie et l'ONU entre 1992 et 2000, la Cour commence par rejeter les premiers arguments soulevés par la Bosnie-Herzégovine. Rappelant sa décision dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*, elle considère

> [qu'] il y a lieu d'établir une distinction entre une question de compétence liée au consentement d'une partie et celle du droit d'une partie à ester devant la Cour conformément aux prescriptions du Statut, qui n'implique pas un tel consentement. La question qui se pose est celle de savoir si, en droit, au moment où elle a introduit les présentes instances, la Serbie-et-Monténégro était habilitée à saisir la Cour en tant que partie au *Statut.*[78]

---

74 *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI (Inde c. Pakistan)*, [1972] C.I.J. rec. 46.

75 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 aux para. 124 et s.

76 *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*, Exceptions préliminaires, *supra* note 70.

77 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 100.

78 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro (mesures conservatoires)*, Ordonnance du 8 avril 1993, *supra* note 61 au para. 36.

Elle étend par ailleurs ce raisonnement pour rejeter l'argument fondé sur l'application des principes d'*estoppel* et de la bonne foi soulevé par la Bosnie-Herzégovine, considérant que la qualité de partie au *Statut* de la Cour est une question préalable et distincte de celle du consentement à sa compétence, devant faire l'objet d'un examen spécifique[79].

En revanche, les juges ont accueilli favorablement la seconde thèse de la Bosnie, fondée sur l'autorité de la chose jugée. La Cour commence en effet par apporter plusieurs précisions sur la portée de ce principe au regard des arrêts rendus sur la compétence et la recevabilité. Rappelant que l'article 36) 6 de son *Statut* confère aux décisions concernant la compétence la qualité d'arrêt, elle considère que l'article 60 du même *Statut* donne aux arrêts de la Cour un caractère définitif et insusceptible de recours « sans opérer de distinction entre les arrêts relatifs à la compétence ou à la recevabilité et les arrêts portant sur le fond »[80].

Dans un second temps, la Cour précise la portée du principe, compte tenu de cette interprétation, à l'égard de l'arrêt rendu en 1996 sur les exceptions préliminaires. Rappelant une jurisprudence déjà ancienne[81], elle rejoint les conclusions de la Serbie et réaffirme que les points non encore tranchés avec force de chose jugée peuvent effectivement faire l'objet d'un examen ultérieur, à tout moment de la procédure. Mais elle considère également qu'un arrêt peut trancher des questions de droit « le cas échéant implicitement, avec force de chose jugée »[82]. La conclusion générale de l'arrêt, lue « dans son contexte »[83] devra alors permettre de déterminer quels points ont été ou non tranchés. La Cour précise davantage cette distinction, en considérant que des questions de compétence pourront être examinées à un stade tardif de la procédure à condition que « la décision rendue à leur sujet [ne soit] pas susceptible de contredire la conclusion par laquelle la Cour s'[est] déclarée compétente dans l'arrêt[84] antérieur », ou que cette décision antérieure ait expressément indiqué qu'elle ne constituait pas une interprétation définitive de la situation. Or, les juges relèvent que la décision rendue en 1996 portait essentiellement sur la qualité d'État partie de la RFY à la *Convention sur le génocide*, et aboutissait à la reconnaissance de la compétence de la Cour sur la base de l'article IX de ladite *Convention.* Ils en concluent donc que « la Cour n'aurait pu trancher l'affaire au fond si le défendeur n'avait pas la capacité, en vertu du *Statut*, d'être partie à une procédure devant la Cour »[85], et que le fait « que la RFY avait la capacité de se présenter devant la Cour en vertu du *Statut* constitue un élément du raisonnement suivi dans l'arrêt de 1996, qui peut et même doit en toute logique être sous-entendu dans celui-ci »[86]. En reconnaissant sa compétence en vertu de l'article IX de la *Convention sur le génocide*,

---

79 *Ibid*. au para. 102.
80 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 117.
81 *Ibid*. au para. 127.
82 *Ibid*. au para. 126.
83 *Ibid.*
84 *Ibid*. au para. 128.
85 *Ibid*. au para. 132.
86 *Ibid*. au para. 135.

la Cour a donc, implicitement et avec force de chose jugée, considéré que la RFY était partie à son *Statut*.

Enfin, la Serbie-et-Monténégro a tenté de démontrer que même si l'on considérait que l'arrêt de 1996 se prononçait avec force de chose jugée sur la question de la qualité à se présenter devant la CIJ, ce point touchant à la capacité des États était si fondamental qu'il « l'emport[ait] sur le principe de l'autorité de la chose jugée »[87] et devait, dans tous les cas, pouvoir faire l'objet d'un réexamen jusqu'à la fin de la procédure. Mais de la même façon qu'elle a refusé d'établir une distinction entre les arrêts relatifs à la compétence et ceux relatifs au fond, la Cour a rejeté l'argument de la Serbie en considérant qu'il n'y avait pas lieu de retenir une interprétation différente du principe d'autorité de la chose jugée pour les questions touchant à la capacité des États de se présenter devant la CIJ.

Cette interprétation donnée par la Cour du principe de *res judicata* a fait l'objet de nombreuses précisions et critiques de la part des juges dans leurs déclarations ou opinions dissidentes, et il n'est pas possible de toutes les présenter dans cette chronique. L'une d'elles mérite toutefois d'être détaillée, tant elle semble résumer l'ambiguïté de la solution retenue par la CIJ. Dans sa déclaration, le juge Skotnikov a en effet considéré que

> what the Court's reasoning in the present case means is that, by application of the principle of res judicata in incidental proceedings, the Court can create parallel realities: namely, in this case, unlike in the Legality of Use of Force cases, the existence of access to the Court by the Respondent by virtue of its finding on jurisdiction in the 1996 Judgment on Preliminary Objections.[88]

Que l'on considère fondée ou non l'interprétation donnée par la Cour, il est difficilement contestable que cette décision est en contradiction avec l'arrêt rendu en 2004 dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force*[89], et porte atteinte à « la nécessité universellement reconnue de la stabilité des relations juridiques » affirmée par la Cour[90].

B. L'interprétation de la portée des obligations contenues dans la *Convention sur le génocide* et l'existence d'un génocide

Après avoir affirmé sa compétence pour connaître de cette affaire, la Cour a été amenée à préciser la portée exacte des obligations contenues dans la *Convention*

---

87 *Ibid.* au para. 137.

88 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007 (*supra* note 55), « Déclaration du juge Skotnikov », en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13705.pdf>.

89 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro (mesures conservatoires)*, Ordonnance du 8 avril 1993, *supra* note 61.

90 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 139.

sur le génocide à l'égard des États parties, ainsi qu'à déterminer si des actes de génocide avaient effectivement été commis en l'espèce.

1. LA CLARIFICATION DES OBLIGATIONS IMPOSÉES AUX ÉTATS PAR LA *CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE*

Un différend a opposé la Bosnie-Herzégovine et la Serbie-et-Monténégro sur le fait de savoir si la *Convention sur le génocide* imposait aux États une obligation de ne pas commettre eux-mêmes de génocide, obligation dont la violation pourrait entraîner leur responsabilité internationale.

Tandis que la Bosnie invoquait l'existence d'une obligation de l'État lui-même de ne pas commettre de génocide en se basant sur l'article IX de la *Convention*, la Serbie la contestait au motif principal que « [l]es obligations imposées par la convention concernent […] "la prévention et la répression du crime de génocide" lorsque ce crime est commis par des individus »[91]. La difficulté, ainsi que le relève la Cour, vient en effet de ce que la *Convention* n'impose pas expressément aux États l'obligation de ne pas commettre de génocide. Toutefois, prenant appui sur les règles d'interprétation posées par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*[92], les juges considèrent que

> eu égard à l'objet de la *Convention* tel que généralement accepté, l'article premier a pour effet d'interdire aux États parties de commettre eux-mêmes un génocide. Une telle prohibition résulte, d'abord, de la qualification de "crime du droit des gens" donnée par cet article au génocide : en acceptant cette qualification, les États parties s'engagent logiquement à ne pas commettre l'acte ainsi qualifié. Elle résulte, ensuite, de l'obligation, expressément stipulée, de prévenir la commission d'actes de génocide. Cette obligation impose notamment aux États parties de mettre en œuvre les moyens dont ils disposent […] afin d'empêcher des personnes ou groupes de personnes qui ne relèvent pas directement de leur autorité de commettre un acte de génocide ou l'un quelconque des autres actes mentionnés à l'article III. Il serait paradoxal que les États soient ainsi tenus d'empêcher, dans la mesure de leurs moyens, des personnes sur lesquelles ils peuvent exercer une certaine influence de commettre le génocide, mais qu'il ne leur soit pas interdit de commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est attribuable selon le droit international. En somme, l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre.[93]

La Cour voit par ailleurs une confirmation de son raisonnement dans l'article IX de la *Convention*, qui prévoit la compétence de la CIJ pour tout différend relatif à

---

91 *Ibid*. au para. 156.

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

93 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 166.

l'interprétation ou l'exécution de ses dispositions, « y compris [les différends] relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III »[94].

Mais la Serbie invoquait également trois autres arguments subsidiaires à l'appui de sa thèse. Elle considérait tout d'abord que la *Convention sur le génocide* ne pouvait imposer aux parties contractantes une obligation de ne pas commettre de génocide, du fait qu'une telle obligation entraînait nécessairement une responsabilité pénale de l'État, inconnue en droit international. La Cour a rapidement rejeté cet argument en considérant que

> les obligations en cause en l'espèce telles qu'elles résultent des termes de la *Convention* et les responsabilités qui découleraient pour les États de la violation de telles obligations sont des obligations et des responsabilités relevant du droit international, et ne sont pas d'ordre pénal.[95]

La Serbie soutenait dans un second temps que la *Convention* ne prévoyait qu'une responsabilité pénale des individus. Elle en voulait pour preuve la formulation des articles III, IV et V de la *Convention*, laquelle insiste sur les sanctions que doivent adopter les États parties contre les personnes responsables de génocide, ainsi que le contenu des articles VI et VII, insistant sur les procédures judiciaires devant être engagées à l'égard des génocidaires. Cependant, tout en relevant que la *Convention sur le génocide* prévoit effectivement un certain nombre d'obligations concernant davantage les individus que les États, la Cour considère que rien,

> dans le libellé ou dans la structure des dispositions de la *Convention* relatives à la responsabilité pénale individuelle, [ne semble] modifier la signification de l'article premier, lu conjointement avec les litt. a) à e) de l'article III, dans la mesure où ces dispositions imposent aux États des obligations différentes de celles qu'il est demandé à ceux-ci d'imposer aux individus.[96]

Poursuivant le même raisonnement, elle rejette l'argument du défendeur visant à établir l'impossibilité, pour la CIJ, de se prononcer sur la violation de la *Convention* par un État avant qu'une juridiction exerçant une compétence pénale n'ait reconnu l'existence effective d'actes de génocide. La Serbie cherchait par là à établir une sorte de priorité des juridictions pénales sur la compétence de la Cour, laquelle aurait dû attendre que la responsabilité pénale d'un auteur individuel soit établie avant de pouvoir se prononcer sur la responsabilité internationale d'un État. Les juges ont, pour les mêmes raisons que précédemment, rejeté cette interprétation, en soulignant « qu'un État peut voir sa responsabilité engagée en vertu de la *Convention* pour

---

94 *Ibid.* au para. 169.
95 *Ibid.* au para. 170.
96 *Ibid.* au para. 174.

génocide et complicité de génocide, sans qu'un individu ait été reconnu coupable de ce crime ou d'un crime connexe »[97].

Enfin, la Serbie a tenté de fonder son argumentation sur les travaux préparatoires de la *Convention*, lesquelles faisaient, selon elle, ressortir le fait qu'il ne devait pas être question de la « responsabilité directe des États à raison d'actes de génocide »[98]. Après avoir examiné le contenu de ces travaux préparatoires, les juges concluent toutefois dans un sens opposé, en considérant que la *Convention*, et notamment son article IX, « porte sur la compétence [de la Cour] en matière de responsabilité de l'État *dans l'absolu* »[99]. Ils affirment donc que « la genèse du texte semble corroborer la conclusion à laquelle la Cour est parvenue au paragraphe 167 ci-dessus »[100], à savoir que la *Convention* impose directement aux États parties une obligation de ne pas commettre de génocide.

2. LA CLARIFICATION DE LA NOTION DE GÉNOCIDE TELLE QU'APPLICABLE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

a) La réaffirmation du caractère fondamental du dolus specialis *dans la reconnaissance d'un génocide*

La Cour réaffirme dans cet arrêt une condition maintes fois soulignée par les juridictions pénales internationales et par le texte même de la *Convention sur le génocide*, à savoir l'exigence d'une « intention spécifique », d'un *dolus specialis* pour que des actes de génocide puissent être constatés. Ce *dolus specialis*, défini à l'article II de la *Convention*, implique « l'intention de détruire, en tout ou partie, le groupe comme tel »[101]. Il vient donc en supplément de l'élément intentionnel déjà exigé pour que soient constatés les actes susceptibles de constituer un génocide, tels des meurtres ou des atteintes graves à l'intégrité physique de membres du groupe.

Dans le cas d'espèce, une difficulté supplémentaire est apparue du fait de l'emploi fréquent, dans les éléments de preuve établis par la Bosnie-Herzégovine, de l'expression « nettoyage ethnique ». Reprenant la définition donnée par le rapport intérimaire de la commission d'experts des Nations unies, la Cour a considéré que cette formulation avait le sens de « rendre une zone "ethniquement homogène" en utilisant la force ou l'intimidation pour faire disparaître de la zone en question des personnes appartenant à des groupes déterminés »[102]. Et de considérer que

> [d]e telles mesures ne sauraient constituer une forme de génocide au sens de la *Convention* que si elles correspondent à l'une des catégories d'actes prohibés par l'article II de la *Convention* ou relèvent de l'une de ces catégories. Ni l'intention, sous forme d'une politique visant à rendre une zone "ethniquement homogène", ni les opérations qui pourraient être

---

97 *Ibid.* au para. 182.
98 *Ibid.* au para. 176.
99 *Ibid.* au para. 179.
100 *Ibid.*
101 *Ibid.* au para. 187.
102 *Ibid.* au para. 190.

> menées pour mettre en œuvre pareille politique ne peuvent, *en tant que telles*, être désignées par le terme de génocide : l'intention qui caractérise le génocide vise à "détruire, en tout ou en partie", un groupe particulier; la déportation ou le déplacement de membres appartenant à un groupe, même par la force, n'équivaut pas nécessairement à la destruction dudit groupe, et une telle destruction ne résulte pas non plus automatiquement du déplacement forcé.[103]

Pour apprécier l'existence d'un génocide commis à l'encontre des musulmans de Bosnie, la Cour a procédé à une analyse des éléments de preuve présentés par les parties, mais également à une étude des décisions déjà rendues par les juridictions pénales sur ces différentes situations. Cette étude l'a amenée à distinguer deux séries de faits différents : d'un côté, les massacres commis à Srebrenica; de l'autre, les actes commis dans plusieurs localités bosniaques ainsi que dans des camps de prisonniers créés par les forces serbes de Bosnie.

Dans le cas des atrocités commises à Srebrenica, la Cour est arrivée à la conclusion que tant les actes précisés à l'article II de la *Convention* que l'intention spécifique de détruire le groupe étaient établis. En revanche, elle a refusé d'admettre l'existence d'un *dolus specialis* pour les actes commis sur le reste du territoire bosniaque; en effet, la Cour a reconnu sans difficulté l'existence d'actes relevant de l'article II de la *Convention* commis sur le reste du territoire de la Bosnie. Cependant, par une conclusion laconique, elle a systématiquement affirmé

> [qu'au] vu des éléments de preuve qui lui ont été présentés, [elle] n'est cependant pas convaincue qu'il ait été établi de façon concluante que [ces actes] ont été commis avec l'intention spécifique (*dolus specialis*), de la part de leurs auteurs, de détruire, en tout ou en partie, le groupe comme tel.[104]

Par ailleurs, la Bosnie-Herzégovine a tenté de démontrer l'existence de ce *dolus specialis*, non seulement pour chaque acte pris séparément, mais également au regard de l'ensemble des atrocités commises, prises comme un tout. Elle a ainsi soutenu que l'intention spécifique de la Serbie pouvait être déduite de l'existence d'un plan global, transparaissant de l'ensemble des actes génocidaires perpétrés sur le territoire bosniaque. La Cour n'a cependant pas accepté cette interprétation très large du *dolus specialis*, considérant que « l'intention spécifique de détruire le groupe en tout ou en partie, doit être établie en référence à des circonstances précises, à moins que l'existence d'un plan général tendant à cette fin puisse être démontrée de manière convaincante »[105], ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

---

[103] *Ibid*. au para. 189.
[104] *Ibid*.; voir par ex. au para. 277.
[105] *Ibid*. au para. 373.

Les juges ayant toutefois reconnu l'existence d'une intention spécifique dans le cas des massacres de Srebrenica, il leur fallait envisager une seconde question : celle de la définition du groupe ayant fait l'objet des actes génocidaires.

b) La définition du « groupe protégé » au sens de l'article II de la Convention sur le génocide

Les conclusions finales de la Bosnie-Herzégovine ont fait apparaître des difficultés quant à la définition de la notion de « groupe » à l'encontre duquel un génocide peut-être commis, telle que visée par la *Convention sur le génocide* à son article II.

En effet, la Bosnie-Herzégovine a cherché à définir de façon négative ce groupe protégé, en faisant référence au « groupe national, ethnique ou religieux non serbe […], en particulier la population musulmane »[106]. La Serbie s'est opposée à une telle définition, considérant que le groupe visé était insuffisamment précisé et pouvait inclure toute population autre que serbe présente sur le territoire bosniaque au moment des faits.

Reprenant l'interprétation déjà donnée de la notion de « groupe » par le Tribunal de Nuremberg ou le TPIY, la Cour accueille favorablement l'argument de la Serbie en rappelant que le crime de génocide doit être inspiré « par l'intention de détruire un ensemble de personnes possédant une identité collective particulière. Ce qui importe, c'est ce que ces personnes sont, et non ce qu'elles ne sont pas »[107]. Les juges se prononcent donc clairement en faveur de la nécessité d'une définition positive du groupe, au regard de ses caractéristiques ethniques, raciales ou religieuses particulières, et non en fonction de l'absence de telles caractéristiques.

Or, la Cour relève qu'en l'espèce, la Bosnie-Herzégovine, tout en adoptant une définition négative du groupe, « cite essentiellement et presque exclusivement les musulmans de Bosnie en tant que groupe visé »[108]. Elle considère qu'elle peut donc procéder à l'examen de l'existence d'un génocide à l'égard des musulmans de Bosnie en tant que groupe ethnique et religieux particulier.

Par ailleurs, une seconde difficulté est apparue quant à la définition « territoriale » du groupe. Le problème posé aux juges était de savoir si, et dans quelle mesure, des considérations géographiques pouvaient influencer la définition du groupe protégé. Autrement dit, pouvait-on considérer que des actes limités à une zone géographique relativement restreinte (en l'espèce, la ville de Srebrenica et ses alentours) pouvaient satisfaire au critère de l'intention de détruire le groupe en tout ou partie posé par l'article II de la *Convention*? Bien que la réponse à cette question dépende des faits de chaque espèce et de leur appréciation par le juge, la Cour affirme toutefois « qu'il peut être conclu au génocide lorsque l'intention est de détruire le

---

106 *Ibid*. au para. 191.
107 *Ibid*. au para. 193.
108 *Ibid*. au para. 192.

groupe au sein d'une zone géographique précise »[109]. Elle relève ainsi que, pour établir la réalité de cette intention spécifique, le critère essentiel consiste en ce que « la partie visée doit être suffisamment importante pour que sa disparition ait des effets sur le groupe tout entier »[110].

En l'espèce, la Cour a ainsi reconnu que les atrocités commises à Srebrenica correspondaient à une intention spécifique de détruire en tout ou en partie le groupe des musulmans de Bosnie. Reprenant les conclusions dressées dans l'arrêt rendu par le TPIY dans l'affaire *Krstic*[111], elle a en effet considéré que la communauté musulmane de Srebrenica avait une importance particulière au regard de l'ensemble des musulmans de Bosnie[112].

C. L'établissement de la responsabilité de la Serbie du fait du génocide commis à Srebrenica

Une fois établie l'existence d'un génocide à Srebrenica et dans ses environs, la Cour a dû étudier l'existence d'une éventuelle responsabilité de la Serbie à raison des actes de génocide commis à Srebrenica. L'article III de la *Convention sur le génocide* prévoit en effet que la responsabilité de l'État pourra être établie du fait d'un génocide (litt. a)), d'une entente en vue de commettre un génocide (litt. b)), d'une incitation publique ou directe à commettre un génocide (litt. c)), d'une tentative de génocide (litt. d)) et enfin de la complicité dans le génocide (litt. e)). Par ailleurs, l'article I de la *Convention* prévoit une obligation de prévenir et de punir les actes de génocide.

Les juges ont donc successivement examiné la possibilité d'établir la responsabilité de la Serbie du fait de la commission d'un génocide à proprement parler, à raison des actes énumérés à l'article III) b) à e), et enfin en raison d'un manquement à l'obligation de prévention et de répression du crime de génocide. La Cour précise à cette occasion que si la violation de ces différentes obligations juridiques suppose nécessairement l'existence d'actes de génocide, l'appréciation de cette violation se fera en fonction de critères spécifiques à chaque obligation, indépendamment de la réponse apportée aux questions précédentes.

---

109 *Ibid*. au para. 199.
110 *Ibid*. au para. 198.
111 *Le Procureur c. Radislav Krstic (Srebenica-Corps de Drina)*, IT-98-33-T (2 août 2001) aux para. 551 à 599 (TPIY, Chambre de première instance), jugé en appel IT-98-33-A (19 avril 2004) aux para. 6 à 22 (TPIY, Chambre d'appel).
112 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 296.

1. LE REFUS DE L'ATTRIBUTION DES ACTES DE GÉNOCIDE À LA SERBIE ET LA RÉAFFIRMATION DU CRITÈRE DE CONTRÔLE EFFECTIF DÉFINI DANS L'ARRÊT *NICARAGUA*

a) Le rejet de l'assimilation des forces serbes de Bosnie à un organe, de facto *ou* de jure *de la Serbie-et-Monténégro*

La Cour a tout d'abord examiné la possibilité d'attribuer directement les actes de génocide à la Serbie. En l'espèce, la difficulté principale tenait en effet à ce que les massacres de Srebrenica, seuls actes qualifiés de génocide par la Cour, avaient été commis non par l'armée régulière serbe, mais par des milices et forces paramilitaires serbes de Bosnie, en particulier la VRS (l'armée de la Republika Srpska – la République serbe de Bosnie), et un certain nombre de milices (dénommées Scorpions, Tigres, etc.) auteurs d'atrocités dans la région de Srebrenica. L'enjeu pour la Bosnie-Herzégovine était donc de parvenir à démontrer que, au-delà de ce rattachement apparent de la VRS et des Scorpions à la Republika Srpska, les crimes commis par ces forces paramilitaires étaient en réalité attribuables à la Serbie-et-Monténégro.

Deux arguments ont été avancés par la Bosnie en ce sens. Elle a tout d'abord cherché à convaincre la CIJ que les actes de ces forces étaient attribuables à la Serbie, en ce que les milices avaient agi en tant qu'organe, *de jure* ou *de facto*, de la RFY. Elle invoquait à l'appui de cette thèse le fait que la VRS et les autres forces armées serbes de Bosnie dépendaient de l'administration militaire de la RFY et étaient reconnues comme organes *de jure* par celle-ci. Surtout, la Bosnie considérait qu'en dépit de leur statut apparent, les forces serbes de Bosnie devaient être considérées comme des organes *de jure* de la RFY du fait du soutien apporté par la Serbie à ces milices et de la situation de dépendance dans laquelle elles se trouvaient à l'égard de Belgrade.

La Cour a rejeté cette argumentation en considérant, en premier lieu, que « [l]'expression "organe de l'État", au sens du droit international coutumier et de l'article 4 des articles de la CDI [Commission du droit international], s'applique à toutes les personnes ou entités qui entrent dans l'organisation de l'État et qui agissent en son nom » et, qu'en l'espèce,

> c'est […] au nom des autorités serbes de Bosnie et en particulier de la Republika Srpska, et non de la RFY, que les officiers de la VRS, y compris le général Mladic, étaient, dans l'exercice de leurs fonctions, appelés à agir. Ils exerçaient certaines prérogatives de puissance publique de la Republika Srpska.[113]

[113] *Ibid*. au para. 388.

Par ailleurs, rappelant la solution retenue à ce sujet dans l'arrêt relatif aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*[114], elle a refusé d'assimiler les forces serbes de Bosnie à des organes *de jure* de la RFY. En effet, la CIJ avait alors considéré

> [qu']une personne, un groupe de personnes ou une entité quelconque peut être assimilé aux fins de la mise en œuvre de la responsabilité internationale à un organe de l'État […] lorsque cette personne, ce groupe ou cette entité agit en fait sous la "totale dépendance" de l'État, dont il n'est, en somme, qu'un simple instrument.[115]

Or, en l'espèce, les juges relèvent qu'une telle situation de dépendance n'existait pas au moment des faits, en raison notamment « d'une relative, mais réelle, marge d'autonomie de la part »[116] des forces serbes de Bosnie vis-à-vis des autorités de Belgrade. Réaffirmant l'interprétation extrêmement stricte du critère de la dépendance totale élaboré dans l'arrêt *Nicaragua*, ils considèrent que l'appui fourni par la Serbie-et-Monténégro à l'armée de la Republika Srpska, aussi décisif qu'il ait pu être, « n'impliquait pas une totale dépendance de la Republika Srpska à l'égard du défendeur »[117] et ne permettait pas, par conséquent, de la considérer comme un organe *de facto*.

b) Le rejet de l'attribution des actes des forces serbes de Bosnie à la Serbie-et-Monténégro du fait des instructions données ou du contrôle exercé par cette dernière

Si le critère de la dépendance totale, tel que formulé dans l'arrêt *Nicaragua* afin de permettre l'assimilation d'individus à des organes de l'État, n'a depuis, jamais été réellement contesté, il n'en va pas de même du critère dit du « contrôle effectif » posé par le même arrêt dans le but d'apprécier l'attribution à un État d'actes de particuliers n'ayant pas la qualité d'organe.

Cette condition, interprétée de façon particulièrement restrictive par la Cour en 1986, impose en effet que des violations du droit international humanitaire doivent avoir été commises selon les instructions ou sous le « contrôle effectif » de l'État défendeur. Comme le précise la CIJ, il ne s'agit plus dans ce cas de démontrer que les forces serbes de Bosnie constituaient un organe de la RFY, mais de considérer que les actes commis par ces forces engagent la responsabilité de la Serbie à raison des instructions ou du contrôle exercé par les organes de l'État serbe sur ces milices et forces paramilitaires. Dans cette optique, la CIJ avait mis en évidence dans l'arrêt

---

114 *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (*fond) (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Arrêt du 27 juin 1986, [1986] C.I.J. rec.14 [*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*].

115 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 392.

116 *Ibid.* au para. 394.

117 *Ibid.*

Nicaragua la nécessité de démontrer l'existence de directives ou d'un contrôle pour chaque acte constitutif d'une violation du droit international.

En l'espèce, étant donné le nombre important d'atrocités commises par les forces serbes de Bosnie, le demandeur était dans l'incapacité de prouver l'existence de ces instructions ou de ce contrôle effectif pour chaque acte constitutif d'une violation de la *Convention sur le génocide.* Il a donc tenté de convaincre la Cour d'amender la solution retenue en 1986 en assouplissant son interprétation et ce, en s'appuyant sur deux arguments distincts.

En premier lieu, la Bosnie a soutenu que le critère retenu dans l'arrêt *Nicaragua* devait nécessairement être assoupli, eut égard à la nature particulière du crime de génocide, « lequel peut être constitué par un grand nombre d'actes isolés plus ou moins séparés dans le temps et dans l'espace »[118]. De ce fait, le contrôle effectif exercé par la RFY devait, selon la Bosnie, être apprécié de façon globale, au regard de l'ensemble des opérations conduites par les auteurs du génocide, et non pas pour chaque acte isolé constitutif de ce crime. Une telle interprétation n'a cependant pas été suivie par les juges. À l'exception du juge Al-Khasawneh[119], qui s'est expressément prononcé en faveur de la solution proposée par la Bosnie dans son opinion dissidente, la Cour a considéré qu'en l'absence d'une *lex specialis* déterminant des règles d'attribution spécifiques, « aucune particularité du génocide ne justifi[ait] qu'elle s'écarte du critère dégagé dans l'arrêt rendu en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* »[120], ce dernier reflétant le droit international coutumier applicable en la matière.

Si cette interprétation peut paraître ignorer le caractère particulier du crime de génocide et de ses éléments constitutifs, elle se justifie néanmoins au regard de la nature des règles relatives à la responsabilité internationale de l'État. Comme le rappelle la Cour, celles-ci sont en effet des règles secondaires du droit international, distinctes et indépendantes des règles primaires dont la violation est invoquée. De telle sorte que, sauf à démontrer l'existence d'une *lex specialis* pertinente, ces règles doivent s'appliquer quelle que soit la nature de l'obligation violée.

Toutefois, l'interprétation proposée par la Bosnie avait déjà trouvé un certain écho dans le jugement du TPIY dans l'affaire *Tadic*[121], lequel avait accepté de considérer que l'attribution d'actes de particuliers à la Serbie pouvait être retenue lorsque celle-ci avait exercé un « contrôle global » sur les actes commis sans qu'il soit prouvé que des instructions aient été données, ou qu'un « contrôle effectif » ait été exercé sur chaque opération menée par les forces serbes de Bosnie. Ces deux interprétations contradictoires, celle du « contrôle global » et du « contrôle effectif », ne laissaient pas de s'interroger sur le critère applicable en vertu du droit international coutumier.

---

118 *Ibid.* au para. 401.

119 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007 (*supra* note 55), Opinion dissidente du vice-président Al-Khasawneh, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13689.pdf>.

120 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 401.

121 *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-a-A., Jugement (15 juillet 1999) (TPIY, Chambre d'appel).

Cet arrêt est donc l'occasion pour la Cour de clarifier la situation et de résoudre une apparente incohérence entre les solutions retenues par les deux juridictions, en même temps que de préciser les relations entretenues entre les juridictions pénales internationales et la CIJ en matière de responsabilité internationale des États. Les juges considèrent en effet que le TPIY et la Cour ont des domaines de compétence bien distincts. Si le Tribunal pénal international de La Haye a eu à connaître de l'attribution à l'État d'actes de particuliers, ce n'était, selon la Cour, que dans le but d'établir l'existence d'un conflit armé international et de considérer qu'« il se peut parfaitement qu'il soit pertinent et adéquat »[122] de retenir le critère du « contrôle global » dans ce contexte. En revanche, la CIJ affirme que sa compétence concerne l'appréciation de la responsabilité internationale de l'État. Étant donné les caractéristiques essentielles de ce régime juridique, qui veut que l'État soit en principe responsable des seuls actes commis par ses organes, les juges considèrent que « le critère du "contrôle global" présente le défaut majeur d'étendre le champ de la responsabilité des États »[123] de façon trop importante. Ils justifient par conséquent cette divergence d'interprétation entre les deux juridictions par la nature et les principes fondamentaux des ordres juridiques distincts qu'ils ont à appliquer et à interpréter. Les relations entre les deux cours se trouvent dès lors clarifiées : reprenant le raisonnement préalablement exposé quant à la relation entre responsabilité de l'État et des individus[124], la CIJ réaffirme qu'elle reste seule compétente pour apprécier la responsabilité internationale de l'État, tandis que le TPIY (et par extension les juridictions pénales internationales) voit sa compétence limitée à l'application du droit pénal international.

Ayant réaffirmé avec force la validité du critère du « contrôle effectif » en matière d'attribution à l'État des actes de particuliers, la Cour constate qu'en l'espèce, les éléments de preuve fournis par le demandeur ne démontrent pas l'existence, pour chaque acte constitutif d'un génocide, d'instructions émises ou de contrôle exercé par la RFY sur les forces serbes de Bosnie. Constatant par ailleurs « qu'aucun des cas d'attribution à un État d'un comportement déterminé, autres que ceux visés aux articles 4 et 8 de la CDI sur la responsabilité de l'État, ne correspond aux circonstances de l'espèce pour ce qui est d'une éventuelle attribution au défendeur du génocide de Srebrenica »[125], elle rejette la responsabilité de la Serbie-et-Monténégro au titre de l'article III) a) de la *Convention sur le génocide*.

2. LA DÉFINITION DE LA NOTION DE COMPLICITÉ EN DROIT INTERNATIONAL ET SON ASSIMILATION À LA NOTION D'AIDE ET D'ASSISTANCE

Après avoir rapidement considéré qu'aucun élément de preuve ne permettait de penser que la Serbie avait pu violer l'article III) b), c) ou d) de la *Convention sur le*

---

122 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 404.
123 *Ibid.* au para. 406.
124 Voir ci-dessus à la section B.1.
125 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 414.

génocide[126], la Cour examine de façon plus détaillée la responsabilité du défendeur au regard du litt. e) relatif à la complicité dans le génocide.

La difficulté essentielle à laquelle les juges devaient faire face venait du fait que « la "complicité" est, comme telle, une notion absente de l'actuelle terminologie du droit de la responsabilité internationale »[127]. Cette notion semble en effet se rattacher davantage aux concepts du droit pénal qu'à ceux du droit international. La Cour a toutefois rapidement contourné cet obstacle, en considérant que la notion de complicité « englob[ait] sans nul doute la fourniture de moyens destinés à permettre ou à faciliter la commission du crime », et qu'elle se rapprochait en ce sens « d'une catégorie qui est présente dans les règles coutumières qui composent le droit de la responsabilité des États, celle de l'"aide ou assistance" fournie par un État à la commission d'un fait illicite par un autre État » telle que codifiée par l'article 16 du *Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait illicite*[128], rédigé par la CDI.

Bien que relevant les différences existant entre la notion d'aide ou assistance, laquelle concerne les relations entre deux États, et la notion de complicité, qui mettait en présence un État (la Serbie) et une entité non étatique (la Republika Srpska), la Cour a considéré qu'il était possible de transposer les règles relatives à la notion d'aide ou assistance afin d'apprécier le respect de l'article III) e) de la *Convention*. Elle a donc recherché si les conditions posées par l'article 16 du projet de la CDI étaient satisfaites en l'espèce.

Dans cette optique, la Cour relève que si la fourniture d'une assistance, tant politique que militaire et financière, avait été déterminante dans la commission des actes de génocide par les forces serbes de Bosnie, la Bosnie n'apporte pas la preuve que ce soutien avait été apporté « en pleine conscience de ce que cette aide serait employée à commettre un génocide »[129]. Autrement dit, la condition posée par le litt. a) de l'article 16 n'est, de l'avis des juges, pas satisfaite en l'espèce, en ce que la Serbie n'avait pas connaissance des circonstances du fait internationalement illicite commis grâce à l'aide fournie. Elle en conclut donc que la responsabilité de la Serbie ne saurait être engagée au titre de la complicité dans le génocide.

3. L'INTERPRÉTATION DE LA PORTÉE DES OBLIGATIONS DE PRÉVENTION ET DE RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE

a) L'interprétation de l'obligation de prévention au regard de la position particulière de la Serbie à l'égard de la Republika Srpska

La Cour commence par clarifier la notion d' « obligation de prévention », et elle en définit plus précisément la portée en ce qui concerne le crime de génocide.

---

126 *Ibid*. au para. 417.
127 *Ibid*. au para. 419.
128 *Projet d'articles sur la responsabilité pour fait internationalement illicite et commentaires y relatif*, 53e session dans *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II(2), New York, NU, 2001.
129 *Ibid*. au para. 423.

Elle rappelle en effet qu'une telle obligation ne peut constituer qu'une obligation de moyen, et non de résultat, dont le respect devra être apprécié *in concreto*, au regard de la capacité effective de l'État à prévenir efficacement la commission d'un génocide[130].

Les juges précisent également que la violation de l'obligation de prévention ne pourra être constatée qu'à la condition qu'un génocide ait effectivement été commis, et uniquement pour la durée durant laquelle les actes de génocide sont perpétrés. En effet, bien que cette obligation de prévention prenne naissance avant la réalisation effective du génocide, ce n'est qu'une fois le crime commis que le manquement pourra être concrètement évalué.

Enfin, la Cour prend soin de distinguer la notion de « prévention » de la notion de « complicité » dans le génocide. Tandis que la notion de complicité suppose une action positive de la part de l'État, à savoir la fourniture d'une aide ou assistance en connaissance de cause aux auteurs du crime, la violation de l'obligation de prévention consiste en une omission[131].

Ces précisions générales apportées, la Cour aborde ensuite l'examen de la responsabilité de la Serbie au titre d'un manquement à son obligation de prévention. Pour ce faire, les juges commencent par rappeler que la RFY se trouvait à l'égard des Serbes de Bosnie « dans une position d'influence qui n'était comparable à celle d'aucun des autres États parties à la *Convention sur le génocide*, en raison de la puissance des liens politiques, militaires et financiers entre, d'une part, la RFY et, de l'autre, la Republika Srpska et la VRS »[132]. Mais surtout, en s'appuyant sur un certain nombre de déclarations faites par Slobodan Milosevic lui-même alors qu'il était président de la RFY, la Cour considère que la Serbie avait, en 1995, connaissance du risque imminent que des actes de génocide allaient être commis à Srebrenica. Or, comme le constate la Cour, « le défendeur n'a établi l'existence d'aucune initiative à des fins préventives, d'aucune action de sa part visant à éviter les atrocités qui ont été commises »[133]. Elle en conclut donc que la Serbie, en raison à la fois de la position qui était la sienne à l'égard des Serbes de Bosnie et de son abstention de mettre en œuvre des moyens permettant d'agir dans le sens d'une prévention des actes de génocide, a violé son obligation de prévenir le génocide de Srebrenica et a engagé sa responsabilité internationale[134].

On ne peut que constater le paradoxe apparent entre cette constatation de la Cour concernant la violation de l'obligation de prévention et la conclusion à laquelle elle aboutit sur la question de la complicité dans le génocide. En effet, tandis qu'elle considère que la Serbie n'avait pas connaissance du fait que l'aide fournie était utilisée pour la commission d'actes de génocide dans le paragraphe de la décision relatif à la complicité, les juges relèvent dans le paragraphe où ils traitent de l'obligation de prévention un certain nombre d'éléments mettant en évidence le fait

130 *Ibid.* au para. 430.
131 *Ibid.* au para. 432.
132 *Ibid.* au para. 434.
133 *Ibid.* au para. 438.
134 *Ibid.*

que la Serbie était informée du risque imminent de survenance d'un génocide à Srebrenica. On ne peut que s'interroger sur la cohérence du raisonnement de la Cour sur ce point. La simple application du principe de bonne foi aurait, en effet, logiquement dû amener les juges à considérer que la Serbie ne pouvait continuer à fournir une aide aux Serbes de Bosnie en pleine connaissance de leurs desseins génocidaires, tout en soutenant dans le même temps qu'elle n'était pas consciente que cette assistance militaire et financière serait utilisée pour violer la *Convention sur le génocide*. La solution retenue par la Cour a ainsi fait l'objet de critiques de la part des juges Bennouna[135], Keith[136] et du juge *ad hoc* Mahiou[137] en ce sens.

b) L'obligation de répression

Les circonstances particulières de l'espèce ont amené la Cour à fournir d'intéressantes précisions sur l'étendue de cette obligation de répression du crime de génocide à la charge des États parties à la *Convention*. Comme le constatent les juges, les actes de génocide n'ont pas été commis sur le territoire du défendeur, de sorte que l'on « ne saurait faire grief à ce dernier de n'avoir pas poursuivi devant ses propres tribunaux les personnes accusées d'avoir participé, soit comme auteurs principaux, soit comme complices, au génocide de Srebrenica »[138]. L'article VI de la *Convention* n'impose en effet aux États qu'une obligation d'instituer et d'exercer une compétence pénale territoriale à l'encontre des auteurs de génocide.

En revanche, la Cour considère que l'obligation de répression imposée aux États parties implique une obligation de coopération avec une cour criminelle internationale compétente en matière de génocide, dès lors qu'une telle juridiction a été créée et que les États ont reconnu sa compétence. La Cour affirme que le TPIY constitue une telle cour criminelle internationale et que la RFY était soumise à une obligation de reconnaissance de la compétence de cette cour en raison de la signature des *Accords de Dayton*[139] en décembre 1995, lesquels mettaient précisément à la charge du défendeur une telle obligation. Par ailleurs, les juges constatent que la Serbie a effectivement manqué à son obligation de coopérer avec le TPIY, notamment en refusant de communiquer au Tribunal le lieu de résidence du général Mladic, alors que ses services de renseignements étaient en possession de cette information. La Cour conclut donc que le défendeur a manqué à son obligation de répression du crime de génocide et engage sa responsabilité internationale à ce titre[140].

---

135 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007 (*supra* note 55), « Déclaration de M. le juge Bennouna », en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13702.pdf>.

136 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007 (*supra* note 55), « Déclaration du juge Keith », en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13701.pdf>.

137 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007 (*supra* note 55), Opinion dissidente du juge Mahiou, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13706.pdf>.

138 *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, Arrêt du 26 février 2007, *supra* note 55 au para. 442.

139 *The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*, Bosnie-Herzégovine, Croatie et Yougoslavie, 14 décembre 1995, 35 I.L.M. 75 (entrée en vigueur : 14 décembre 1995) [*Accords de Dayton*].

140 *Ibid*. au para. 449.

* * *

Plus de dix ans après la fin du conflit opposant la RFY à la Bosnie-Herzégovine, la procédure engagée devant la Cour revêtait un caractère fortement symbolique. L'enjeu principal, pour le demandeur comme pour le défendeur, était double. D'un côté, il s'agissait d'aboutir à une conclusion définitive sur l'existence d'actes de génocide sur le territoire bosniaque. De ce point de vue, en reconnaissant qu'un génocide avait effectivement été commis en 1995 à Srebrenica, la CIJ a sans aucun doute grandement participé au travail de mémoire et de reconstruction nécessaire à la Bosnie-Herzégovine. Mais d'un autre côté, il s'agissait également de se prononcer sur l'attribution de la responsabilité de ce génocide, non pas à des individus pris isolément comme l'avait déjà fait le TPIY, mais à une entité étatique, en l'occurrence la Serbie-et-Monténégro. Or, plusieurs années après la chute du régime de Slobodan Milosevic et dans un contexte de lente réintégration de la Serbie dans la communauté internationale, il semblait essentiel de ne pas mettre au banc de la communauté des États le défendeur par une reconnaissance extrêmement large de sa responsabilité.

L'arrêt rendu par la CIJ en février 2007 semble ainsi hésiter entre ces deux exigences morales, sacrifiant parfois la cohérence juridique des solutions retenues à l'importance de leur portée politique. Il en est notamment ainsi de la solution retenue sur la question de la compétence de la Cour, dont la cohérence avec la décision rendue dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force* semble limitée, mais également de la solution retenue sur la question de la complicité de la Serbie dans la commission des actes génocidaires, dont la réalité semblait peu contestable au regard des éléments de preuve analysés et pris en compte par la Cour.

Enfin, cette portée avant tout politique et symbolique de l'arrêt se constate dans les solutions apportées par la Cour en matière de réparation. Bien qu'ayant reconnu la responsabilité de la Serbie à raison de plusieurs violations de la *Convention sur le génocide*, certaines étant par ailleurs continues, elle a considéré que la satisfaction, réalisée au moyen d'une déclaration reconnaissant la responsabilité de la Serbie était un mode de réparation suffisant en l'espèce.

III. *Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. République démocratique du Congo)*[141]

Le 24 mai 2007, la CIJ a rendu un arrêt en matière de protection diplomatique qui touche à un domaine du droit international qui semblait devoir échapper à la compétence de la Haute juridiction. En effet, l'arrêt rendu en matière

[141] *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (exceptions préliminaires) (Guinée c. République démocratique du Congo)*, 24 mai 2007, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13855.pdf> [*Affaire Ahmadou Diallo*].

d'exceptions préliminaires entre la Guinée et la République démocratique du Congo (RDC) a trait à la protection diplomatique en matière d'investissements. À ce titre, il est intéressant de noter que de nos jours, avec la prolifération des instruments bilatéraux et multilatéraux en matière d'investissement, les litiges en la matière sont souvent réglés par des juridictions arbitrales[142]. C'est pourquoi l'affaire en question permet d'appréhender le droit des investissements sous l'angle d'un autre organe judiciaire que les tribunaux arbitraux habituels. Il sera ainsi intéressant de constater si la CIJ partage les mêmes raisonnements et analyses que les juridictions arbitrales.

Les faits sont les suivants. La Guinée endosse par le mécanisme de la protection diplomatique la défense des intérêts de son ressortissant Ahmadou Sadio Diallo contre la RDC. Ahmadou Diallo a émigré au Congo en 1964, lorsqu'il avait dix-sept ans. En 1974, il y fonde une société privée à responsabilité limitée (SPRL) d'import-export, la société Africom-Zaïre. En 1979, il étend ses activités; la société Africom-Zaïre fonde, avec deux autres associés, une seconde SPRL, Africontainers-Zaïre, spécialisée dans le transport de marchandises par conteneurs. Un an plus tard, les deux associés de monsieur Diallo se retirent de la société, dont le capital est alors détenu à 60% par Africom-Zaïre et à 40% par Ahmadou Diallo, qui en devient son gérant[143].

Vers la fin des années quatre-vingt, les relations entre les deux sociétés d'Ahmadou Diallo et leurs partenaires commerciaux congolais, publics et privés, commencent à se dégrader. En conséquence, différentes actions judiciaires sont entreprises par monsieur Diallo en vue de recouvrer les créances dues à ses sociétés. Ces actions, qui ont pourtant été engagées il y a de cela plus de dix ans, n'ont toujours pas abouti à nos jours.

Le 31 octobre 1995, le premier ministre zaïrois a pris un arrêté d'expulsion à l'encontre d'Ahmadou Diallo, au motif que la présence de ce dernier sur le territoire zaïrois compromettait l'ordre public du pays. Après avoir été arrêté, monsieur Diallo est donc expulsé du Zaïre vers la Guinée le 31 janvier 1996[144].

Dans cette affaire, la Guinée entend défendre, par le mécanisme de la protection diplomatique, les droits personnels de son ressortissant, les droits de ce dernier en tant qu'actionnaire des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre, et enfin les droits de ces deux sociétés par substitution.

Afin de mieux appréhender la portée de l'arrêt de la CIJ, il importe d'examiner, dans un premier temps, le mécanisme de la protection diplomatique (**A**). Ensuite, il conviendra d'examiner comment ce mécanisme a été utilisé par la Guinée pour assurer la défense des droits personnels d'Ahmadou Diallo (**B**), la défense de ses droits en tant qu'associé (**C**), et, enfin, la protection de ses droits par substitution à ses sociétés (**D**).

---

142 Voir notamment l'analyse de la jurisprudence du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) dans la présente chronique.

143 *Affaire Ahmadou Diallo*, *supra* note 141 au para. 14.

144 *Ibid*. au para. 15.

A. Le mécanisme de la protection diplomatique

Pour les praticiens de l'arbitrage en matière d'investissements, le recours engagé par la Guinée devant la CIJ est, à tout le moins, inhabituel[145]. Depuis longtemps, la matière du droit des investissements a créé ses propres mécanismes de règlement des différends. Ainsi, la *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*[146] de 1965 a mis en place le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Ce mécanisme permet aux investisseurs privés ayant investi dans un État et s'étant fait spolier, partiellement ou entièrement, de leurs biens, d'engager une procédure arbitrale à l'encontre de cet État.

Le mécanisme du CIRDI est intéressant pour les investisseurs en ce qu'il permet la résolution rapide d'un litige dont les enjeux financiers sont souvent importants, par le biais d'une sentence arbitrale immédiatement exécutoire[147]. Si le mécanisme du CIRDI a été instauré dans les années soixante, il n'a pourtant connu son essor qu'à la fin des années quatre-vingt-dix. La première sentence rendue par le CIRDI n'a en effet été rendue qu'en 1977 dans l'affaire *Adriano Gardella SpA c. Côte d'Ivoire*[148]. Néanmoins, au 31 janvier 2008, deux cent soixante affaires avaient été soumises au CIRDI, dont cent vingt-cinq sont pendantes[149]. La raison de ce foisonnement de litiges réside dans la multiplication exponentielle des traités multilatéraux et bilatéraux d'investissements qui contiennent des clauses CIRDI de règlement des différends. Ce maillage progressif a permis aux investisseurs de recourir de plus en plus fréquemment aux procédures arbitrales contre l'État d'accueil de leur investissement.

C'est pourquoi l'affaire opposant la Guinée à la RDC mérite d'être remarquée. En effet, le mécanisme qui y est utilisé est celui de la protection diplomatique, mécanisme bien connu du droit international public. On en trouve les première traces en 1758, alors qu'Emmerich de Vattel affirmait que « quiconque maltraite un citoyen offense directement l'État »[150].

La protection diplomatique doit être entendue comme l'endossement, voire l'appropriation, par un État, de la réclamation d'un particulier lésé par un fait internationalement illicite commis par un autre État ou par une organisation

---

145 Fernando Cabrera Diaz, « International Court of Justice to Hear Rare Diplomatic Protection Case » *Investment Treaty News*, 24 novembre 2006, en ligne : Institut international du développement durable <http://www.iisd.org/pdf/2006/itn_nov24_2006.pdf>.

146 *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 159 (entrée en vigueur : 14 octobre 1966) [*Convention de Washington*].

147 Concernant la reconnaissance et l'exécution de ces sentences, voir les articles 53 et 54 de la *Convention de Washington*.

148 *Adriano Gardella SpA c. Côte d'Ivoire* (1977), n° ARB/74/1 (CIRDI) 1 ICSID Rep. 283 (extraits).

149 Voir le site Internet du CIRDI, en ligne : CIRDI <http://icsid.worldbank.org>.

150 Emmerich de Vattel, *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle*, Londres, 1758, vol. I, livre II à la p. 309, dans *The Classics of International Law*, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916.

internationale[151]. Cette fiction juridique permet ainsi à un individu ou à une personne morale, tous deux non sujets du droit international et dépourvus de la possibilité de faire valoir de façon directe au plan international la protection de leurs intérêts, de voir assurer la défense de leurs droits par l'État dont ils sont ressortissants[152]. Autrement dit, cette personne, privée ou morale, demande à l'État dont elle est le national, de prendre fait et cause pour elle et d'endosser sa réclamation. Ainsi, un litige de nature privée au départ s'internationalise et se transforme en réclamation d'État à État[153].

L'arrêt de principe en matière de protection diplomatique est l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Au sein de cette décision, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) a indiqué qu'

> en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international.[154]

Il convient de noter que si ce mécanisme est essentiel pour qu'un individu lésé obtienne une réparation internationale de son préjudice, il n'en demeure pas moins qu'il revêt un caractère discrétionnaire. Autrement dit, l'État est libre d'accepter ou de refuser d'endosser la cause de son ressortissant lésé. Si jamais l'État refuse, aucun reproche ne pourra lui être adressé et sa responsabilité ne pourra être engagée sur ce fait. Le *Projet d'articles sur la protection diplomatique*[155] de la CDI reprend la définition coutumière de ce principe. Ainsi, l'article premier énonce que

> la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlements pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité.[156]

Plusieurs conditions doivent ainsi être réunies pour que le mécanisme de la protection diplomatique puisse être mis en œuvre. La première est celle relative à la

---

151 Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002 à la p. 809.

152 Voir l'intéressante réflexion sur la protection diplomatique et sur l'incapacité des personnes privées en droit international de Carlo Santulli, « Entre protection diplomatique et action directe, éléments épars du statut international des sujets internes » dans Société française pour le droit international, *Colloque du Mans – Le sujet en droit international*, Paris, A. Pedone, 2005, 85.

153 Denis Alland, *Droit international public*, Paris, Presses universitaires de France, 2000 à la p. 413.

154 *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine (Grèce c. Royaume-Uni)* (1924), C.P.J.I. (sér. A) n° 12 à la p. 12. Voir la confirmation par la CPJI : *Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, (Estonie c. Lituanie)* (1939), C.P.J.I. (sér. A/B) n° 76.

155 CDI, *Rapport de la 58e session*, Doc. off. AG NU, 61e sess., suppl. n° 10, A/61/10 (2006) [*Projet d'articles sur la protection diplomatique*].

156 *Ibid*., art. 1.

nationalité de la personne protégée. Ainsi, « un État ne peut exercer sa protection diplomatique qu'au profit de ses nationaux, c'est-à-dire des personnes physiques et morales qui sont rattachées à lui par un lien de nationalité ou le lien d'immatriculation »[157]. En matière de nationalité des personnes morales, la CIJ, dans l'affaire *Barcelona Traction*[158], a refusé de prendre en considération la nationalité des actionnaires pour déterminer la nationalité de leur société; pour l'identifier, le critère retenu a été celui du lieu d'incorporation de la société[159]. En conséquence, l'État de nationalité des actionnaires de la société ne pourra porter réclamation qu'au bénéfice de ses ressortissants, et non pas pour la société dans laquelle ils sont actionnaires.

La deuxième condition subordonne l'exercice de la protection diplomatique au comportement irréprochable de la personne qui souhaite en bénéficier. Aussi cette dernière ne devra pas, par son comportement fautif, pouvoir se voir accuser d'avoir participé à la constitution de son propre préjudice. Cette condition, qui s'appuie sur la « théorie des mains propres », n'est ni une condition absolue, ni rédhibitoire. Toutefois, des comportements condamnables « n'inciteront pas l'État à mettre en branle la protection diplomatique, décision dont on rappelle le caractère discrétionnaire »[160].

La troisième condition relève de l'épuisement préalable des voies de recours internes. Ainsi,

> un État ne peut, au titre de la protection diplomatique, introduire une réclamation internationale avant que le particulier, victime de l'acte illicite, ait épuisé tous les recours internes – gracieux et contentieux – prévus et mis à sa disposition par l'ordre juridique de l'État dont la responsabilité est recherchée.[161]

En conséquence, il apparaît que la protection diplomatique engagée par un État en faveur de l'un de ses ressortissants ne peut être effectuée qu'à titre subsidiaire. En effet, il s'agit d'abord de respecter la souveraineté étatique de l'État dont la responsabilité est recherchée, en vertu du principe de reconnaissance de l'équivalence des ordres juridiques nationaux. Ensuite, il s'agit de considérer que si un investisseur se rend à l'étranger, il doit en accepter le risque et accorder un minimum de confiance aux juridictions de cet État.

L'article 14 du *Projet d'articles sur la protection diplomatique* de la CDI, relatif à l'épuisement des recours internes, dispose qu'« un État ne peut présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée dans le projet d'article 8 avant que la

---

157 Daillier et Pellet, *supra* note 151 à la p. 809. Voir aussi Ian Brownlie, *The Protection of Individuals and Groups*: *Part 9*, 5e éd., Oxford, Oxford University Press, 1998 au para. 522.

158 *Affaire de la Barcelona Traction* (*Belgique c. Espagne*), [1970] C.I.J. rec. 3.

159 *Ibid*. à la p. 43.

160 Alland, *supra* note 153 à la p. 417.

161 Daillier et Pellet, *supra* note 151 à la p. 812. Voir aussi, au sujet de l'épuisement des voies de recours internes, Jean Chappez, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes*, Paris, A. Pedone, 1972 à la p. 28.

personne lésée ait, sous réserve du projet d'article 15, épuisé tous les recours internes »[162]. Néanmoins, la règle de l'épuisement des voies de recours internes n'est pas pour autant absolue. En effet, elle ne peut être opposée à l'État du ressortissant demandeur si les recours internes sont inexistants ou inefficaces. Il ne s'agit pas d'imposer à un ressortissant de perdre temps et argent à procéder à l'épuisement des recours d'un État s'il est de notoriété publique, dès le départ, que ces recours seront inefficaces[163].

En l'espèce, il est intéressant de se demander pourquoi la Guinée et Ahmadou Diallo souhaitent avoir recours à un tel mécanisme juridique? Pourquoi engager une procédure devant la CIJ? Une première partie de la réponse semble résider dans le fait qu'aucun traité bilatéral sur les investissements n'ait été signé entre la Guinée et la RDC[164]. Ainsi, le mécanisme du CIRDI ou tout autre mécanisme arbitral en matière d'investissements ne pouvait être mis en œuvre par l'investisseur Diallo sur le fondement de l'un de ces traités. Un deuxième aspect à noter dans cette affaire semble être l'absence de toute clause arbitrale ou compromis d'arbitrage en l'espèce, ce qui implique qu'aucune autre procédure arbitrale ne pouvait être engagée. Enfin, la Guinée demande la reconnaissance de la violation des droits personnels de son ressortissant, Ahmadou Diallo. Cette demande relative à ce qu'on pourrait qualifier, de manière générique, de demande relative aux droits humains est en effet plus à même d'être reçue par la CIJ que par un tribunal arbitral constitué sur le fondement d'un traité bilatéral d'investissement.

Il est en effet indéniable que les tribunaux arbitraux, CIRDI ou autres, revêtent une nature plus économique que la juridiction mondiale. Cette dernière est ainsi plus familière avec la protection des droits humains que les instances arbitrales. Cet aspect de l'affaire fait ainsi ressortir toute la problématique du traitement des questions de droits de l'homme au sein des arbitrages en matière d'investissements[165].

B. La protection des droits personnels d'Ahmadou Diallo

La Guinée et la RDC ont, à ce point de vue, exprimé leur divergence tout au long de la procédure. En effet, la Guinée soutient que les droits personnels d'Ahmadou Diallo n'ont cessé d'être bafoués une fois que l'arrêté d'expulsion du premier ministre zaïrois a été pris le 31 octobre 1995[166].

Ainsi, pour la Guinée, Ahmadou Diallo a été arrêté de façon irrégulière le 5 novembre 1995, sans aucune forme de procès. Monsieur Diallo aurait ainsi été maintenu en prison de façon arbitraire pendant soixante-quinze jours au total avant

---

162 *Projet d'articles sur la protection diplomatique, supra* note 156, art. 14.

163 *R.. Brown* (1923), 6 R.S.A. 120 (Tribunal arbitral États-Unis – Royaume Uni).

164 Voir la liste de ces traités sur le site de la Conférences des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED), en ligne : CNUCED <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch ____779.aspx>.

165 Walid Ben Hamida et Ferhat Horchani, « Chronique couvrant la période du 1er mai au 31 août 2007 : première partie » (2007) R.D.A.I. 832 aux pp. 833 et 840.

166 *Affaire Ahmadou Diallo, supra* note 141 aux para. 15 et s.

d'être expulsé. En outre, il aurait été victime de mauvais traitements pendant la durée de son incarcération[167]. La RDC aurait violé le principe du traitement des étrangers selon le standard minimum de civilisation, l'obligation de respect de la liberté et de la propriété des étrangers ainsi que la reconnaissance aux étrangers incriminés du droit à un jugement équitable et contradictoire rendu par une juridiction impartiale[168]. La Guinée affirme que ces mauvais traitements ont pour origine la volonté de la RDC d'empêcher monsieur Diallo de recouvrer les créances qui lui étaient dues, même celles reconnues par la justice zaïroise[169].

Pour la RDC, ces accusations sont fallacieuses; monsieur Diallo n'a été expulsé du territoire congolais qu'en raison de ses demandes financières de plus en plus disproportionnées et déraisonnables. La RDC note en effet que les revendications d'Ahmadou Diallo équivalaient à près de trois fois le montant de la dette extérieure totale du pays[170]. Mais surtout, la RDC soutient que la demande de la Guinée relative à la violation des droits d'Ahmadou Diallo en tant qu'individu est irrecevable, parce que ce dernier n'a pas rempli la condition de l'épuisement des voies de recours internes.

Tel qu'indiqué plus haut, la protection diplomatique ne peut être exercée par un État à l'égard de l'un de ses ressortissants que si ce dernier a épuisé les voies de recours internes du pays par lequel il estime avoir été lésé. Autrement dit, tant que ce dernier n'a pas cherché à obtenir réparation par le biais du système judiciaire de l'État d'accueil où il se trouve, il ne peut demander à son État d'origine d'endosser la protection de ses intérêts.

Pour répondre à cette question préliminaire, la Cour rappelle en premier lieu qu'il appartient au demandeur de prouver que les voies de recours internes ont bien été épuisées, ou d'établir les circonstances exceptionnelles qui l'en dispenseraient[171]. Le défendeur, quant à lui, doit prouver à la Cour qu'il existait dans son ordre juridique interne des recours efficaces qui n'ont pas été utilisés[172].

En l'espèce, la RDC reproche à Ahmadou Diallo de ne pas avoir épuisé toutes les voies de recours internes puisque celui-ci n'a pas intenté un recours gracieux devant le premier ministre congolais, afin de demander à ce que soit reconsidérée la décision d'expulsion du territoire congolais.

La Cour refuse de prendre cet argument en considération. En effet, pour la CIJ, si les recours internes à épuiser comprennent également les recours de nature administrative, une différence doit néanmoins être établie entre un recours de nature juridique et un recours qui ne viserait qu'à obtenir une faveur de l'autorité

---

167 *Ibid*. au para. 17.
168 *Ibid*. au para. 28.
169 *Ibid*. au para. 18.
170 *Ibid*. au para. 19.
171 *Affaire Electtronica Sicula Spa (ELSI)* (*États-Unis c. Italie*), [1989] C.I.J rec. 12 à la p. 43.
172 *Ibid*. à la p. 46.

administrative compétente, à moins que celui-ci ne soit l'étape préalable nécessaire à un recours de type juridique[173].

On ne peut que se féliciter de cette mise au point opérée par la CIJ. En effet, il aurait été particulièrement compliqué d'exiger de la part d'individus lésés dans leurs droits, non seulement l'épuisement des voies de recours légales, mais également qu'ils se soient adressés à chacune des autorités administratives compétentes pour demander que les décisions soient modifiées à titre de faveur.

C. La protection des droits propres d'Ahmadou Diallo en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre

La CIJ avait déjà dû traiter des droits des actionnaires d'une société dans son célèbre arrêt *Barcelona Traction*. Aujourd'hui, dans son arrêt consacré aux exceptions préliminaires dans l'affaire *Diallo*, la Cour a l'occasion de revenir sur certains aspects et de compléter son analyse à ce sujet.

Dans l'affaire datant de 1970, la Cour n'avait pas pris en considération les droits des actionnaires et avait ainsi refusé à l'État de nationalité de ces derniers la possibilité d'agir en leur nom. Néanmoins, l'article 12 du *Projet d'articles sur la protection diplomatique* de la CDI prévoit que

> dans la mesure où un fait internationalement illicite d'un État porte directement atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels, droits qui sont distincts de ceux de la société, l'État de nationalité desdits actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit.[174]

La Cour, pour répondre à cette question, doit s'attacher à analyser la nature juridique des deux sociétés congolaises fondées par Ahmadou Diallo. Elle se penche ainsi sur le droit interne de la RDC. Les deux entreprises ont pour forme sociale la SPRL; autrement dit, elles ont toutes deux une personnalité juridique indépendante et distincte de celle de leurs associés. Les associés ne sont en effet responsables des dettes sociales qu'à hauteur de leur apport, et le patrimoine des associés est complètement séparé de celui des sociétés.

Si dans l'arrêt *Barcelona Traction* la Cour avait déjà mentionné la nécessité de se référer aux lois nationales du pays d'incorporation de la société pour déterminer les règles applicables, elle renvoyait également aux principes généraux de droit international. Dans l'affaire *Diallo*, la CIJ semble adopter une position simplifiée. Elle ne s'appuie que sur les lois de la RDC afin de déterminer si les sociétés d'Ahmadou Diallo ont une personnalité juridique propre et distincte de celle de leur associé. Cette approche clarifiée semble devoir faciliter l'appréhension, pour chaque espèce, des règles applicables, ce qui ne peut être que bénéfique.

---

173 *Affaire Ahmadou Diallo, supra* note 141 au para. 47.

174 *Projet d'articles sur la protection diplomatique, supra* note 156, art. 12.

En conséquence, la Cour rejette l'exception d'irrecevabilité soulevée par la RDC et déclare que la Guinée détient la qualité pour agir en protection des droits propres de celui-ci en tant qu'associé des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre[175]. En effet, la Guinée est compétente pour agir dans la mesure où son action concerne l'un de ses nationaux, qui aurait souffert d'actes illicites commis en tant qu'associé et gérant de deux sociétés.

À cette occasion, la Cour revient sur la condition de l'épuisement des voies de recours internes et précise à qui revient la charge de la preuve en la matière. Pour la CIJ, il appartient au demandeur de prouver qu'il a épuisé les voies de recours internes, ou du moins qu'il a fait son maximum en ce sens, s'il existe des circonstances exceptionnelles qui l'ont empêché de le faire. Néanmoins, il appartient à l'État défendeur de convaincre la Cour qu'il existe des voies de recours qui auraient été efficaces, mais qui n'ont pas pour autant été utilisées[176]. En effet, en toute logique, l'État défendeur est plus à même de connaître précisément tous les recours qui s'offraient au ressortissant de l'État demandeur, et surtout ceux qui n'ont pas été envisagés par ce dernier.

Or, en l'espèce, la Cour indique qu'à aucun moment la RDC n'a mentionné qu'il existait, dans l'ordre juridique congolais, des voies de recours contre les violations alléguées des droits en tant qu'actionnaire d'Ahmadou Diallo qui n'auraient pas été entreprises par ce dernier. Ainsi, si l'État défendeur ne relève pas une telle carence, la Cour pourra dès lors attribuer comme signification à ce silence la reconnaissance de l'épuisement des voies de recours internes par le ressortissant de l'État demandeur[177].

En effet, la Cour semble elle-même alléger la charge de la preuve qui pèse sur la Guinée, la faisant bénéficier d'une présomption d'épuisement des voies de recours qu'il appartiendra à la RDC de réfuter. Cette façon d'appréhender la condition de l'épuisement des voies de recours internes est favorable aux investisseurs. Il ne s'agit pas de considérer que la condition de l'épuisement des voies de recours internes a disparu; en revanche, le poids de la charge de la preuve semble reposer sur l'État défendeur, à qui il appartient dès lors de prouver toute carence du ressortissant au bénéfice duquel la protection diplomatique a été enclenchée.

D. La protection des droits d'Ahmadou Diallo par substitution à ses sociétés

La théorie de la « protection par substitution » peut se définir comme le dernier recours dont pourraient bénéficier les actionnaires étrangers d'une société dont les droits auraient été violés par l'État de nationalité de celle-ci[178].

À l'appui de sa demande, la Guinée invoque le *dictum* énoncé dans l'arrêt *Barcelona Traction*. La Cour y aurait en effet envisagé la possibilité d'une exception,

---

175 *Affaire Ahmadou Diallo*, *supra* note 141 au para. 67.
176 *Affaire Elettronica Sicula Spa*, *supra* note 171 à la p. 46.
177 *Affaire Ahmadou Diallo*, *supra* note 141 au para. 74.
178 Hamida et Horchani, *supra* note 165 à la p. 841.

fondée sur des raisons d'équité, à la règle générale de la protection d'une société par l'État national de celle-ci, lorsque l'État dont la responsabilité est en cause est l'État national de la société[179]. Pour la Guinée, l'équité dont il s'agit en l'espèce consisterait à ne pas priver les actionnaires étrangers d'une société ayant la nationalité de l'État auteur du fait internationalement illicite de toute possibilité de protection[180]. Néanmoins, si la Guinée était déclarée recevable en sa demande, cela signifierait qu'elle serait autorisée à endosser la protection des intérêts, non pas de sociétés nationales, mais de sociétés de nationalité congolaises, ce qui serait à tout le moins novateur en matière de protection diplomatique.

Pour la CIJ,

> la théorie de la protection par substitution vise en effet à offrir une protection aux actionnaires étrangers d'une société qui ne pourraient pas invoquer le bénéfice d'un accord international, et auxquels aucun autre recours ne serait ouvert, dans la mesure où les actes prétendument illicites auraient été commis à l'encontre de la société par l'État de la nationalité de celle-ci.[181]

Néanmoins, après l'examen de diverses décisions internationales, la Cour ne constate pas l'existence en droit positif d'une coutume internationale permettant une protection par substitution. En conséquence, elle refuse à la Guinée la possibilité d'exercer une protection diplomatique par substitution; « [c]'est donc la règle normale de la nationalité des réclamations qui régit la question de la protection diplomatique »[182]. Or, les deux sociétés d'Ahmadou Diallo sont de nationalité congolaise; aussi, la Guinée ne possède-t-elle pas la qualité pour agir par le biais de la protection diplomatique à la faveur d'Ahmadou Diallo pour les actes illicites que la RDC aurait exercés à l'encontre des sociétés Africom-Zaïre et Africontainers-Zaïre. La Haute Cour confirme donc ici son arrêt *Barcelona Traction*, en ce qu'elle y énonçait que seul l'État d'incorporation d'une société peut agir en son nom.

La décision de la CIJ semble donc être fondée sur l'absence, en droit international coutumier, d'une protection par substitution. Néanmoins, il convient de noter que cette protection par substitution est accueillie favorablement en matière de droit conventionnel des investissements et par la pratique arbitrale[183].

Après avoir traité des questions préliminaires dans cet arrêt, la CIJ devra maintenant s'atteler à l'examen du fond de l'affaire. Espérons pour les parties que cet examen au fond sera plus rapide que celui des exceptions préliminaires qui a mis neuf

---

179 *Affaire Ahmadou Diallo*, *supra* note 141 au para. 82.
180 *Ibid.*
181 *Ibid.* au para. 88.
182 *Ibid.* au para. 94.
183 Hamida et Horchani, *supra* note 165 à la p. 842.

ans avant d'aboutir à cet arrêt, ce qui fait dire à un auteur qu'il espère, pour le bien des parties, que celles-ci arriveront entre-temps à trouver un accord à l'amiable[184]!

IV. Affaire du *Différend frontalier et territorial entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*[185]

Le 8 décembre 1999, le Nicaragua a déposé une requête introductive d'instance devant la CIJ contre le Honduras au sujet de la délimitation des zones maritimes relevant respectivement des deux pays dans la mer des Caraïbes, en vertu de l'article XXXI du *Traité américain de règlement pacifique*[186].

Initialement, le litige soumis à la Cour par le Nicaragua portait uniquement sur la délimitation maritime dans la mer des Caraïbes. Or, au cours de l'instance, le Nicaragua a aussi revendiqué la souveraineté sur les îles de Bobel Cay, South Cay, Savanna Cay et Port Royal Cay, ainsi que sur l'ensemble des autres îles, cayes, rochers, bancs et récifs situés au nord du 15^{e} parallèle[187].

Par l'arrêt du 8 octobre 2007, la Cour a tranché le litige opposant le Nicaragua au Honduras en rappelant tout d'abord, à titre préliminaire, sa liberté de déterminer l'objet du litige ainsi que sa propre compétence (**A**), avant de se plonger dans les questions de fond. D'une part, la Cour a déterminé la souveraineté territoriale du Honduras sur les territoires litigieux sur la base des seules effectivités; ainsi l'arrêt de la Cour présente-t-il un intérêt particulier dans la délicate question des rapports entre l'*uti possidetis juris* et les effectivités (**B**). D'autre part, au regard de la délimitation des espaces maritimes, la Cour, étant dans l'impossibilité d'établir une ligne d'équidistance pour tracer une frontière maritime unique, eut recours à la méthode exceptionnelle de la bissectrice pour tracer celle-ci (**C**).

A. La liberté de la Cour pour déterminer l'objet de l'instance et examiner d'office sa compétence

Dans sa requête introductive d'instance, le Nicaragua avait uniquement demandé à la Cour de délimiter les espaces maritimes entre le Nicaragua et le Honduras dans la zone litigieuse. Or, au cours du procès, le Nicaragua a demandé à la

---

184 Julian Ku, « ICJ Rejects Extension of Diplomatic Protection for Limited Liability Corporations », 25 mai 2007 en ligne : Opinio Juris <http://www.opiniojuris.org/posts/1180066752.shtml> ou <http://lists.powerblogs.com/pipermail/opiniojuris/2007-May/001484.html>.

185 *Affaire du différend frontalier et territorial entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, Arrêt du 8 octobre 2007, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/120/14074.pdf?PHPSESSID=cb3c4451a36c10864596deee3c69904a> [*Nicaragua c. Honduras*].

186 *Traité américain de règlement pacifique*, 30 avril 1948, 30 R.T.N.U. 84, O.A.S.T.S. n^{o} 17 (entrée en vigueur : 6 mai 1949) [*Pacte de Bogotá*].

187 *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 aux para. 104 à 107.

Cour de déterminer également la souveraineté sur les îles et cayes situés dans la zone en litige[188].

Alors même que le Honduras n'avait ni contesté la compétence de la CIJ pour connaître de la nouvelle demande du Nicaragua, ni la recevabilité de celle-ci, la Cour, en usant de son pouvoir d'examiner d'office sa compétence[189], a pris le soin d'affirmer celle-ci pour trancher le différend territorial soulevé par le Nicaragua au cours de l'instance.

Certes, le Nicaragua s'était réservé le droit de compléter ou de modifier sa requête introductive d'instance et, dans son mémoire, il s'était réservé les droits souverains attachés à tous les îlots et rochers qu'il revendiquait dans la zone contestée[190]. Cela étant, la recevabilité d'une nouvelle demande relève davantage des règles régissant la saisine de la CIJ, laquelle est concrétisée par l'acte de dépôt de la requête dans l'espèce, c'est-à-dire par la transmission de la requête au greffe de la Cour[191]. C'est donc tout naturellement que la Cour a rappelé qu'il incombait au demandeur, selon les articles 40 du *Statut de la CIJ* et 38 de son *Règlement*, de lui présenter le différend dont il entendait la saisir, et d'exposer ses demandes dans sa requête introductive d'instance[192]. On rappellera à ce titre que l'introduction d'une instance devant la Cour obéit à des règles strictes. La saisine de la Cour par le Nicaragua a eu pour effet de lier l'instance, c'est-à-dire de fixer les prétentions des parties et de déterminer le cadre du litige soumis à la Cour[193], de telle sorte que la réclamation ne pourra plus faire l'objet de modifications en cours d'instance.

Pourtant, la discipline procédurale qu'impose l'obligation d'indiquer l'objet du litige est assouplie par le pouvoir inhérent d'interprétation de la Cour. En effet, la CIJ se réserve un pouvoir d'interprétation de la requête aux fins de la détermination de l'objet de l'instance[194]. La Cour a rattaché la recevabilité de la nouvelle demande à sa connexité logique avec les prétentions principales exposées dans la requête.

---

188 *Ibid.*

189 Comme l'indique le professeur Mathias Forteau : « le principe du consentement à la juridiction ne signifie pas que la volonté des parties soit toute puissante. La saisine d'une juridiction est une rencontre, et par conséquent la volonté de celles-là doit s'accorder avec les pouvoirs attribués à celle-ci. C'est cela qui explique que, devant la Cour comme devant le Tribunal [du droit de la mer], les exceptions d'incompétence peuvent être soulevées d'office. L'une et l'autre veillent, en vertu d'un pouvoir judiciaire qui leur est propre et qui échappe à la volonté des parties, à ne pas se reconnaître une compétence qu'on voudrait leur octroyer si celle-ci ne leur est pas attribuée par leurs textes constitutifs ». Voir Mathias Forteau, « La saisine des juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) » dans Hélène Ruiz-Fabri et Jean-Marc Sorel, dir., *La saisine des juridictions internationales*, Paris, A. Pedone, 2006, 9 à la p. 80.

190 *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 au para. 104.

191 Forteau, *supra* note 189 à la p. 43.

192 *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 au para. 108.

193 Ainsi, la CIJ a indiqué dans l'affaire des *Essais nucléaires* que « c'est par rapport à la requête […] que la Cour doit examiner la nature et l'existence du différend porté devant elle ». *Essais nucléaires (Australie c. France)*, [1974] C.I.J. rec. 253 à la p. 260, au para. 24 [*Essais nucléaires (Australie c. France)*].

194 *Ibid.* à la p. 263, au para. 30; *Compétences en matière de pêcheries (compétence)* (*Espagne c. Canada)*, [1998] C.I.J. rec. 432 aux pp. 447 et 448, au para. 29.

Assumant une position de principe, la Cour commence son analyse de la recevabilité des prétentions territoriales nicaraguayennes en évacuant l'incidence de leur caractère nouveau par rapport à la requête originale. Tout en admettant que les revendications territoriales du Nicaragua constituaient bien une demande nouvelle[195], la Cour précise aussitôt que « la nouveauté d'une demande n'est pas décisive en soi pour la question de la recevabilité »[196]. Une demande, même nouvelle, est recevable si elle est « matériellement incluse dans la demande originelle », c'est-à-dire si elle est « implicitement incluse dans la requête » ou découle « directement de la question qui fait l'objet de cette requête »[197]. La Cour se livre ainsi à une analyse logique, se fondant sur la signification des termes juridiques à la base des demandes présentées par le Nicaragua dans sa requête. La recevabilité des nouvelles demandes tiendrait à ce que le différend devant la Cour ne se trouve pas modifié avant la fin de la procédure orale[198]. Cette limite à la recevabilité semble être l'unique prise en compte. En effet, dans le cas d'espèce, la Cour a estimé que

> pour tracer une frontière maritime unique dans une zone de la mer des Caraïbes où se trouvent plusieurs îles et rochers, la Cour devra examiner comment ces formations maritimes pourraient influer sur cette ligne frontière. Il lui faudra donc commencer par déterminer à quel État revient la souveraineté sur les îles et rochers situés dans la zone en litige. La Cour est tenue de procéder ainsi, qu'une demande formelle ait ou non été formulée en ce sens. Dans ces conditions, la demande relative à la souveraineté est implicitement contenue dans la question qui fait l'objet de la requête du Nicaragua, à savoir la délimitation des portions contestées de mer territoriale, de plateau continental et de zone économique exclusive, question dont elle découle directement.[199]

---

195 « La Cour observe que, d'un point de vue formel, la demande relative à la souveraineté sur les îles situées dans la zone maritime en litige, formulée par le Nicaragua dans ses conclusions finales, constitue une demande nouvelle par rapport à celles qui avaient été présentées dans la requête et dans les écritures. » *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 à la p. 34, au para. 109.

196 *Ibid.* au para. 110.

197 *Certaines terres à phosphates à Nauru (exceptions préliminaires) (Nauru c. Australie)*, [1992] C.I.J. rec. 240 aux pp. 265 et 266, aux para. 65 à 67; *Compétence en matière de pêcheries (fond) (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, [1974] C.I.J. rec. 174 à la p. 203, au para. 72; *Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thailande) (fond)*, [1962] C.I.J. rec. 6 à la p. 36.

198 Dans *Société commerciale de Belgique*, la CPJI rappelle que « [i]l y a lieu d'observer que la faculté laissée aux parties de modifier leurs conclusions jusqu'à la fin de la procédure orale doit être comprise d'une manière raisonnable et sans porter atteinte à l'article 40 du *Statut* et à l'article 32, alinéa 2, du *Règlement*, qui disposent que la requête doit indiquer l'objet du différend. La Cour n'a pas eu, jusqu'à présent, l'occasion de déterminer les limites de ladite faculté, mais il est évident que la Cour ne saurait admettre, en principe, qu'un différend porté devant elle par requête puisse être transformé, par voie de modifications apportées aux conclusions, en un autre différend dont le caractère ne serait pas le même. Une semblable pratique serait de nature à porter préjudice aux États tiers qui, conformément à l'article 40, alinéa 2, du *Statut*, doivent recevoir communication de toute requête afin qu'ils puissent se prévaloir du droit d'intervention prévu par les articles 62 et 63 du *Statut*. De même, un changement complet de la base de l'affaire soumise à la Cour pourrait exercer une répercussion sur la compétence de celle-ci ». *Société commerciale de Belgique (Belgique c. Grèce)* (1939), C.P.J.I. (sér. A/B) n° 78 à la p. 173.

199 *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 à la p. 35, au para. 114.

Or, bien que connexes, les deux différends soumis à la Cour demeurent distincts et sont soumis à des règles matérielles différentes. Aussi, puisque différents, chacun des conflits peut s'être cristallisé à une époque différente. Inévitablement, la CIJ conclut que chacun des conflits peut avoir une date critique différente et indépendante[200]. Conforme à la logique, sa position de la s'inscrit par ailleurs dans la relativisation doctrinale[201] et jurisprudentielle[202] de la distinction entre les réclamations territoriales, qui relèvent de l'attribution d'un territoire, et les réclamations relatives à la délimitation.

B. Détermination et délimitation de la souveraineté territoriale entre deux pays hispano-américains par la Cour lorsque l'*uti possidetis juris* est inopérant

Conformément à la méthodologie généralement appliquée en matière de conflits territoriaux, la Cour a d'abord déterminé quelle était la date critique (**1**) pour ensuite analyser les titres historiques invoqués par les parties (**2**). On sait que dans sa jurisprudence récente, la Cour a précisé que l'*uti possidetis juris*[203] « accorde au titre juridique la prééminence sur la possession effective comme base de souveraineté » dans le but d'« assurer le respect des limites territoriales au moment de l'accession à

---

200 *Ibid.* à la p. 37, aux para. 123 et s. Voir aussi José Joaquin Caicedo Demoulin, « ¿Debe Colombia presentar excepciones preliminares en el asunto sobre el differendo territorial y marítimo (Nicaragua c. Colombia)? » (2003) 1 International Law – Revista Colombiana de Derecho Internacional 157 aux pp. 157 à 282.

201 Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, « Fecha crítica y contenciosos territoriales : algunos desarrollos en la práctica jurisprudencial reciente » (1993) 10 Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional 369 aux pp. 390 à 395; Marcelo Kohen, « L'*uti possidetis* revisitée : l'arrêt du 11 septembre 1992 dans l'affaire *El Salvador-Honduras* » (1993) 97 R.G.D.I.P. 939 à la p. 944.

202 Voir *Différend frontalier (Burkina Faso c. Mali)*, [1986] C.I.J. rec. 554 aux pp. 563 et 564, au para. 17 : « Les Parties ont longuement discuté de la qualification du présent différend au regard d'une distinction parfois faite en doctrine entre "conflits frontaliers" ou "conflits de délimitation" et "conflits d'attribution territoriale". Selon cette distinction, les premiers viseraient les opérations de délimitation portant sur ce qu'on a pu appeler "une parcelle géographiquement non autonome", alors que les seconds auraient pour objet l'attribution de la souveraineté sur l'ensemble d'une entité géographique. Les Parties paraissent finalement avoir accepté l'une et l'autre que le présent différend s'apparente davantage aux conflits de délimitation, même si elles ne sont pas d'accord quant aux conséquences à en tirer. En fait, dans la très grande majorité des cas, comme en l'espèce, la distinction ainsi schématisée ne se résout pas ultimement en un contraste de genres mais exprime bien plutôt une différence de degré dans la mise en œuvre de l'opération considérée. En effet chaque délimitation, aussi étroite que soit la zone controversée que traverse le tracé, a pour conséquence de répartir les parcelles limitrophes de part et d'autre de ce tracé. […] Ainsi, dans les deux cas, il s'agit de clarifier une situation juridique déterminée avec effet déclaratoire à la date du titre juridique retenu par l'organe juridictionnel. Cette clarification elle-même n'en constitue pas moins un élément nouveau, celui dont la recherche a précisément amené les parties à s'adresser à l'organe concerné; en effet, en l'absence de controverse ou d'incertitude, les parties n'auraient point cherché à saisir un tribunal. C'est donc moins la nature et la qualification du présent différend que le *Statut de la Cour* et les termes du compromis qui doivent déterminer la nature et l'étendue du rôle et de la tâche de la Chambre en l'espèce ».

203 « Comme vous possédiez de droit, qu'ainsi vous possédiez : *uti possidetis juris ita possideatis*. » Jean Salmon, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, *s.v.* « *utis possedetis* ».

l'indépendance »[204]. Or, en l'espèce, la Cour a décidé de la souveraineté sur les îles litigieuses sans s'appuyer sur un quelconque titre historique, et ce, quand bien même qu'il eût s'agi d'un litige opposant deux parties hispano-américaines où l'*uti possidetis juris* était naturellement applicable (**3**).

1. LA DÉTERMINATION DE LA DATE CRITIQUE

Conformément à la pratique arbitrale et judiciaire qui remonte au XIX^e^ siècle[205], la Cour a précisé que le rôle de la date critique est de distinguer

> les actes accomplis à titre de souverain qui sont en principe pertinents aux fins d'apprécier et de confirmer des effectivités, et ceux postérieurs à cette date, lesquels ne sont généralement pas pertinents en tant qu'ils sont le fait d'un État qui, ayant déjà à faire valoir certaines revendications dans le cadre d'un différend juridique, pourrait avoir accompli les actes en question dans le seul but d'étayer celles-ci.[206]

Qui plus est, la Cour a souligné que la date critique était la date à laquelle le différend entre les parties s'était cristallisé, c'est-à-dire la date à laquelle « l'État demandeur [a] formulé, pour la première fois, une réclamation définitive sur le territoire contesté » par l'État défendeur[207]. On rappellera à ce sujet que

> l'antériorité ou la postériorité d'une situation ou d'un fait par rapport à une certaine date est une question d'espèce, tout comme constitue une question d'espèce le point de savoir quels sont les situations ou les faits au sujet desquels s'est élevé le différend.[208]

La Cour a considéré, s'agissant du différend quant à la souveraineté sur les îles, que la date critique du différend territorial se situait en 2001, lorsque le Nicaragua a « réservé » sa souveraineté sur les îles en litige pour la première fois dans son mémoire[209]. Le fait de situer la date critique au cours même de l'instance et à une date si proche de la décision elle-même ne manquera pas de surprendre, d'autant plus qu'il semble difficile d'assimiler les réserves d'une partie à une revendication territoriale définitive. La détermination de la date critique du conflit sur la délimitation maritime fut, comme il est usuel, plus facilement établie : la capture de navires de pêche honduriens par le Nicaragua en 1982 fut à l'origine d'une

---

[204] *Différend frontalier (fond)* (*Bénin c. Niger*), [2005], en ligne : CIJ <http://www.icjcij.org/cijwww/cdocket/cbn/cbnframe.htm>.

[205] Pour un historique de la date critique, voir Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, « L'*uti possidetis* et les effectivités dans les contentieux territoriaux et frontaliers » (1997) 263 Rec. des Cours 276.

[206] *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 aux pp. 35 et 36, au para. 117.

[207] Daniel Bardonnet, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé » (1976) 153 Rec. des Cours 9 à la p. 56.

[208] *Phosphates du Maroc (exceptions préliminaires) (Italie c. France)* (1938), C.P.J.I. (série A/B) n° 74 à la p. 24 [*Phosphates du Maroc*].

[209] *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 à la p. 38, au para. 127.

correspondance diplomatique entre les parties, dans laquelle elles exprimèrent des positions contradictoires sur l'existence de cette frontière[210].

2. L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'*UTI POSSIDETIS JURIS* DANS L'ABSENCE DE TITRES HISTORIQUES CLAIRS

S'agissant de la souveraineté sur les quatre îles, la Cour souligne que le principe de l'*uti possidetis juris* de 1821 s'applique à la délimitation territoriale entre le Nicaragua et le Honduras, puisque les deux États centraméricains sont deux anciennes provinces coloniales espagnoles[211]. L'application du principe entraîne les conséquences que l'on connaît, à savoir l'inexistence de *terra nullius* – donc de l'impossibilité d'acquérir des territoires par occupation effective[212], et de façon générale par l'effectivité[213] – et la prééminence du titre sur la possession effective, ainsi que de l'application du droit interne administratif et constitutionnel (et non pas le droit international) pour la preuve de l'étendue territoriale de la souveraineté.

En effet, la Cour admettait en principe que les îles n'étaient pas des territoires sans maître puisque l'*uti possidetis juris* repose entièrement sur la fiction – acceptée par les États hispano-américains – selon laquelle le monarque espagnol (et dorénavant les nouvelles républiques hispano-américaines) était souverain même sur des territoires inexplorés ou inoccupés[214]. Par conséquent, l'*uti possidetis juris* entraîne l'exclusion des autres titres de souveraineté et moyens d'acquisition de la souveraineté territoriale prévus par le droit international général au profit des seuls titres coloniaux, c'est-à-dire des décrets royaux, lois, décrets, ordonnances et autres décisions émanant des autorités coloniales compétentes pour fixer l'étendue des divisions administratives transférées aux États successeurs[215].

---

210 *Ibid.* à la p. 38, aux para. 129 et 130.

211 *Ibid.* aux para. 146 à 154.

212 La Commission nationale des limites interprovinciales de l'Argentine, dans son avis du 16 décembre 1980, a indiqué dans ce sens que « l'*uti possidetis juris* accepté par les États ibéro-américains à la date de 1810 – date critique en matière de limites entre anciennes colonies de l'Espagne – implique la reconnaissance des juridictions et de leurs délimitations telles qu'elles ont été imposées par l'État prédécesseur, indépendamment de l'occupation ou de la possession effective des territoires assignés à chaque circonscription territoriale ». Cité par Marcelo Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale*, Paris, Presses universitaires de France, 1997 à la p. 475 [Kohen, *Possession contestée*].

213 Comme l'a souligné la professeure Brigitte Stern, « il est clair tout d'abord que l'effectivité ne peut être à l'origine d'une acquisition de territoire, ce rôle ne pouvant être joué qu'à l'égard de territoires sans maîtres ». Brigitte Stern, *20 ans de jurisprudence de la Cour internationale de justice 1975 - 1995*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998 à la p. 707.

214 Comme l'a si justement remarqué le Conseil fédéral suisse dans sa sentence arbitrale relative aux frontières colombo-vénézuéliennes, « ce principe général [l'*uti possidetis juris*] offrait l'avantage de poser en règle absolue qu'il n'y a pas, en droit, dans l'ancienne Amérique espagnole, de territoire sans maître; bien qu'il existât de nombreuses régions qui n'avaient pas été occupées par les Espagnols et de nombreuses régions inexplorées ou habitées par des indigènes non civilisés, ces régions étaient réputées appartenir, en droit, à chacune des Républiques qui avaient succédé à la Province espagnole à laquelle ces territoires étaient rattachés en vertu des anciennes ordonnances royales de la mère patrie espagnole. Ces territoires, bien que non occupés en fait, étaient d'un commun accord considérés comme occupés en droit, dès la première heure, par la nouvelle République ». *Affaire des frontières colombo-vénézuéliennes (Colombie c. Venezuela)* (1922), (1922) 1 R.S.A. 223 à la p. 228 (Conseil fédéral suisse).

215 Sánchez Rodríguez, *supra* note 201 à la p. 316.

Or, ce monopole de l'*uti possidetis juris* dans les différends territoriaux s'avère intenable. Force est de constater que, comme dans la présente affaire, l'*uti possidetis juris* s'avère inopérant, quoique applicable en principe. C'est à juste titre que la Cour a souligné que

> l'*uti possidetis juris* présuppose que les autorités coloniales aient procédé à une délimitation entre les provinces coloniales concernées. Ainsi, pour que le principe de l'uti possideti juris puisse être appliqué aux îles en litige, il doit au préalable être démontré que la Couronne espagnole les avait attribuées à l'une ou à l'autre de ses provinces coloniales.[216]

Or, comme il découle de cette précision de la Cour, l'*uti possidetis juris* s'avère inopérant en l'absence de délimitation par les autorités coloniales ou lorsque le territoire en dispute fut octroyé à une tierce entité territoriale administrative regroupant les deux anciennes provinces ayant acquis leur indépendance. Tel fut le cas en l'espèce où les parties n'ont pu apporter des éléments probants sur l'attribution des îles au gouvernement du Honduras ou au commandement général du Nicaragua. En effet, les éléments de fait présentés semblaient plutôt indiquer que la capitainerie générale du Guatemala, puis ensuite le Vice-royaume de la Nouvelle Grenade, exerçaient la juridiction de la Couronne sur les zones dans lesquelles les îles litigieuses sont situées.

3. LES EFFECTIVITÉS COMME SEULS FONDEMENTS DE LA SOUVERAINETÉ TERRITORIALE

Ayant conclu que la souveraineté sur les îles litigieuses ne pouvait être établie sur la base de l'*uti possidetis juris* de 1821, la Cour a d'abord utilisé les effectivités coloniales à titre résiduel. En effet, l'effectivité peut être invoquée à titre résiduel – et ce, en renforcement de l'application du principe de *l'uti possidetis juris* – afin de déterminer la volonté des autorités coloniales dans l'attribution de la juridiction des îles à l'une ou l'autre des anciennes provinces dans la mesure où les titres coloniaux seraient ambigus ou en l'absence de preuve documentaire[217].

Pourtant, aucune effectivité coloniale n'a pu être prouvée en l'espèce, compte tenu du fait que les îles en question « étaient très peu peuplées, voire pas du tout » et « ne revêtaient pas à l'époque [coloniale] d'importance économique ou stratégique »[218]. Or, en expliquant l'absence d'effectivités coloniales par leur caractère « inexploré » ou « vaguement connu » et par le désintérêt de la Couronne espagnole à exercer « un quelconque semblant d'autorité administrative », la Cour ne reconnaît-elle pas, implicitement, que les îles étaient bien des *terra nullius* en 1821? Ne peut-on pas déceler dans le jugement de la Cour une remise en cause de la fiction

---

[216] *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 à la p. 44, au para. 158.

[217] *Honduras Borders (Guatemala c. Honduras)*, (1930) 2 R.S.A. 1307 aux pp. 1328 à 1334 (Tribunal international pour l'Amérique centrale); Sánchez Rodríguez, *supra* note 201 à la p. 317.

[218] *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 aux pp. 46 et 47.

fondatrice de l'*uti possidetis juris* ci-dessus indiquée lorsqu'elle affirme le fait que ce principe écarte la possibilité qu'un territoire sans maître ne dédouane les États successeurs de l'obligation de démontrer que les îles « relevaient du pouvoir colonial espagnol »[219]?

Confrontée à l'absence d'effectivités coloniales, la Cour conclut que le principe de *l'uti possidetis juris* est de peu d'aide pour la détermination de la souveraineté sur ces îles, dans la mesure où rien n'indique clairement si celles-ci furent attribuées, avant l'indépendance ou au moment de celle-ci, à la province coloniale du Nicaragua ou à celle du Honduras[220]. Elle décide alors de recourir aux « effectivités postcoloniales » pour déterminer la souveraineté sur les îles.

Cette référence élusive aux effectivités postcoloniales par la Cour est surprenante ici. En effet, la notion s'inscrit dans la mise en œuvre du principe de l'*uti possidetis juris*. Dans son arrêt de 1992, la Chambre de la Cour avait considéré que si l'acquisition de la souveraineté par occupation des îles en litige n'était pas possible (ce qui découle de l'inexistence de *terra nullius* en Amérique latine), la possession effective « pouvait constituer une effectivité, certes postcoloniale, révélatrice de la manière dont la situation juridique était perçue à l'époque. La possession étayée par l'exercice de la souveraineté peut être considérée comme une preuve confirmant le titre d'*uti possidetis juris* »[221]. En principe[222], les effectivités postcoloniales ne se substituent pas à ce principe et ne priment pas; elles ne peuvent que confirmer par les actes un état de droit antérieur.

Or, dans la présente affaire, la Cour entend bien se placer en dehors du cadre de l'*uti possidetis juris* puisqu'elle affirme par ailleurs qu'« il n'a donc pas été établi que le Honduras ou le Nicaragua possédait un titre sur ces îles en vertu de l'*uti possidetis* »[223]. La preuve en est que la Cour décide que « l'existence d'un titre souverain peut être déduite de l'exercice effectif sur un territoire donné de pouvoirs relevant de l'autorité de l'État », puisque selon les règles de droit international général telles qu'elles furent exposées par la CPJI, en l'absence de titre juridique, la souveraineté doit être fondée sur « l'intention et la volonté d'agir en qualité de souverain, et quelque manifestation ou exercice effectif de cette autorité »[224]. C'est donc par référence aux éléments de la possession, sous couverts d'effectivités postcoloniales, que la Cour entend trancher le conflit territorial qui lui est présenté.

On pourra difficilement s'offusquer de cette démarche dans un cas où l'*uti possidetis juris* a démontré les défaillances que nous avons dénoncées : « il s'agit d'un principe incapable d'offrir une délimitation claire et stable dans toutes les

---

219 *Ibid*. à la p. 44, au para. 157.

220 *Ibid*. aux pp. 47 et 48, aux para. 168 à 171.

221 *Différend frontalier, terrestre, insulaire et maritime (Salvador c. Honduras)*, [1992] C.I.J. rec. 351 à la p. 566, au para. 347.

222 Voir néanmoins les critiques faites par Kohen, *Possession contestée*, *supra* note 212 aux pp. 477 et s. et Sánchez Rodríguez, *supra* note 201 à la p. 236, à la n. 221, qui considèrent que la Chambre a déplacé le comportement antérieur par le comportement ultérieur des Parties.

223 *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 à la p. 47, au para. 167.

224 *Ibid*. à la p. 48, au para. 172.

hypothèses et d'autres règles devront être appliquées pour attribuer la souveraineté territoriale »[225]. Qui plus est, on remarquera que le rôle confirmatif et interprétatif des titres juridiques dévolu aux effectivités dans la jurisprudence antérieure de la Cour est tributaire de la date critique. En effet, lorsque la date critique est celle de l'indépendance ou lui est proche, le rôle subsidiaire des effectivités par rapport aux titres juridiques conserve tout son sens. Mais, comme dans le cas d'espèce, lorsque la date critique est fixée en 2001, soit presque cent quatre-vingt ans plus tard, le monopole de *l'uti possidetis juris* comme titre de souveraineté s'avère difficile à soutenir et d'autres titres doivent être pris en compte.

C'est donc sur la base des seules effectivités que la souveraineté sur les quatre îles litigieuses fut tranchée par la Cour. Ce faisant, la CIJ prit soin de souligner que « la souveraineté sur des formations maritimes mineures, telles que les îles en litige entre le Honduras et le Nicaragua, peut dès lors être établie sur la base d'une manifestation relativement modeste, d'un point de vue tant qualitatif que quantitatif, des pouvoirs étatiques »[226], et elle a justifié l'attribution des îles au Honduras malgré la faiblesse des effectivités par le fait qu'il s'agissait de très petites îles inhabitées ou habitées de façon non permanente dont l'importance économique était modeste, ce qui explique que les effectivités soient généralement peu nombreuses[227]. Et pour cause, la Cour a retenu comme effectivités du Honduras[228] sur les quatre îles : (i) l'application du droit pénal et du droit civil du Honduras dans deux affaires ainsi qu'une opération de lutte anti-narcotique dans les années quatre-vingt-dix; (ii) la réglementation de l'immigration et la délivrance de permis de travail à l'égard des habitants des îles en 1999 et 2000 ainsi que la visite des agents honduriens des services de l'immigration; (iii) la délivrance par le gouvernement hondurien de permis de construction et d'entreposage de matériel de pêche; et (iv) l'autorisation par le Honduras de l'installation d'une antenne sur une des îles pour le compte d'une entreprise pétrolière dans le cadre d'activités de prospection pétrolières ainsi que la perception de taxes au titre de ces activités[229]. Ces agissements constituent indéniablement l'exercice du pouvoir juridictionnel et réglementaire du Honduras, tout comme l'exécution de travaux publics constitutive d'effectivités en tant que manifestation de l'exercice de la souveraineté.

On remarquera néanmoins que ces manifestations étaient par trop éparses et rares, et loin de correspondre à la manifestation constante et ininterrompue pendant

---

225 Caicedo Demoulin, *supra* note 200 à la p. 199.

226 *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 à la p. 49, au para. 174.

227 *Ibid*. à la p. 56, au para. 208 : « La Cour conclut que les effectivités invoquées par le Honduras établissent une « intention et [une] volonté d'agir en qualité de souverain » et constituent une manifestation modeste mais réelle d'autorité sur les quatre îles (*Statut juridique du Groënland oriental*, arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B nº 53, à la p. 46; voir également *Minquiers et Ecréhous (France/Royaume-Uni)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, à la p. 71). Bien qu'il n'ait pas été établi que les quatre îles revêtent une importance économique ou stratégique, et en dépit de la rareté des actes d'autorité étatique les concernant, le Honduras a démontré un ensemble de comportements suffisant pour manifester son intention d'agir en qualité de souverain à l'égard de Bobel Cay, Savanna Cay, Port Royal Cay et South Cay ».

228 *Ibid.* aux pp. 49 à 57.

229 *Ibid*. aux pp. 58 à 62.

une longue période à l'origine de la souveraineté sur un territoire en vertu d'une occupation. Pourtant, non seulement le Nicaragua fut incapable d'apporter la preuve de sa volonté d'agir en qualité de souverain et d'une quelconque manifestation de l'exercice de sa souveraineté, mais il n'a surtout présenté aucune protestation aux manifestations honduriennes ci-dessus indiquées. Plus essentiellement, on notera que c'est l'essence même du principe d'effectivité en droit international qui exige que l'analyse de la valeur juridique des manifestations de l'exercice de souveraineté ainsi que – et surtout – leur absence soit adaptée ou conditionnée par le juge international aux réalités de l'espèce. Qu'il s'agisse de déterminer si un État a agi suffisamment en tant que souverain pour revendiquer la souveraineté d'un territoire ou qu'il s'agisse de déterminer si, au contraire, n'ayant pas agi en tant que souverain, l'État s'est rendu responsable par son manque de vigilance des dommages causés à un autre État par des tiers sur son territoire, le principe d'effectivité exige que le juge international prenne en compte le contexte dans lequel l'exercice, ou non, des prérogatives à opérer s'est effectué[230].

C. La délimitation maritime

Après avoir constaté l'inexistence d'une frontière maritime unique (**1**), la Cour a délimité la mer territoriale des îles litigieuses en suivant la méthode générale de l'équidistance (**2**). S'agissant des espaces maritimes adjacents aux côtes des parties, la Cour a procédé à leur délimitation par l'application de la méthode des bissectrices (**3**).

1. L'INEXISTENCE D'UNE FRONTIÈRE MARITIME UNIQUE

Le Honduras soutenait que le principe de l'*uti possidetis juris* était applicable à la zone maritime au large des côtes du Honduras et du Nicaragua, et que le 15e

[230] La Cour interaméricaine des droits de l'homme a souligné que la responsabilité de l'État pour manque de vigilance ou par négligence devait être appréciée « raisonnablement » en prenant en compte les circonstances de fait et de droit du cas d'espèce, ainsi que des caractéristiques de fait de l'État; *Velásquez Rodríguez c. Honduras* (1988), Inter-Am. Ct. H.R. (Sér. C) n° 4 aux para. 173 et 174. Le Tribunal arbitral institué pour trancher le différend entre l'Argentine et l'Uruguay au sujet du blocage du pont international reliant les deux pays a également conditionné la responsabilité pour manque de vigilance aux moyens dont disposait l'Argentine; « Laudo del Tribunal arbitral "ad hoc" de MERCOSUR constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre "Omisión del Estado Argentino en Adoptar Medidas Apropiadas para Prevenir y/o Hacer Cesar los Impedimentos a la Libre Circulación Derivados de los Cortes en Territorio Argentino de vías de Acceso a los Puentes Internacionales Gral. San martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay », 6 septembre 2006, aux para. 116 et s., en ligne : MERCOSUR <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20 intermediario/es/controversias/arquivos/TPR_Tribunal%20AdHoc_Laudo%20Libre%20Circulacion_ES.pdf>. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la CIJ a d'abord déterminé si l'Albanie, compte tenu des circonstances de fait, pouvait raisonnablement avoir connaissance de la présence des mines posées par la Yougoslavie ou aurait dû au moins savoir; *Affaire du détroit de Corfou (fond) (Royaume-Uni c. Albanie)*, [1949] C.I.J. rec. 4 aux pp. 18 à 22. Pour une analyse de cette pondération, voir Charles De Visscher, *Les effectivités en droit international public*, Paris, A. Pedone, 1967 aux pp. 118 à 122.

parallèle constitue la ligne de délimitation maritime résultant de l'application de ce principe[231]. Selon le Honduras, à la date de l'indépendance, en 1821, il existait le long du 15e parallèle une limite entre les juridictions maritimes jusqu'à au moins six milles marins au large du cap Gracias a Dios, laquelle engendrait une présomption de titre du Honduras sur le plateau continental et la zone économique exclusive au nord du 15e parallèle[232].

Dans son contexte original, c'est-à-dire hispano-américain, l'*uti possidetis juris* (de 1821 ou de 1810) est inapplicable pour des raisons évidentes à la délimitation des espaces maritimes qui n'ont été consacrés par le droit international qu'au XXe siècle. La Couronne espagnole n'avait pas fixé des lignes de délimitation maritime pour ses provinces mais avait, néanmoins, attribué une certaine juridiction maritime en matière de sécurité et de pêche aux divisions administratives de son empire. Compte tenu des espaces maritimes restreints reconnus par le droit international au XIXe siècle, l'*uti possidetis juris* peut, comme le reconnaît la Cour dans l'espèce, jouer un rôle dans la délimitation des « baies et mers territoriales historiques »[233]. Pourtant, comme l'avait déjà reconnu la Chambre de la Cour en 1992[234], la Cour constate l'absence de toute délimitation maritime fondée sur l'*uti possidetis juris* de 1821[235].

Le Honduras prétendait par ailleurs à l'existence d'un accord tacite portant sur l'établissement du 15e parallèle comme frontière maritime unique. Tout en concédant qu'il n'existait pas de « traité bilatéral formel et écrit » régissant la délimitation, le Honduras fit valoir que, depuis le prononcé de la sentence du roi d'Espagne de 1906, la pratique des parties en matière de concessions pétrolières avait toujours concordé et avait même été coordonnée le long du 15e parallèle, ce qui

---

231 *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 à la p. 62, au para. 229.

232 *Ibid*. à la p. 62, au para. 230.

233 *Ibid*. à la p. 63, au para. 232. On rappellera à ce sujet que dans l'affaire *Salvador c. Nicaragua* devant la Cour centraméricaine de justice, il fut décidé que les nouveaux États centraméricains ont hérité du statut juridique du Golfe de Fonseca existant durant la période coloniale; « The Republic of Salvador v. the Republic of Nicaragua – Central American Court of Justice: Opinion and Decision of the Court » (1917) 11 A.J.I.L. 674. Dans le même sens, *Différend frontalier, terrestre et insulaire* (*Salvador c. Honduras*) ,[1992] C.I.J. rec. 351 à la p. 589, au para. 385 [*Différend frontalier, terrestre et insulaire*]. Sur la question de l'*uti possidetis juris* et la délimitation des espaces maritimes voir Giuseppe Nesi, « Uti possidetis juris e delimitazioni marittime », 74 R.D.I. 534; Kohen, *Possession contestée*, *supra* note 212 aux pp. 461 et s.

234 *Différend frontalier, terrestre et insulaire*, *supra* note 233 à la p. 598, au para. 400.

235 En outre, Cour relève que « au moment de l'indépendance, le Nicaragua et le Honduras, en tant que nouveaux États indépendants, avaient droit, en vertu du principe de l'*uti possidetis juris*, aux territoires continentaux et insulaires ainsi qu'aux mers territoriales des provinces correspondantes. La Cour a toutefois déjà conclu qu'il n'était pas possible de déterminer la souveraineté sur les îles en question sur la base du principe de l'*uti possidetis juris* (voir paragraphe 158 ci-dessus). Il n'a pas davantage été démontré que la Couronne espagnole aurait réparti sa juridiction maritime entre les provinces coloniales du Nicaragua et du Honduras, même dans les limites de la mer territoriale. Si l'on peut certes accepter l'idée que tous les États ont accédé à l'indépendance en ayant eu droit à une mer territoriale, cette réalité juridique ne détermine pas le tracé de la frontière maritime entre les mers adjacentes des États voisins. Dans les circonstances de la présente affaire, il ne peut être dit que le principe de l'*uti possidetis juris* a servi de base à une ligne de partage maritime le long du 15e parallèle ». *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 à la p. 63, au para. 234.

dénotait l'existence d'un accord tacite. L'existence d'une frontière le long du 15e parallèle convenue tacitement serait reconnue, selon le Honduras, par la pratique de tierces parties[236].

On sait que le droit international n'attache pas la même importance aux formalismes des actes juridiques que le droit interne et que, malgré la référence faite par l'article 2 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* au caractère écrit d'un traité, le droit international reconnaît l'existence d'accords tacites. Cela étant, s'agissant d'accords de délimitation, la Cour rappelle que le principe de stabilité et de clarté des frontières crée une présomption contraire à l'existence d'un accord tacite :

> Les éléments de preuve attestant l'existence d'un accord tacite doivent être convaincants. L'établissement d'une frontière maritime permanente est une question de grande importance, et un accord ne doit pas être présumé facilement. Une ligne de facto pourrait dans certaines circonstances correspondre à l'existence d'une frontière convenue en droit ou revêtir davantage le caractère d'une ligne provisoire ou d'une ligne à vocation spécifique, limitée, telle que le partage d'une ressource rare. Même s'il y avait eu une ligne provisoire jugée utile pour un certain temps, cela n'en ferait pas une frontière internationale.[237]

Bref, l'accord doit émaner de façon claire et certaine de la volonté des parties et se manifester de leurs comportements, ce qui est naturel dans la mesure où il est question de déterminer une frontière claire et stable. En l'espèce, le comportement des parties, plutôt que de démontrer l'existence d'un accord tacite sur l'utilisation du 15e parallèle comme frontière maritime unique, dénotait au contraire leur incertitude. Ainsi, le Nicaragua avait réservé sa position concernant sa frontière maritime avec le Honduras lors de l'octroi des concessions pétrolières par le Honduras. Par ailleurs, l'utilisation du 15e parallèle comme ligne divisant les espaces de pêche ainsi que comme frontière aux fins de l'octroi de concessions pétrolières, bien que réelle, n'eut lieu que « dans une courte période de temps », ce qui revient à dire que la volonté de fixer une frontière stable, claire et pérenne (ce que les parties à un accord de limitation doivent chercher en principe) faisait défaut. Enfin, la reconnaissance des tiers, et notamment de la Colombie, fut contredite par le Nicaragua[238].

2. LA DÉLIMITATION DE LA MER TERRITORIALE DES ÎLES LITIGIEUSES

Le fait que le Nicaragua ait revendiqué la souveraineté sur les îles et les cayes situés dans la zone litigieuse a mené la Cour à établir le régime juridique de chacune des îles et de chacun des cayes en question au regard du droit de la mer. S'agissant de Bobel Cay, Savanna Cay, Port Royal Cay et South Cay, les parties étaient d'accord sur le fait qu'il s'agissait d'îles au sens de l'article 121 de la

---

236 *Ibid*. à la p. 64, au para. 237.
237 *Ibid.* à la p. 69, au para. 253.
238 *Ibid*. à la p. 68, au para. 251.

Convention des Nations unies sur le droit de la mer[239]. Aucune des parties n'a soutenu l'idée selon laquelle les îles litigieuses étaient pertinentes pour tracer la frontière du plateau continental et de la zone économique exclusive (ZEE) et elles n'ont pas revendiqué de zones maritimes au-delà de la mer territoriale pour ces îles. S'agissant des cayes, aucune des parties n'a prétendu qu'ils engendraient plus de douze milles marins de mer territoriale. Tout en rappelant, d'une part, la distinction entre les formations qui ne sont pas découvertes en permanence et qui se trouvent placées dans la mer territoriale et les îles, et d'autre part, que les hauts-fonds découvrants situés au-delà de la mer territoriale ne sont pas dotés d'une mer territoriale propre, la Cour a soigneusement omis de prendre position quant à la nature des cayes[240].

Ayant attribué la souveraineté de Bobel Cay, Port Royal Cay, Savanna Cay et South Cay au Honduras, la Cour fut appelée à délimiter les zones de la mer territoriale des îles honduriennes et nicaraguayennes qui, se faisant face dans la zone litigieuse, se chevauchaient. Le Honduras réclamait une mer territoriale de douze milles marins pour chacune des îles, tandis que le Nicaragua, tout en reconnaissant qu'en principe les îles pouvaient engendrer une mer territoriale de douze milles marins, invoquait des considérations d'équité devant mener la Cour à décider d'un enclavement des îles dans une mer territoriale réduite à trois milles marins[241].

Dans un premier temps, la Cour a rejeté la demande du Nicaragua consistant à réduire à trois milles marins la mer territoriale des îles honduriennes au nom de l'équité du fait que le Honduras obtiendrait une part disproportionnée des zones maritimes litigieuses. En effet, en rappelant que l'article 3 de la *Convention de Montego Bay* consacrait en faveur du Honduras, en tant que souverain des îles, le droit de fixer une mer territoriale de douze milles marins, la Cour a précisé que ce n'était qu'en cas de chevauchements entre les mers territoriales situées autour des îles honduriennes et nicaraguayennes qu'une mer territoriale inférieure pouvait être délimitée[242]. Cela était le cas pour trois des quatre îles honduriennes qui font face à Edinburgh Cay, île sous souveraineté nicaraguayenne.

La Cour a ensuite rappelé que la délimitation de la mer territoriale des îles se faisant face devait être réalisée en appliquant la méthode de l'équidistance et des circonstances spéciales. La détermination de la ligne de démarcation des mers territoriales des îles se faisant face suit ainsi une approche en deux étapes : premièrement, une ligne d'équidistance est tracée comme hypothèse à titre provisoire puis, deuxièmement, cette ligne provisoire est examinée à la lumière des circonstances spéciales pouvant justifier une correction de l'équidistance[243]. La Cour a ainsi tracé une ligne équidistante dans les zones de chevauchements des mers

---

239 *Convention des Nations unies sur le droit de la mer*, 10 décembre 1982, 1834 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 16 novembre 1994) [*Convention de Montego Bay*]; *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 aux pp. 34 et 35, aux para. 113 à 115.

240 *Ibid*. aux pp. 40 et s.

241 *Ibid*. aux pp. 82 et 83, aux para. 300 et s.

242 *Ibid*. aux pp. 82 et 83, aux para. 301 et 302.

243 *Ibid*. à la p. 83, au para. 303.

territoriales des trois îles honduriennes et de l'île nicaraguayenne en utilisant les coordonnées de ces îles comme points de base. Puis, n'ayant trouvé aucune circonstance spéciale, elle n'a pas ajusté la ligne d'équidistance[244].

3. LA DÉLIMITATION PAR L'APPLICATION DE LA MÉTHODE DES BISSECTRICES

La Cour exclut le principe général consistant à commencer par identifier la ligne d'équidistance pour ensuite regarder s'il existe ou non des circonstances spéciales qui justifient de s'écarter de la ligne d'équidistance pour obtenir un résultat équitable. Bien que cette décision puisse être vue de prime abord comme une déviation de la jurisprudence en la matière, les circonstances géomorphologiques et géologiques de la côte ont rendu impossible de définir des points de base et, par conséquent, de tracer une ligne de base et ensuite une ligne d'équidistance. La Cour a alors décidé d'adopter la méthodologie préconisée par le Nicaragua, à savoir l'utilisation de la bissectrice de l'angle formé par les deux façades côtières.

a) L'exclusion du principe de l'équidistance

La Cour rappelle dans un premier temps les règles applicables à la délimitation des différents espaces maritimes, en commençant par l'article 15 de la *Convention de Montego Bay*. Après avoir souligné que cet article prévoit la méthode de la ligne d'équidistance corrigée par les circonstances spéciales, la Cour ajoute que « lorsqu'il s'agit d'établir une ligne couvrant plusieurs zones de juridiction qui coïncident, la méthode dite des principes équitables et des circonstances pertinentes peut utilement être appliquée, cette méthode permettant également d'aboutir dans ces zones maritimes à un résultat équitable »[245]. En d'autres termes, la méthode prévue par l'article 15 peut être utilisée pour « aboutir à une solution équitable » dans la délimitation de la zone économique exclusive et du plateau continental (articles 74 et 83 de la *Convention de Montego Bay*). Il convient à ce titre de souligner que, bien que ces articles n'établissent aucune méthode de délimitation comme étant obligatoire, l'utilisation de l'équidistance et des circonstances correctives est une constante jurisprudentielle[246]. Cette constance s'explique par la nécessité d'éviter des déterminations subjectives[247] puisque, comme l'a souligné la Cour en l'espèce, « elle

---

244 *Ibid*. à la p. 72, au para. 263.

245 *Ibid*. à la p. 74, au para. 271.

246 *Barbade c. Trinidad Tobago* (2006), (CPA) aux para. 243 et 306, en ligne : CPA <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Final%20Award.pdf>; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, [2002] CIJ rec. à la p. 303, en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/94/7452.pdf>; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (fond) (Qatar c. Bahreïn)*, [2001] CIJ. rec. 40 à la p. 41, en ligne : <http://www.icj-cij.org/docket/files/87/7026.pdf>; *Érythrée c. Yémen* (1996), (Cour permanente d'arbitrage [CPA]), en ligne : CPA <http://www.pca-cpa.org/upload/files/EY%20Phase%20II.PDF>; *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, [1993] C.I.J. rec. 38.

247 *Barbade c. Trinidad Tobago*, *ibid*.

a une certaine valeur intrinsèque en raison de son caractère scientifique et de la facilité relative avec laquelle elle peut être appliquée »[248].

L'équidistance est définie par l'article 15 de la *Convention de Montego Bay* comme étant « la ligne […] dont tous les points sont équidistants des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun des deux États ». Il s'agit d'une simple primauté de la ligne médiane et non d'une exclusivité[249]. La Cour souligne à ce titre que « la méthode de l'équidistance n'a pas automatiquement la priorité sur les autres méthodes de délimitation et, dans certaines circonstances, des facteurs peuvent rendre son application inappropriée »[250].

Tout d'abord la Cour a tenté de tracer une ligne de base au large des côtes continentales des parties. Or, des difficultés d'ordre géomorphologiques et géologiques se sont posées. La frontière terrestre entre le Honduras et le Nicaragua prend fin au cap Gracias a Dios et, plus précisément, à l'embouchure du fleuve Coco. Le cap Gracias a Dios constitue le point de convergence des façades côtières des deux États. La convergence des deux littoraux est accentuée par le cap qui est une projection territoriale convexe. La forme de l'embouchure du fleuve Coco change constamment, et des îlots et hauts fonds instables se constituent là où le fleuve dépose une grande partie de ses sédiments. Ceci donne à l'embouchure et aux îles et îlots près de l'embouchure un caractère très instable. Dans ces conditions, la Cour renonce à fixer les deux points de base sur l'une et l'autre rive du fleuve Coco puisque, devant être le plus proche l'un de l'autre, une erreur de placement aurait des effets néfastes au fur et à mesure que la ligne de base s'éloignerait de la côte. De plus, le Honduras et le Nicaragua diffèrent d'opinion sur l'interprétation de la sentence arbitrale du roi d'Espagne sur la souveraineté des îlots formés à l'embouchure du fleuve Coco[251]. La Cour conclut alors avec lucidité qu'elle était dans l'impossibilité de définir les points de base et donc de tracer la ligne de base pour construire une ligne d'équidistance provisoire pour établir une frontière maritime unique au large des côtes continentales des parties[252].

La Cour a alors tenté d'utiliser les saillies de part et d'autre du cap Gracias a Dios comme points de base. Or, à l'audience, chacune des parties avait revendiqué une île située à l'embouchure du fleuve Coco. La Cour considéra que le caractère instable de l'embouchure de ce fleuve était tel que « les îles les plus grandes sont susceptibles de s'intégrer à la côte la plus proche » et que le devenir d'îles plus petites était incertain et donc « en raison des caractéristiques changeantes de la zone en question, la Cour ne se prononcera pas sur l'attribution d'un titre souverain sur les îles

---

248 *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 à la p. 74, au para. 272.

249 *Guyane c. Suriname* (2007), (CPA) à la p. 93, au para. 296, en ligne: CPA <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Guyana-Suriname%20Award.pdf>.

250 *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 à la p. 74, au para. 272.

251 *Ibid.* aux pp. 75 et 76, aux para. 277 à 279.

252 *Ibid.* à la p. 76, au para. 280.

situées dans l'embouchure du fleuve Coco »[253]. La Cour ne pouvait, comme le défendait le Honduras, utiliser les îles comme points de base, d'autant plus que

> quels que soient les points de base qui seraient utilisés pour le tracé d'une ligne d'équidistance, la configuration et la nature instable des côtes pertinentes, y compris les îles en litige qui se sont formées dans l'embouchure du fleuve Coco, rendraient en peu de temps incertains ces points de base (qu'ils soient situés au cap Gracias a Dios ou ailleurs).[254]

Ainsi, ne pouvant définir des points de base et donc tracer de ligne de base, la Cour n'a pu recourir à la méthode de la ligne d'équidistance prévue par l'article 15 de la *Convention de Montego Bay*, laquelle suppose la ligne de base[255]. Or, puisque cette disposition prévoit qu'elle « ne s'applique cependant pas dans le cas où, en raison de l'existence de titres historiques ou autres circonstances spéciales, il est nécessaire de délimiter autrement la mer territoriale des deux États », la Cour a considéré que les problèmes géomorphologiques de l'espèce étaient une « circonstance spéciale » l'autorisant à user de l'exception à l'équidistance[256].

b) La nécessaire application de la méthode de la bissectrice

Dans l'impossibilité de recourir à l'équidistance pour établir la frontière maritime unique, la Cour adopta la méthode suggérée par le Nicaragua, à savoir la bissectrice de l'angle formé par les lignes représentant la direction générale des côtes des deux États et qui les divise en deux parts égales.

On sait que la géographie côtière est à la base de toute délimitation maritime, car, comme l'a signalé la Cour dans l'affaire *Golfe du Maine*, « une ligne de délimitation à tracer dans une aire est fonction de la configuration des côtes »[257]. Bref, la géographie côtière est le facteur déterminant de la délimitation maritime. Or, si normalement « les faits géographiques ne sont pas le produit d'une activité humaine passible d'un jugement positif ou négatif, mais le résultat de phénomènes naturels et ne peuvent donc qu'être constaté tels qu'ils sont »[258], la méthode de la ligne bissectrice risque de relever d'une évaluation subjective de la Cour dans la détermination des façades côtières pertinentes[259].

---

253 *Ibid*. à la p. 41, au para. 145.

254 *Ibid*. à la p. 76, au para. 280.

255 Ceci découle de la définition de la « ligne de base » de la Division des affaires maritimes et du droit de la mer des Nations unies : « ligne à partir de laquelle sont mesurées les limites extérieures de la mer territoriale d'un État et les limites extérieures de certaines autres zones relevant de la juridiction de l'État côtier ». *Manuel sur la délimitation des frontières maritimes*, New York, Nations unies, 2001 à la p. 141. Dans la même publication, il est précisé que « les lignes de base sont particulièrement utiles pour traces une ligne de stricte équidistance », *ibid.* à la p. 30.

256 *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 aux pp. 76 et 77, aux para. 280 et 281.

257 *Affaire du Golfe du Maine*, [1984] C.I.J. rec. 246 à la p. 330, au para. 205.

258 *Ibid*. à la p. 271, au para. 37.

259 Dans ce sens, Martin Pratt, « Commentaire : *Affaire relative au différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)* » (2 décembre 2007)

La Cour a donc dû relever le défi de respecter la situation géographique réelle en déterminant ce qu'étaient les côtes pertinentes des États côtiers pour le tracé de la ligne bissectrice. Pour ce faire, elle souligne que

> la méthode de la bissectrice tend elle aussi à exprimer les relations côtières pertinentes, mais elle le fait sur la base de la macrogéographie d'un littoral représenté par une droite joignant deux points sur la côte. Aussi, en cas de recours à la méthode de la bissectrice, faut-il veiller à ne pas "refaire la nature entièrement".[260]

Dans ces conditions, il semble logique que la Cour ait rejeté les critères économiques (accès équitable aux ressources naturelles) et de sécurité (accès équitable au principal chenal navigable dans les zones côtières adjacentes) invoqués par le Nicaragua comme facteurs pertinents pour tracer les façades côtières que la ligne bissectrice recoupe : « les éléments clefs à prendre en considération sont plutôt la configuration géographique de la côte et les caractéristiques géomorphologiques de la zone où se trouve le point terminal de la frontière terrestre »[261].

La Cour considéra que le point de jonction des deux lignes de façades à tracer était le point terminal de la frontière terrestre, fixé dans l'embouchure du fleuve Coco par une commission mixte créée pour démarquer la frontière par la pose de bornes en 1962. Puis, contrairement aux positions respectives des parties, la Cour se servit de lignes de façades côtières courtes en évitant de déterminer les points terminaux des façades côtières. En effet, la Cour a considéré que tracer la façade côtière du point de jonction dans le cap Gracias a Dios aux frontières du Honduras et du Guatemala, d'un côté, et du Nicaragua et du Costa Rica, de l'autre, amputait ou accordait une partie importante de territoire du Honduras très éloignée pourtant de la zone à délimiter et formait un angle trop aigu pour tracer la bissectrice. La Cour a alors tracé comme façades côtières, aux fins de l'établissement de la bissectrice, une ligne allant du point de jonction dans le cap Gracias a Dios au phare de Punta Patuca (pour la façade côtière hondurienne), et du point de jonction dans le cap Gracias a Dios à Wouhnta (pour la façade côtière nicaraguayenne)[262]. Bien que la détermination de la direction générale des façades côtières ne réponde pas à une méthodologie précise, elle relève clairement d'un souci d'établir une ligne qui reflète au mieux la géographie pertinente et la direction des côtes. Une fois les façades côtières établies, la Cour a pu déterminer que la bissectrice avait un azimut de 70° 14' 41, 25"[263].

En l'absence de ligne de base, la Cour a appuyé la position hondurienne de prendre pour point de départ la frontière maritime située à trois milles marins du point de jonction des deux façades côtières[264]. Ce faisant, une discontinuité fut créée entre

---

à la p. 6, en ligne : The Hague Justice Portal <http://www.haguejusticeportal.net/eCache/DEF/8/633.c2V0TGFuZz1GUiZMPUZS.html>.

260 *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 à la p. 79, au para. 289.

261 *Ibid*. à la p. 80, au para. 292.

262 *Ibid*. à la p. 80, aux para. 293 à 297.

263 *Ibid*. aux pp. 80 et 81, aux para. 296 à 298.

264 *Ibid*. à la p. 87, au para. 311.

le point terminal de la frontière terrestre située au cap Gracias a Dios, et le point de départ de la frontière maritime. La Cour a alors invité les parties à négocier de bonne foi en vue de convenir le tracé de la mer territoriale située entre ces deux points[265].

Quant au point terminal de la frontière maritime, la Cour a analysé l'incidence de celle-ci sur les droits de la Colombie, pays avec lequel le Honduras et le Nicaragua ont des frontières maritimes, pour déterminer si le 82e méridien devait être considéré comme point terminal de la frontière maritime du Nicaragua et du Honduras. En toute logique, la Cour s'est refusée à dire si le *Traité sur des questions territoriales*[266] de 1928, conclu entre la Colombie et le Nicaragua, prévoyait ou non une frontière maritime le long du 82e méridien à partir du 11e parallèle et jusqu'au 15e parallèle, puisque la validité même du traité faisait l'objet d'une instance devant la Cour entre le Nicaragua et la Colombie. La Cour a néanmoins indiqué que, dans la mesure où la frontière tracée par elle se trouvait au nord du 15e parallèle lorsqu'elle rencontre le 82e méridien, elle ne couperait pas la frontière colombo-nicaraguayenne et n'affecterait donc pas les droits de la Colombie. De même, dans la mesure où les droits de la Colombie en vertu du traité de délimitation conclu avec le Honduras ne s'étendent pas au nord du 15e parallèle, ses droits ne sont pas affectés par la frontière établie par la Cour[267]. La CIJ a ainsi décidé que, même si elle ne pouvait pas établir un point terminal de la frontière maritime, celle-ci s'étendait au-delà du 82e méridien sans porter atteinte aux droits des tierces parties. La seule limite énoncée par la Cour fut celle des deux cents milles marins de la zone économique exclusive et du plateau continental :

> La ligne ne saurait en aucun cas être interprétée comme se prolongeant à plus de 200 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale; toute prétention relative à des droits sur le plateau continental au-delà de 200 milles doit être conforme à l'article 76 de la CNUDM [Convention des Nations unies pour le droit de la mer] et examinée par la Commission des limites du plateau continental constituée en vertu de ce traité.[268]

V. *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie) : exceptions préliminaires*[269]

Le 6 décembre 2001, le Nicaragua a déposé une requête introductive d'instance contre la Colombie demandant à la CIJ de déterminer la souveraineté territoriale sur les îles qui forment l'archipel de San Andrés et Providencia, ainsi que

---

265 *Ibid*.

266 *Traité sur des questions territoriales* (*Esguerra-Bárcenas*), Colombie et Nicaragua, 24 mars 1928 [*Traité de Esguerra-Bárcenas*].

267 *Nicaragua c. Honduras*, *supra* note 185 aux pp. 89 et 90, aux para. 315 à 318.

268 *Ibid*. à la p. 90, au para. 319.

269 *Différend territorial et maritime (exceptions préliminaires) (Nicaragua c. Colombie)*, Arrêt du 13 décembre 2007, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/14304.pdf> [*Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007].

sur les cayes de Roncador, Serrana et Serranilla et Quitasueño, et de délimiter les espaces maritimes respectifs des deux pays.

Au soutien de la compétence de la Cour, le Nicaragua invoque l'article XXXI du *Pacte de Bogotá*, c'est-à-dire le *Traité américain de règlement pacifique des différends du 30 avril 1948*[270].

Le 21 juillet 2003, la Colombie souleva deux exceptions préliminaires à la compétence de la Cour.

D'une part, elle invoqua l'exception d'incompétence de la Cour sur la base de l'article VI du *Pacte de Bogotá*[271], dans la mesure où cet article exclut du domaine d'application de la clause juridictionnelle prévue par l'article XXXI du *Statut de la CIJ* les différends ayant été réglés à la date de sa signature par les États parties. En l'espèce, le Nicaragua et la Colombie ont conclu le *Traité Esguerra-Bárcenas* en 1928, par lequel le Nicaragua a reconnu la souveraineté de la Colombie sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina et sur les autres îles, îlots et cayes formant l'archipel de San Andrés. Une déclaration conjointe fut ajoutée au *Traité Esguerra-Bárcenas* après sa ratification, selon laquelle l'archipel de San Andrés ne s'étendait pas à l'ouest du 82^{e} méridien. Un protocole fut signé par les parties en 1930 stipulant que « l'archipel de San Andrés et Providencia […] ne s'étend pas à l'ouest du quatre-vingt-deuxième degré de longitude de Greenwich »[272]. Sur cette base, la Colombie argua que les questions soumises par le Nicaragua à la Cour avaient été réglées de façon définitive par le *Traité Esguerra-Bárcenas* et elle demanda à la Cour de déclarer, comme le prévoit l'article XXXIV du *Pacte de Bogotá*[273], le différend réglé dans sa totalité.

D'autre part, la Colombie affirma que la compétence dévolue à la Cour par le *Pacte de Bogotá* était déterminante et exclusive. Dès lors, l'article XXXI du *Pacte* aurait exclu les déclarations unilatérales des parties reconnaissant la juridiction obligatoire de la CIJ, à supposer qu'elles eussent un quelconque effet dans la mesure

---

[270] L'article XXXI du Pacte ce lit comme suit : « Conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du *Statut de la Cour internationale de justice*, les Hautes Parties contractantes en ce qui concerne tout autre État américain déclarent reconnaître comme obligatoire de plein droit, et sans convention spéciale tant que le présent traité restera en vigueur, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique surgissant entre elles et ayant pour objet : a) l'interprétation d'un traité; b) toute question de droit international; c) l'existence de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international; d) la nature ou l'étendue de la réparation qui découle de la rupture d'un engagement international ».

[271] L'article VI du *Pacte* dispose que « [c]es procédures ne pourront non plus s'appliquer ni aux questions déjà réglées au moyen d'une entente entre les parties, ou d'une décision arbitrale ou d'une décision d'un tribunal international, ni à celles régies par des accords ou traités en vigueur à la date de la signature du présent pacte ». *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 à la p. 21, au para. 56.

[272] *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007 *supra* note 269, au para. 20.

[273] « Si, pour les motifs indiqués aux articles V, VI et VII de ce traité, la Cour se déclarait incompétente pour juger le différend, celui-ci sera déclaré terminé », *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 à la p. 21, au para. 56.

où la Colombie avait dénoncé sa déclaration la veille du dépôt de la requête nicaraguayenne[274].

Par l'arrêt en date du 13 décembre 2007, la Cour s'est déclarée partiellement compétente, en excluant uniquement de sa compétence la détermination de la souveraineté des îles San Andrés, Providencia et Santa Catalina.

Ainsi, les questions soulevées en l'espèce sont essentiellement venues traiter de l'agencement de normes parallèles relatives à la compétence de la Cour pour trancher le litige. En effet, l'exception d'incompétence soulevée par la Colombie découlait, non pas directement du *Traité Esguerra-Bárcenas*, mais des effets procéduraux de l'article VI du *Pacte de Bogotá* et impliquait, par ailleurs, la coordination des règles prévues par le *Statut* et le *Règlement* de la CIJ, ainsi que des déclarations unilatérales des parties se soumettant à la juridiction obligatoire de la Cour. À ce titre, il n'est pas inutile de rappeler que la compétence de la CIJ se fonde d'une part sur son *Statut* et son *Règlement*, et d'autre part sur le consentement des parties, consentement pouvant être exprimé par le biais d'un traité, tel le *Pacte de Bogotá*, ou de déclarations, tel que prévu par l'article 36 du *Statut de la Cour*[275]. Ces instruments attribuant compétence à la Cour ne peuvent, néanmoins, modifier en quelque point que ce soit le *Statut* ou le *Règlement* de la Cour[276].

Par ailleurs, tandis que la Colombie affirmait que le *Pacte de Bogotá* fondait de manière exclusive la compétence de la Cour, celle-ci trancha la question de la hiérarchie entre le *Pacte* et les déclarations en réaffirmant l'autonomie des différents titres de compétence. Ainsi, le *Pacte de Bogotá* ne constitue pas pour la Cour une *lex specialis* ou *lex posterior*[277]. Si la Cour n'est pas compétente en vertu de l'un de ces deux fondements autonomes, cet état de fait n'affecte pas la sa compétence découlant de l'autre. Dès lors, en application des principes régissant l'agencement des divers instruments attribuant compétence à la Cour entre eux, ainsi que considérant le *Statut* et le *Règlement* régissant sa juridiction, sa compétence et sa procédure[278], la CIJ se devait d'analyser les instruments invoqués par les parties de façon indépendante et

---

274 Le Nicaragua avait invoqué les déclarations reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour faites par les parties en vertu de l'article 36 du *Statut de la CPJI*. *Nicaragua c. Colombie*, *ibid.* à la p. 38, au para. 122 : « Le 24 septembre 1929, le Nicaragua a fait une déclaration en vertu de l'article 36 du *Statut de la Cour permanente de justice internationale*, libellée comme suit *:* "Au nom de la République de Nicaragua, je déclare reconnaître comme obligatoire et sans condition la juridiction de la Cour permanente de Justice internationale". Le 30 octobre 1937, la Colombie a fait une déclaration ainsi libellée : "La République de Colombie reconnaît comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, sous condition de réciprocité, vis-à-vis de tout autre État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour permanente de justice internationale, conformément à l'article 36 du *Statut*. La présente déclaration ne s'applique qu'aux différends nés de faits postérieurs au 6 janvier 1932". *Ibid*. à la p. 36, au para. 122.

275 Voir Caicedo Demoulin, *supra* note 200 aux pp. 162 à 166.

276 *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, Arrêt du 7 juin 1932, C.P.J.I. (sér. A/B) n° 46 à la p. 161.

277 *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 à la p. 39, aux para. 132 à 134.

278 Emmanuel Roucounas, « Engagements parallèles et contradictoires » (1987-VI) 206 Rec. des Cours 9 aux pp. 119 à 143.

déterminer leurs effets quant à sa compétence sur la base de l'irréfragable prévalence du *Statut* et du *Règlement*.

Bien que la Cour ait reconnu l'autonomie des déclarations des parties comme titre de compétence, elle a écarté sa compétence fondée sur ces déclarations pour trancher le litige relatif aux îles San Andrés, Providencia et Santa Catalina au motif que, suite au *Traité Esguerra-Bárcenas*, il ne subsistait plus de différend entre les parties sur la question de la souveraineté sur ces trois îles[279]. Ceci, pour reprendre l'expression du juge Abraham, est contraire au bon sens le plus élémentaire[280].

Le caractère expéditif du traitement réservé à la seconde exception de compétence[281] se comprend à la lumière du rôle implicitement prééminent accordé au *Pacte de Bogotá* fondant la compétence de la Cour[282]. Le nœud de l'affaire soumise à

---

279 *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 aux pp. 40 et 41, au para. 138 : « La question s'est posée de savoir si la revendication de souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina, formulée par le Nicaragua dans la présente espèce, implique qu'il subsiste un différend sur ce point. La Cour a retenu la première exception préliminaire d'incompétence soulevée par la Colombie au titre du pacte de Bogotá en ce qu'elle a trait à sa compétence pour connaître de la question de la souveraineté sur ces trois îles, après s'être assurée que cette question avait été réglée par le *Traité de 192*8. […] La Cour a établi que le *Traité de 1928* attribuait la souveraineté sur ces trois îles à la Colombie aux fins de déterminer si elle avait compétence pour connaître de cette question en vertu du *Pacte de Bogotá*. Le fait même que le différend relatif à la question de la souveraineté sur les trois îles a été réglé par le *Traité de 1928* est cependant tout aussi pertinent aux fins d'établir si la Cour a compétence sur la base des déclarations faites en vertu de la clause facultative. À cet égard, la Cour fait observer que sa compétence sur cette base est expressément subordonnée, aux termes du paragraphe 2 de l'article 36 du *Statut*, à l'existence d'un "différend d'ordre juridique" entre les Parties ».

280 Voir *Nicaragua c. Colombie*, Opinion individuelle du juge Abraham à la p. 14, aux para. 58 à 60, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/14316.pdf> : « Une telle affirmation, outre qu'elle me paraît contraire au bon sens le plus élémentaire – mais il est vrai que le bon sens des uns n'est pas forcément celui des autres –, repose sur une dénaturation complète, et fort préoccupante, de la notion même de « différend ». Voici que se présentent devant la Cour deux États qui revendiquent l'un et l'autre la souveraineté sur les mêmes îles. L'un d'eux affirme (apparemment à bon droit) qu'il possède cette souveraineté depuis qu'elle lui a été reconnue par un traité conclu entre les deux États en cause. L'autre répond (sans doute à tort, mais ce n'est pas la question ici) que ce traité est nul depuis l'origine, et que de toute façon même s'il était valide initialement, il a cessé depuis lors d'être en vigueur, si bien qu'il ne peut plus lui être opposé en tant que titre de souveraineté. Ne trouve-t-on pas ici tous les éléments caractéristiques d'un différend susceptible d'être soumis à la décision judiciaire? Non, répond tranquillement la Cour : il n'y a plus de différend. La raison donnée par le paragraphe 138 – car il y en a une – est que le différend n'existe plus car il a été réglé par le traité de 1928, pour les raisons qui ont été exposées à l'occasion de l'examen de la première exception préliminaire. N'est-il pas évident qu'on se trouve là en présence d'une confusion complète entre le fond et la compétence? ».

281 Il est particulièrement regrettable que la Cour n'ait pas voulu se prononcer sur les effets juridiques de la dénonciation de la déclaration colombienne la veille (le 5 décembre 2001) du dépôt de la requête nicaraguayenne (6 décembre 2001). La dénonciation colombienne indiquait qu'elle créait des effets dès sa notification. Or, la possibilité pour un État Partie au *Statut* de dénoncer, avec effet immédiat, une déclaration à durée indéterminée est controversée. Voir à ce sujet John G. Merrils, « The Optional Clause Today » (1979) 50 B.Y.I.L. 87 aux pp. 91 à 94; Shigeru Oda, « The International Court of Justice » (1993/VII) 244 Rec. des Cours 9 aux pp. 42 et 43.

282 Selon le juge Bennouna, « les déclarations facultatives, en tant que titre de compétence distinct et autonome, doivent être appréciées en elles-mêmes, afin de déterminer si elles lient toujours les parties et si elles comportent des réserves affectant leur champ d'application. La Cour s'est crue libre de se dispenser de cet exercice (arrêt, par. 139) […] Au lieu de procéder à cette investigation qui l'aurait probablement conduit à bâtir sa compétence sur les déclarations, la Cour a préféré les écarter d'un

la Cour est l'opposition entre le *Règlement* (article 79 (5) et (9)) de celle-ci et l'article VI du *Pacte*. En effet, l'article VI conditionne la « compétence » de la Cour au fait qu'un différend n'ait pas été précédemment réglé entre les parties. Le *Pacte* qualifie ainsi la question de l'existence actuelle d'un différend entre les parties comme une question de compétence. Or, selon l'article 79) 5 du *Règlement de la CIJ*, la Cour doit trancher les exceptions de « compétence » de manière préliminaire dans une instance de procédure séparée tandis que la procédure au fond est suspendue[283].

Cependant, la question du règlement définitif d'un différend entre les parties, qualifiée par le *Pacte de Bogotá* de question de compétence, est en réalité une question liée au fond du litige. La Cour, en de pareilles circonstances, dispose de la possibilité de joindre l'exception soulevée au fond de l'affaire, en application de l'article 79) 9 de son *Règlement*, ce qu'elle ne fit pas en l'espèce. Ceci a conduit la CIJ à préjuger du fond de l'affaire, sans que les parties n'aient eu la possibilité dans la procédure incidente de présenter leurs moyens de façon exhaustive.

On peut se demander si la décision de la Cour n'est pas le produit de l'agencement qu'elle a opéré entre les règles contenues dans le *Pacte de Bogotá* et le *Règlement* (**A**) ou si elle relève d'une mauvaise application du *Pacte de Bogotá* et du *Règlement* (**B**).

A. L'agencement opéré entre le *Pacte de Bogotá* et le *Règlement* de la CIJ

1. LE *PACTE DE BOGOTÁ*

L'article VI du *Pacte de Bogotá* exclut de la compétence de la Cour, prévue par l'article XXXI, les différends réglés par un accord antérieur à la conclusion du *Pacte*. Comme l'a souligné la Cour,

> cette disposition visait clairement à empêcher que […] les voies de recours de nature judiciaire, pussent être utilisées afin de rouvrir des questions déjà réglées entre les parties au pacte par une décision judiciaire internationale ou par un traité. En ratifiant le pacte, les États ont envisagé la possibilité de soumettre aux procédures prévues par celui-ci des questions non encore ainsi réglées.[284]

Il s'agit sans doute d'une intention louable et saine que de chercher à empêcher la multiplication de recours ayant pour seul but pour la partie requérante de

---

revers de la main en leur appliquant la restriction de l'article VI du pacte de Bogotá dont ce n'était manifestement ni l'objet ni la destination. On en arrive à se demander finalement si la Cour ne se rallie pas indirectement à la thèse de la Colombie selon laquelle la compétence au titre du pacte de Bogotá est exclusive de toute autre base de compétence et, en l'occurrence, de celle fondée sur les déclarations facultatives ». *Nicaragua c. Colombie*, Opinion dissidente du juge Bennouna aux pp. 6 et 7, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/14320.pdf>. Pour une analyse détaillée de la compétence de la Cour sur la base des déclarations, voir Caicedo Demoulin, *supra* note 200.

283 *Règlement de la CIJ*, *supra* note 14.

284 *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 à la p. 26, au para. 77.

se délier d'un règlement passé qui ne lui conviendrait plus ultérieurement. Cela étant, il convient de distinguer deux différends distincts pouvant se présenter à la CIJ. D'une part, le différend peut porter sur l'existence ou la validité d'un règlement antérieur; d'autre part, le différend peut porter sur les éléments de fait et de droit ayant fait l'objet d'un putatif règlement antérieur. Ces deux questions peuvent, et doivent demeurer distinctes.

S'il est normal que le Pacte de Bogotá puisse exclure de la compétence de la Cour un différend portant sur des éléments de fait et de droit ayant déjà fait l'objet d'un règlement antérieur, il serait au contraire difficile d'accepter qu'il puisse exclure les différends portant sur l'existence ou la validité d'un règlement antérieur putatif. Suivant cette seconde alternative, l'article VI du Pacte de Bogotá tendrait à exclure d'office la possibilité de porter devant la Cour – dans une procédure au fond – un différend portant sur l'existence ou la validité même d'un règlement antérieur, cette question étant qualifiée suivant le Pacte de question de compétence. L'article VI du Pacte de Bogotá offre deux lectures possibles.

Or, dans sa requête introductive d'instance, le Nicaragua avait précisé que

> [c]oncernant la question du titre, le gouvernement du Nicaragua estime que l'instrument dénommé Traité Esguerra-Bárcenas, signé à Managua le 24 mars 1928, était dépourvu de toute valeur juridique et que, partant, la Colombie ne saurait s'en prévaloir pour affirmer un titre quelconque sur l'archipel de San Andrés.[285]

Qui plus est, quand bien même ce traité serait valide et en vigueur, la seule mention des îles, îlots et cayes dans le Traité Esguerra-Bárcenas ne permettait pas de déterminer la portée matérielle de ce règlement, pas plus que la mention du 82e méridien permettait de conclure à l'existence d'une frontière maritime.

Afin d'éviter l'exclusion d'office du différend portant sur l'existence et la validité du règlement du litige entre le Nicaragua et la Colombie sur la seule base de l'article VI du Pacte de Bogotá, la Cour fut invitée par le Nicaragua à constater que l'exception préliminaire colombienne n'était pas exclusivement préliminaire, et ainsi renvoyer la décision sur l'exception à la décision sur le fond, sur la base de l'article 79) 9 du *Règlement de la CIJ*.

2. Les conséquences procédurales retenues par la Cour en l'espèce : le caractère exclusivement préalable de la première exception préliminaire colombienne

La situation soumise à la Cour était donc claire : le Nicaragua et la Colombie avaient bien conclu un traité préalablement à la conclusion du *Pacte de Bogotá* dans

---

[285] *Nicaragua c. Colombie*, « Requête introductive d'instance de la République du Nicaragua enregistrée au Greffe de la Cour le 6 décembre 2001 », en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/7078.pdf>.

le but de « mettre un terme au conflit territorial pendant entre elles » (préambule) mais, dans la mesure où la validité, la vigueur ainsi que la portée matérielle du traité étaient litigieuses, les effets procéduraux du *Traité Esguerra-Bárcenas* prévus par le *Pacte de Bogotá* dépendaient de la résolution préalable de ces questions régies par le droit des traités. Au préalable, la Cour devait déterminer si la première exception préliminaire était exclusivement préliminaire ou si, comme le soutenait le Nicaragua, elle devait être jointe au fond de l'affaire[286].

La Cour, usant de sa liberté pour déterminer l'objet du litige, a exclu la question de la validité et de la vigueur du traité, et n'a retenu que la détermination de la souveraineté et de la délimitation maritime (**a**). Elle a ainsi implicitement décidé que la validité et la vigueur du traité pouvaient être décidées sans affecter la solution sur les revendications territoriales du Nicaragua et sa demande d'une délimitation maritime (**b**).

a) La définition de l'objet du litige

La Cour débute son analyse en définissant l'objet du différend. La question s'est posée puisque la Colombie a nié l'existence d'un différend, celui-ci ayant été réglé en 1928, et a argué que le véritable objectif de la requête du Nicaragua était la délimitation maritime et non la détermination de la souveraineté sur les îles et cayes[287].

Rappelant que « c'est à elle qu'il appartient de déterminer, compte tenu des conclusions des parties, quel est l'objet du différend dont elle est saisie » et que « c'est […] le devoir de la Cour de circonscrire le véritable problème en cause et de préciser l'objet de la demande »[288], la Cour a considéré que la validité et terminaison du traité, ainsi que la détermination de la portée matérielle du traité par rapport aux demandes du Nicaragua

> se rattachent au seul point de savoir si le *Traité de 1928* et le *Protocole de 1930* ont réglé les questions en litige entre les Parties au sujet de la souveraineté sur les îles et autres formations maritimes et du tracé de la frontière maritime. La Cour considère toutefois que tel n'est pas l'objet du

---

[286] Nous rappellerons que jusqu'en 1952, la pratique de la CPJI, puis celle de la CIJ, ont consisté à considérer que le dépôt d'exceptions préliminaires ouvrait une nouvelle instance distincte de celle engagée sur le fond et qui était inscrite comme telle dans le rôle général de la Cour. Cette pratique fut abandonnée par la Cour en 1952 à la suite de l'affaire *Ambiatelos (Grèce c. Royaume-Uni)*, [1952] C.I.J. rec. 28. Désormais, les exceptions préliminaires sont traitées comme des incidents de procédure. Voir CIJ, *Annuaire 1962-1963* à la p. 131 et Caicedo Demoulin, *supra* note 200 aux pp. 164 et 165. Depuis 1972, le *Règlement de la CIJ* (aujourd'hui l'article 79 du *Règlement de 1979*) de la Cour prévoit que la Cour peut déclarer qu'une exception ne possède pas un caractère exclusivement préliminaire, et se prononcer sur l'exception et sur le fond au cours d'une seule phase et dans un même arrêt (article 79) 9 du *Règlement*).

[287] *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 aux pp. 15 et 16, aux para. 33 à 37.

[288] *Ibid*. à la p. 16, au para. 38.

> différend entre les Parties et que, dans les circonstances de la présente espèce, il s'agit d'une question préliminaire.[289]

Quant aux vraies motivations du Nicaragua, la Cour a souligné que seule comptait l'opposition manifeste des réclamations des parties d'un point de vue objectif pour déterminer l'existence d'un différend, et non l'objectif caché par son action. Or, les revendications nicaraguayennes sur les îles, îlots et cayes, ainsi que sa position sur l'inexistence d'une frontière maritime unique, s'opposaient aux positions colombiennes[290]. Cependant, comme indiqué ci-dessus, la requête du Nicaragua invoquait l'invalidité du *Traité Esguerra-Bárcenas* dans le cadre de la détermination de la souveraineté territoriale et de la délimitation maritime; cette revendication faisait « objectivement » partie du litige opposant les parties.

b) Conséquences inévitables quant au caractère exclusivement préliminaire de l'exception d'incompétence

Après avoir décidé que la validité, la terminaison et la détermination de la portée matérielle du *Traité* relevaient d'une « question préliminaire », la Cour devait décider si ces questions pouvaient être tranchées sans avoir entendu au préalable les arguments des parties sur le fond de l'affaire. Dans la mesure où la CIJ fit de ces points une question préliminaire – distincte de l'objet même du litige, à savoir la souveraineté territoriale sur les formations maritimes et le tracé de la frontière maritime – devant être tranchée pour décider si elle avait compétence, il lui était difficile de dire qu'elles n'étaient pas exclusivement préliminaires.

La Cour a invoqué « l'intérêt d'une bonne administration de la justice », le fait que la présentation d'exceptions préliminaires recevables lie la juridiction qui doit se prononcer sur l'ensemble des exceptions[291] et le droit qu'elle a d'« effleurer certains aspects de fond », pour rejeter la demande de jonction au fond du Nicaragua[292]. Elle précise qu'une question est exclusivement préliminaire si « la Cour ne dispose pas de tous les éléments nécessaires pour se prononcer sur les questions soulevées ou si le fait de répondre à l'exception préliminaire équivaudrait à trancher le différend, ou certains de ses éléments, au fond »[293].

La démarche de la Cour surprend à plusieurs égards. Elle invoque l'intérêt de la bonne administration de la justice, sans pourtant préciser en quoi la bonne administration de la justice serait affectée si la question préliminaire était jointe au fond de l'affaire comme le permet l'article 79) 9 du *Règlement de la CIJ*[294]. On peut

---

289 *Ibid.* au para. 40.
290 *Ibid.* au para. 41.
291 Sur ce point voir Carlo Santulli, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005 à la p. 433, au para. 751.
292 *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 au para. 50.
293 *Ibid.* à la p. 20, au para. 51.
294 Voir *Nicaragua c. Colombie*, Opinion dissidente du vice-président Al-Khasawneh à la p. 2, au para. 6, en ligne : CIJ <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/14307.pdf>.

toutefois supposer que, confrontée régulièrement à des critiques au sujet de sa « lenteur », la Cour avait acquis une idée précise de la situation juridique après les plaidoiries des parties et qu'elle a donc considéré inutile de retarder sa décision sur la validité du *Traité Esguerra-Bárcenas*. Toutefois, le droit du défendeur d'obtenir une réponse à ces exceptions ne saurait être invoqué au détriment des droits du demandeur d'exposer ses prétentions de manière exhaustive. Enfin, même si la Cour a souligné que l'exception préliminaire a été jugée sur la seule base de son *Statut*[295], force est de constater que le caractère exclusivement préliminaire de celle-ci dépendait de la lecture de l'article VI du *Pacte de Bogotá* par la Cour.

L'objet et le but du *Traité Esguerra-Bárcenas* sont la détermination de la souveraineté sur certains territoires, et non des questions de procédure, notamment en ce qui a trait à la compétence de la Cour. Ainsi, nous sommes en présence d'une norme conventionnelle ayant d'indéniables effets substantiels : l'attribution de la souveraineté[296]. Le *Traité* agit comme une *lex specialis* qui rend inutile la démonstration que la souveraineté sur le territoire fut acquise selon d'autres modes devant le juge international; le titre se suffit à lui-même[297]. Le *Traité* régit donc directement l'objet du litige, et la décision sur la validité ou la terminaison du *Traité* affecte directement les droits que le Nicaragua revendique sur les îles de l'archipel de San Andrés. Décider qu'un traité attribuant la souveraineté sur un territoire est valide ou non ne revient-il pas à décider de l'objet même du litige? Comme n'a pas manqué de le souligner le vice-président Al-Khasaweh dans son opinion dissidente,

> can an issue (the validity of the 1928 Treaty) central to the resolution of a question acknowledged to be in dispute between the Parties on the merits (sovereignty over the named islands of the San Andrés Archipelago) not be part of the subject-matter of the dispute? The answer must obviously be not.[298]

Sur la base de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Lockerbie*, on aurait alors pu s'attendre à ce que la CIJ reconnaisse que l'exception préliminaire pouvait être

---

[295] La Cour conclut que : « S'agissant des arguments relatifs à l'article XXXIV du *Pacte* qui lui ont été présentés, la Cour observe qu'elle doit appliquer l'article premier de son *Statut*, selon lequel elle "fonctionnera conformément aux dispositions du présent *Statut*". Cette façon de procéder est également dictée par l'article XXXVII du pacte de Bogotá, aux termes duquel « [l]a procédure que devra suivre la Cour est celle fixée par son *Statut* ». À cet égard, la Cour note que, à ce stade de l'instance, il s'agit seulement pour elle de décider, conformément au paragraphe 6 de l'article 36 du *Statut*, si elle est compétente pour connaître de l'affaire au fond, et qu'elle ne peut aller au-delà. *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 à la p. 22, au para. 59.

[296] Encore faut-il préciser si le *Traité Esguerra-Bárcenas* eut un effet déclaratif ou constitutif. L'article 1er précise bien que le Nicaragua « reconnaît que », ce qui semble alors indiquer que l'effet du traité est purement déclaratif, et que l'origine de la souveraineté sur les îles se trouvent dans les titres historiques antérieurs.

[297] Marcelo Kohen, « Le règlement des différends territoriaux à la lumière de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire Libye/Tchad » (1995/2) 99 R.G.D.I.P. 301 aux pp. 303 à 309.

[298] Voir *Nicaragua c. Colombie*, Opinion dissidente du vice-président Al-Khasawneh, *supra* note 294 à la p. 4, au para. 15.

qualifiée en même temps comme une défense au fond, devant être renvoyée au fond de l'affaire[299].

B. La mise en œuvre du *Pacte de Bogotá* par la CIJ pour déterminer sa compétence

Ayant défini l'objet du litige comme excluant la question de la validité du *Traité Esguerra-Bárcenas*, la Cour s'est fondée sur l'article VI du *Pacte de Bogotá* pour traiter, dans l'incident de procédure, de la validité et de la terminaison dudit traité, ainsi que de sa portée matérielle (**1**). La Cour a ainsi inévitablement décidé, au travers d'un incident de procédure, d'une question relevant du fond de l'affaire (**2**).

1. L'APPLICATION DE L'ARTICLE VI DU *PACTE DE BOGOTÁ*

a) La détermination de la validité et de la terminaison du Traité Esguerra-Bárcenas

Le Nicaragua prétendait que le *Traité Esguerra-Bárcenas* n'avait pu mettre fin au différend territorial dans la mesure où il était nul, et qu'il avait en tout état de cause pris fin en 1969. D'une part, s'agissant de la nullité, le Nicaragua arguait que le traité avait été conclu en flagrante violation de la *Constitution politique de 1911*, plus précisément des articles 2 et 3 de la *Constitution de 1911*, et que la Colombie lui avait extorqué la signature du traité à une époque où il était occupé par les États-Unis[300]. La Colombie affirmait de son côté que, à supposer que les deux causes de nullité soient établies, le Nicaragua avait agi pendant cinquante ans comme si le *Traité* était valide et n'avait invoqué sa nullité qu'en 1980. Qui plus est, elle soutenait que le Nicaragua n'avait fait aucune réserve à l'article VI du *Pacte de Bogotá* – alors qu'il le fit au sujet de son différend territorial avec le Honduras[301] – et que, par conséquent, il n'avait plus le droit d'invoquer le défaut de validité du *Traité Esguerra-Bárcenas*[302].

La Cour a suivi les arguments colombiens et a décidé que « le Nicaragua ne peut pas à présent affirmer que le traité de 1928 n'était pas en vigueur en 1948 »[303]

---

[299] On rappellera que dans l'affaire *Lockerbie*, le Royaume-Uni arguait que les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité avaient privé de tout objet les demandes de la Libye. La Cour considéra que cette exception n'était pas exclusivement préliminaire dans la mesure où, si elle l'acceptait, elle devrait décider si le Conseil avait privé la Libye des droits prévus par la *Convention de Montréal de 1971*, ce qui constituait l'objet même du litige. La Cour ajouta que « l'exception sur ce point a le caractère d'une défense au fond ». *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (exceptions préliminaires) (Libye c. Royaume-Uni)*, Ordonnance du 27 février 1998, [1998] C.I.J. rec. 9 aux pp. 18 et 19, au para. 50.

[300] *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 à la p. 25, au para. 75.

[301] Caicedo Demoulin, *supra* note 200 à la p. 186.

[302] *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 à la p. 27, au para. 79.

[303] *Ibid*. à la p. 27, au para. 80.

sans préciser s'il s'agit d'une prescription libératoire[304], d'une forclusion[305], de l'acquiescement ou de l'*estoppel*[306]. Les opinions individuelles et dissidentes dévoilent que la majorité des juges virent dans le comportement du Nicaragua un acquiescement à la validité du traité[307]. Il convient de souligner que la Cour a donc sagement évité de se prononcer sur la validité ou non du traité. L'argumentaire colombien lui permettait en effet de constater que le Nicaragua avait perdu le droit d'invoquer la nullité, le tout sans avoir à se prononcer sur des questions de faits et de droit politiquement sensibles qui touchent de près à l'honneur national des pays en cause. On pense à l'occupation du Nicaragua par les États-Unis et son incidence dans la conclusion du *Traité Esguerra-Bárcenas*, ainsi qu'à la prétendue connivence colombienne.

D'autre part, de manière subsidiaire, le Nicaragua affirmait que le *Traité Esguerra-Bárcenas* avait pris fin en 1969, en raison d'une violation substantielle attribuable à la Colombie. La Cour a rejeté laconiquement cet argument en indiquant que la question de savoir si le traité avait pris fin en 1969 était sans pertinence quant à sa compétence « étant donné que le point déterminant, aux termes de l'article VI du *Pacte de Bogotá*, est celui de savoir si le traité de 1928 était en vigueur à la date de la signature dudit pacte, c'est-à-dire en 1948, et non en 1969 »[308]. Mais surtout, la Cour a considéré que

> même si la Cour devait juger que le *Traité de 1928* a pris fin, comme le prétend le Nicaragua, cela ne changerait rien à la souveraineté de la Colombie sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina. La Cour rappelle que c'est un principe de droit international qu'un régime territorial établi par traité "acquiert une permanence que le traité lui-même

---

304 « La Cour reconnaît que, même en l'absence d'une disposition conventionnelle applicable, le retard d'un État demandeur rend une requête irrecevable. Elle note cependant que le droit international n'impose pas à cet égard une limite de temps déterminée. La Cour doit par la suite se demander, à la lumière des circonstances de chaque espèce si l'écoulement du temps rend une requête irrecevable ». *Certaines terres à phosphates à Nauru (exceptions préliminaires) (Nauru c. Australie)*, [1992] 20 C.I.J. rec. 240 aux pp. 243-54, plus particulièrement au para. 32. Voir aussi *Affaire relative au Temple de Préah Vihear (fond) (Cambodge c. Thaïlande)*, [1962] 17 C.I.J. rec. 23 [*Temple de Préah Vihear*]. Sur la prescription en droit international, voir Nicolas Politis et Charles de Visscher, « La prescription libératoire en droit international public » (1925) 32 A.I.D.I. 1; Roger Pinto, « La prescription en droit international » (1955-I) 87 Rec. des Cours 387.

305 Selon le président Basdevant, la forclusion est une « déchéance qui met obstacle à ce qu'un droit puisse être invoqué parce qu'il ne l'a pas été en temps voulu, ou parce que son titulaire y a renoncé expressément ou tacitement », *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, *s.v.* « forclusion ».

306 *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906* (*Honduras c. Nicaragua*), [1960] C.I.J. rec. 192 aux pp. 213 et 214; *Souveraineté sur les Minquiers et les Ecrehous*, [1954] C.I.J. rec. 47 à la p. 71; Jean Barale, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale » (1965) 11 A.F.D.I. 389 aux pp. 397 à 400.

307 Voir, par ex. : *Nicaragua c. Colombie*, Opinion dissidente du juge Bennouna, *supra* note 282 à la p. 5; *Nicaragua c. Colombie*, Opinion individuelle du vice-président Al-Khasawneh, *supra* note 294 à la p. 2; *Nicaragua c. Colombie*, Opinion individuelle du juge Abraham, *supra* note 280 à la p. 11, au para. 42.

308 *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 à la p. 27, au para. 82.

> ne connaît pas nécessairement" et que la persistance de ce régime ne dépend pas de la survie du traité par lequel ledit régime a été convenu.[309]

On rappellera à ce sujet que, s'agissant des questions territoriales, le *negotium* est l'acte juridique par le biais duquel un territoire est transféré d'un État à un autre, ou par lequel une frontière est établie[310]. L'exécution du traité met fin au *negotium* et crée un statut territorial opposable *erga omnes*, d'où le fait que le régime territorial survive au traité[311]. Cette survie s'applique uniquement à l'extinction du traité et non à sa nullité : la constatation postérieure de la nullité du traité affecte le *negotium*[312], et donc la cause ou source de l'attribution de souveraineté disparaîtra.

Ainsi, la Cour a tranché de manière définitive la question de la validité ou de la terminaison du traité ainsi que les effets de ces deux questions sur les points constituant son objet.

b) La portée matérielle du Traité Esguerra-Bárcenas

Ayant retenu la validité du *Traité Esguerra-Bárcenas*, la Cour entreprend l'analyse de la portée matérielle de celui-ci. L'article 1 du *Traité Esguerra-Bárcenas* prévoit que la Colombie reconnaît la souveraineté du Nicaragua sur la côte de Mosquitos, entre le cap Gracias a Dios et la rivière San Juan, ainsi que sur les îles Mangle Grande et Mangle Chico, dans l'océan Atlantique. Dans ce même paragraphe, le Nicaragua reconnaît la souveraineté de la Colombie sur les îles de San Andrés, Providencia, Santa Catalina, et sur les autres îles, îlots et cayes qui font partie de l'archipel de San Andrés. Le second paragraphe de l'article premier dispose que le traité ne s'applique pas à Roncador, Quitasueño et Serrana, « dont la possession fait actuellement l'objet d'un litige entre la Colombie et les États-Unis d'Amérique »[313].

C'est sur la base de l'article premier que la Cour a décidé de la portée matérielle du règlement définitif du différend, et donc de son incompétence aux termes de l'article VI du *Pacte de Bogotá*. Les parties étaient d'accord sur le fait que l'archipel de San Andrés comprend les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina. Sans grande difficulté, la Cour a alors constaté qu'aux termes de l'article premier du *Traité Esguerra-Bárcenas*, celui-ci a réglé de manière définitive, au sens de l'article VI du *Pacte*, la question de la souveraineté sur les îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina[314].

---

309 *Ibid*. à la p. 29, au para. 89.

310 Kohen, *Possession contestée*, *supra* note 212 aux pp. 129 à 134.

311 Giovanni Distefano, « La notion de titre juridique et les différends territoriaux dans l'ordre international » (1995) 99 R.G.D.I.P. 335 aux pp. 336 à 342.

312 Marti Koskeniemi, « L'affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad). Arrêt de la Cour internationale de justice du 3 février 1994 » (1994) 40 A.F.D.I. 459; Kohen, *Possession contestée*, *supra* note 212 aux pp. 324 et 325.

313 *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 à la p. 31, au para. 98.

314 *Ibid*. à la p. 32, au para. 104.

S'agissant au contraire des îlots et des cayes adjacents à San Andrés, Providencia et Santa Catalina, les parties avaient des positions différentes. Tandis que la Colombie avait dressé une liste des îlots et cayes adjacents, le Nicaragua a avancé que le traité ne précisait pas quelles étaient ces formations. La Cour a constaté à l'unanimité, tout aussi facilement

> qu'il ressort très clairement du libellé du premier paragraphe de l'article premier du *Traité de 1928* que celui-ci ne répond pas à la question de savoir quelles sont, en dehors des îles de San Andrés, Providencia et Santa Catalina, les formations maritimes qui font partie de l'archipel de San Andrés sur lequel la Colombie a souveraineté. Dans ces conditions, cette question n'a pas été réglée au sens de l'article VI du *Pacte de Bogotá* et la Cour est compétente en vertu de l'article XXXI de ce pacte.[315]

Les parties s'opposaient également sur l'inclusion ou non de Roncador, Quitasueño et Serrana parmi les « îlots et cayes » sous souveraineté colombienne aux termes de l'article premier du *Traité Esguerra-Bárcenas*. La Colombie a expliqué que ces formations faisaient bien partie de l'archipel de San Andrés, mais qu'au moment de la signature du *Traité*, sa souveraineté sur ces formations était disputée par les États-Unis, d'où leur exclusion de la reconnaissance de souveraineté prévue par le premier paragraphe de l'article premier du *Traité Esguerra-Bárcenas*. Or, sa souveraineté fut reconnue par un traité conclu en 1972 avec les États-Unis[316]. La Cour a néanmoins décidé à l'unanimité que

> le sens du second paragraphe de l'article premier du *Traité de 1928* est clair : ce traité ne s'applique pas aux trois formations maritimes en question.[…] En conséquence, les limitations contenues dans l'article VI du Pacte de Bogotá ne s'appliquent pas à la question de la souveraineté sur Roncador, Quitasueño et Serrana.[317]

Finalement, la Cour s'est prononcée sur la nature du 82^{e} méridien. Selon la Colombie, les parties ont accepté dans le *Traité de 1928* et dans le *Protocole de 1930* le 82^{e} méridien comme ligne de délimitation de leurs zones maritimes respectives. Par conséquent, la question de la délimitation doit être considérée comme réglée au sens de l'article VI du *Pacte de Bogotá*. La Colombie se fondait sur l'intention des parties selon les travaux préparatoires du *Protocole*, sur le fait que le but du *Traité Esguerra-Bárcenas* de mettre fin au différend entre les parties n'aurait pu être atteint sans déterminer la frontière maritime, et sur les différences entre les termes employés dans le *Protocole* et ceux qui figurent dans le *Traité*. Elle fit remarquer que, dans le *Traité*, les parties se disent « désireuses de mettre un terme au conflit territorial pendant entre elles », alors que, dans le *Protocole*, il s'agit de mettre un terme à "la question" pendante entre elles »[318].

---

315 *Ibid*. aux pp. 30 et 31, au para. 97.
316 *Ibid*. à la p. 31, au para. 100.
317 *Ibid*. à la p. 32, au para. 104.
318 *Ibid*. à la p. 33, aux para. 103 à 109.

Ces arguments étaient, de toute évidence, assez baroques, et n'ont nullement convaincu la Cour qui a précisé à l'unanimité que

> les termes du *Protocole*, pris dans leur sens naturel et ordinaire, ne peuvent être interprétés comme opérant une délimitation de la frontière maritime entre la Colombie et le Nicaragua. Ces termes vont davantage dans le sens de l'affirmation selon laquelle la disposition énoncée dans le *Protocole* visait à fixer la limite occidentale de l'archipel de San Andrés au 82e méridien.[319]

Il est en effet fréquent dans la pratique internationale que, lorsque les îles d'un archipel sont sous la souveraineté de deux États, au lieu d'identifier un par un les îles, îlots et cayes de l'un et de l'autre État, les parties établissent une ligne unique de délimitation. Ces lignes diffèrent des frontières maritimes, puisqu'elles ont pour but d'indiquer jusqu'où sont situés les îles, îlots et cayes des parties[320]. Tel est d'ailleurs la nature du 82e méridien dans le *Traité Esguerra-Bárcenas*. Par ailleurs, comme n'a pas manqué de le souligner le Nicaragua, la mention du 82e méridien ne saurait avoir opéré une délimitation maritime, étant donné que les concepts de plateau continental et de ZEE étaient encore inconnus à l'époque en droit international[321].

2. Les effets de la décision préliminaire de la Cour sur la compétence quant au fond de l'affaire

a) Le Nicaragua n'a pu soulever tous les arguments tendant à démontrer la nullité absolue du Traité Esguerra-Bárcenas

Au sujet de la nullité du *Traité Esguerra-Bárcenas*, l'attitude du Nicaragua allait certainement à l'encontre des principes *non concedit venire contra factum proprium* et *allegans contraria non audiendus est*[322]. Cela étant, nous avons le sentiment que la question a été quelque peu simplifiée, n'ayant fait l'objet que d'une discussion préliminaire dans le cadre d'un incident de procédure. En effet, qu'il s'agisse d'une prescription libératoire, d'une forclusion, de l'acquiescement ou de

---

319 *Ibid.* à la p. 34, au para. 115.

320 Alejandro Montiel Argüello, « Frontières et lignes de délimitation » (1971/2) 75 R.G.D.I.P. 461.

321 Voir l'affaire *Tribunal arbitral pour la détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal* : « À la lumière de son texte et des principes de droit inter temporel applicables, le Tribunal estime que l'accord de 1960 ne délimite pas les espaces maritimes qui n'existaient pas à cette date, qu'on les appelle zone économique exclusive, zone de pêche ou autrement. […] Il ne s'agit pas ici de l'évolution du contenu, ni même de l'étendue d'un espace maritime qui aurait existé en droit international lorsque l'*Accord de 1960* a été conclu, mais bel et bien de l'inexistence en droit international d'un espace maritime comme la "zone économique exclusive" à la date de la conclusion de l'Accord de 1960 ». *Tribunal arbitral pour la détermination de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal*, Sentence du 31 juillet 1989, (1990/1) 94 R.G.D.I.P. 279 au para. 85.

322 Ces expressions signifient « être en contradiction flagrante avec son attitude antérieure, se prévaloir de l'existence de faits contraire à ses allégations précédentes, se contredire au détriment d'autrui ». Il s'agit du principe de « non-contradiction », qui interdit à une partie devant la CIJ d'adopter une position contraire à celle qu'elle avait prise précédemment. Voir Antoine Martin, *L'estoppel en droit international public*, Paris, A. Pedone, 1979.

l'*estoppel*, seule une partie ayant agi de bonne foi et avec les mains propres peut invoquer la frustration des attentes légitimes qui se dégagent du comportement antérieur de l'autre partie[323]. Or, se contenter d'invoquer la passivité du Nicaragua pendant cinquante ans alors que celui-ci suggérait que le *Traité Esguerra-Bárcenas* avait été imposé par les États-Unis avec la connivence colombienne[324] revient à faire l'économie de l'analyse de la bonne foi que doit avoir celui qui invoque les principes ci-dessus indiqués.

Par ailleurs, si l'on considère que le Nicaragua a renoncé tacitement à soulever la nullité du *Traité Esguerra-Bárcenas*, le droit auquel il aurait renoncé aurait également dû être analysé de plus près. Malgré l'incompréhensible silence de la Cour sur la qualification juridique de la prétendue occupation nord-américaine et son implication dans la négociation et conclusion du *Traité Esguerra-Bárcenas*, le Nicaragua a invoqué la nullité absolue pour cause de contrainte, tel que prévue par l'article 52 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*[325]. Ce faisant, se pose alors la question de savoir si l'attitude du Nicaragua pouvait corriger l'invalidité du traité et si la renonciation tacite à invoquer la nullité était possible[326], comme l'a si justement remarqué le juge Abraham[327]. Cette tactique impliquait néanmoins le risque de mener la Cour à se prononcer sur la licéité des actes d'une tierce partie à l'instance pour constater l'existence d'une contrainte, et donc la nullité absolue du traité.

Ainsi, d'une part le Nicaragua n'a pu, dans l'incidence de procédure, développer et présenter à la Cour l'ensemble des moyens de droit et de fait d'une

---

323 *Affaire relative au Temple de Vihear*, *supra* note 304 à la p. 32; *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (nouvelle requête 1962)*, « Observations et conclusions du gouvernement belge », [1992], C.I.J. Mémoires (vol.1) à la p. 45; Martin, *ibid.* aux pp. 321 à 330.

324 De nombreux documents diplomatiques appuient en effet la thèse selon laquelle la Colombie, dont un ambassadeur a pu qualifier le Nicaragua de « protectorat *de facto* des États-Unis » à l'époque des négociations du *Traité Esguerra-Bárcenas*, était consciente du fait que le « *treaty making power* » du Nicaragua était hypothéqué par les États-Unis. Les textes pertinents sont reproduits dans Caicedo Demoulin, *supra* note 200 aux pp. 268 et s.

325 Le texte de l'arrêt est curieusement silencieux quant à la base légale invoquée par le Nicaragua. Les opinions individuelles et dissidentes précisent néanmoins que c'est bien sur la base de l'article 52 de la *Convention de Vienne* que le Nicaragua s'appuyait. Voir, par ex. *Nicaragua c. Colombie*, Opinion individuelle du juge Abraham, *supra* note 280 à la p. 11, au para. 45.

326 Benedetto Conforti, « L'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'*Affaire de certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)* » (1992) 38 A.F.D.I. 464. Comme l'indique le professeur Corten, « [la] sanction de la nullité absolue se comprend parfaitement, si on se rappelle que la disposition a été considérée comme liée aux principes les plus fondamentaux du droit international et, partant, comme exprimant un principe d'"ordre public international". » Olivier Corten, « Article 52 » dans Olivier Corten et Pierre Klein, *Les conventions de Vienne sur le droit des traités – Commentaire article par article*, t.2, Bruxelles, Brulyant, 2006 à la p. 1889.

327 Le juge Abraham explique notamment que « selon la *Convention de Vienne*, qui doit sans doute être regardée comme exprimant sur ce point le droit coutumier actuel des traités, la règle qui fait obstacle à ce qu'un État invoque une cause de nullité lorsque par son comportement ultérieur il a acquiescé à la validité du traité ne s'applique pas dans le cas de la nullité *absolue* découlant de ce que le traité a été conclu sous la contrainte résultant de la menace ou de l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés, à présent, dans la *Charte des Nations unies*. C'est ce qui se déduit de la combinaison des articles 45 et 52 de la *Convention de Vienne*. La solution retenue par la Cour dans la présente affaire est donc incompatible avec le droit actuel des traités. *Nicaragua c. Colombie*, Opinion individuelle du juge Abraham, *supra* note 280 à la p. 11, au para. 45.

question qui, comme l'a indiqué le juge Abraham, est « d'une grande complexité, à propos desquelles le débat entre les Parties ne s'était pas encore suffisamment développé à ce stade, et sur lesquelles, par suite elle [la Cour] "ne dispos[ait] pas de tous les éléments nécessaires" »[328]. On voit mal, dans ces conditions, à quel titre la Cour a préféré trancher ces questions de manières préliminaires au nom d'une « bonne administration de la justice », au détriment de l'égalité entre les parties dans la procédure.

D'autre part, la Cour s'est aventurée de façon trop hâtive sur le terrain délicat de la possibilité pour un État d'acquiescer à un fait illicite touchant à l'ordre public international. Force est de constater que la Cour a tranché d'une façon abrupte une question extrêmement controversée. On peut supposer que la Cour, ayant estimé que le Nicaragua avait maintenu sa passivité au-delà de la période durant laquelle il fut effectivement soumis à la contrainte, n'a pas considéré utile de se prononcer sur l'existence ou non de cette contrainte. Dans cette perspective, le silence pesant de la Cour pourrait paraître empli de bon sens. Cela étant, quand bien même les circonstances de l'espèce auraient pu justifier l'approche prudente de la Cour, sa position risque d'inspirer des positions contestables. En effet, certains pourraient interpréter la décision de la CIJ comme l'acceptation de la possibilité pour un État d'acquiescer à un fait illicite touchant à l'ordre public international. On aurait pu s'attendre alors à ce que la Cour, soucieuse de ne pas donner l'impression que des États responsables de graves violations du droit international puissent se retrancher derrière la passivité ou le silence de l'État lésé afin de réfuter son illicéité, précise la portée de sa décision.

b) La Cour a décidé de façon définitive de l'inexistence d'une frontière maritime

Bien que la Cour ait considéré que la délimitation maritime faisait partie de l'objet du litige et non de la question préliminaire, c'est-à-dire la portée matérielle du *Traité Esguerra-Bárcenas*, elle fut amenée à se prononcer sur l'existence ou non d'une frontière maritime. En décidant que le *Protocole de 1930* ne pouvait être interprété comme ayant opéré une délimitation de la frontière maritime entre le Nicaragua et la Colombie, la Cour paraît décider de façon définitive de l'inexistence d'une frontière maritime unique. Il est évident que cette question relève du fond comme le prouve le fait que la Cour, dans l'affaire *Nicaragua c. Honduras*[329], a été amenée à décider de l'existence ou non d'une frontière maritime unique dans son arrêt sur le fond de la question.

Or, la Cour indique en même temps que les lignes de partage prévues dans certaines cartes colombiennes indiquant le 82^{e} méridien comme ligne de partage entre l'archipel de San Andrés pourraient être interprétées, soit comme une délimitation maritime générale, soit comme une limite entre les archipels. La Cour a conclu que

---

328 Voir *ibid.* à la p. 11, au para. 40.

329 Voir le commentaire ci-dessus au Chapitre 4 de la présente chronique.

ces lignes de partage avaient une nature ambiguë[330]. Est-ce que le 82^{e} méridien peut encore être invoqué par la Colombie comme frontière maritime unique dans la phase suivante de l'affaire? La question a été compromise sans pour autant être tranchée.

* * *

L'arrêt sur les exceptions préliminaires de la Cour dans l'affaire *Nicaragua c. Colombie* laisse une impression mitigée. Si l'on ne peut qu'appuyer la solution finale retenue par la Cour, on peut également craindre l'interprétation qui pourrait en être faite au sujet de l'applicabilité des principes de l'acquiescence et de l'*estoppel* aux situations issues de la violation d'une norme d'une importance fondamentale pour la communauté internationale.

Par ailleurs, il est regrettable que la Cour, qui s'est pourtant appuyée sur les besoins de la bonne administration de la justice, n'ait pas profité de l'occasion pour préciser si la dénonciation de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour faite par la Colombie pouvait produire des effets juridiques immédiats. Il n'aurait certainement pas été inutile que la CIJ rappelle que la déclaration ne fut pas retirée par la Colombie dans un délai suffisamment raisonnable pour déployer des effets juridiques[331]. Surtout, nous avons l'impression, à la lecture de l'arrêt, que de nombreux points devant être tranchés dans la décision sur le fond furent préjugés ou compromis. En principe, cet arrêt devait se limiter à statuer sur les exceptions préliminaires. Or, on ne peut s'empêcher de voir dans la définition de l'objet du litige, alors que ce point ne posait pas de véritable problème, un stratagème ayant pour seul but d'éviter de prolonger la procédure sur le fond, parce que les arguments nicaraguayens liés au fond du litige furent considérés infondés par la Cour. Gardons alors à l'esprit que, comme le rappelle Schopenhauer,

> ce qui s'oppose le plus à la découverte de la vérité, ce n'est pas la fausse apparence procédant des choses et menant à l'erreur, ni même, plus directement, la faiblesse de l'intelligence. C'est l'opinion préconçue, le préjugé, qui, en un douteux *a priori*, s'oppose à la vérité. Il ressemble au vent contraire qui entraîne le vaisseau dans la direction opposée au rivage, de sorte que gouvernail et voile travaillent en vain.[332]

---

330 *Nicaragua c. Colombie*, Arrêt du 13 décembre 2007, *supra* note 269 à la p. 35, au para. 118.

331 La Cour avait, dans d'autres temps, indiqué que : « le droit de mettre fin immédiatement à des déclarations de durée indéfinie est loin d'être établi. L'exigence de bonne foi paraît imposer de leur appliquer par analogie le traitement prévu par le droit des traités, qui prescrit un délai raisonnable pour le retrait ou la dénonciation de traités ne renfermant aucune clause de durée. Puisque le Nicaragua n'a manifesté en fait aucune intention de retirer de sa propre déclaration la question de savoir quel délai raisonnable devrait être respecté n'a pas à être approfondie : il suffira d'observer que le laps de temps du 6 au 9 avril ne constitue pas un "délai raisonnable" ». *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, *supra* note 114 à la p.420, au para. 63.

332 Arthur Schopenhauer, *Parerga & Paralipomena : petits écrits philosophiques sur la philosophie et sa méthode*, Paris, Coda, 2005 à la p. 422, au n° 17.