

**QUELQUES QUESTIONS A PROPOS  
DES ORDONNANCES DE LA CIJ EN MATIÈRE  
DE MESURES CONSERVATOIRES DANS L'AFFAIRE  
RELATIVE À L'APPLICATION DE LA CONVENTION  
POUR LA PRÉVENTION ET LA RÉPRESSION  
DU CRIME DE GÉNOCIDE  
(BOSNIE-HERZÉGOVINE C. YOUGOSLAVIE)**

**Separata  
Revista Jurídica**

**8**

**QUELQUES QUESTIONS A PROPOS DES ORDONNANCES DE LA CIJ  
EN MATIÈRE DE MESURES CONSERVATOIRES DANS L'AFFAIRE  
RELATIVE À L'APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION  
ET LA REPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE  
(BOSNIE-HERZEGOVINE C. YUGOSLAVIE) \***

MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA \*\*

**Sommaire:** 1. Introduction; 2. La vérification de la compétence *ratione personae* dans l'ordonnance du 8 avril 1993; 3. La vérification de la compétence *ratione materiae* dans la même ordonnance; 4. L'admissibilité d'une seconde demande en indication de mesures conservatoires dans un même cas; 5. La question de la compétence (*forum prorogatum*) dans l'ordonnance du 13 septembre 1993; 6. Conclusions sur l'aperçoit de sa compétence par la CIJ; 7. L'affirmation du caractère relatif de l'ordonnance; 8. La question de la litispendance; 9. Le caractère obligatoire (ou non) des mesures déterminées par la Cour: le problème en général. 10. La contribution des ordonnances en analyse pour l'éclaircissement de cette question; 11. Conclusion.

1. Les mesures conservatoires ont aujourd'hui une grande importance dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice (comme on peut conclure notamment du nombre croissant de demandes en indication de ces mesures présentées à la Cour), et les plus récentes ont confronté cet organe judiciaire avec des problèmes importants, qu'il n'a pas toujours décidé, mais dont les ordonnances ont fourni quelques éléments relevant pour sa résolution.

Si on pense aux deux ordonnances en indication de mesures conservatoires dans l'affaire qui a opposé la Bosnie-Herzégovine (ci-après dénommée «Bosnie») à la Yougoslavie (constituée par la Serbie et le Monténégro) – *Affaire relative à l'application de la Convention*

\* Ce texte fut écrit à 1997. On le publie maintenant avec de ponctuelles altérations et avec une note d'actualisation (note 68), compte tenu de l'importante évolution de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice a propos de la matière objet de ce travail.

\*\* Professora Auxiliar Convidada do Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique; Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho.

pour la prévention et la répression du crime de génocide<sup>1</sup> –, on peut constater que, pour la première fois, la Cour a prononcé une seconde décision visant la protection provisoire des droits des parties dans un même cas<sup>2</sup>, en nous donnant aussi quelques indications sur le problème du caractère obligatoire ou non des ordonnances prévoyant la protection intérimaire des droits. Même la question de la vérification, par la Cour, de sa compétence pour déterminer des mesures conservatoires, sur laquelle il y a une jurisprudence uniforme, a revêtu quelles particularités dans ce cas-là. Dans ce texte, nous nous proposons de souligner seulement ces aspects de nouveauté et donc nous ne ferons pas une analyse approfondie de tous les aspects des ordonnances en question<sup>3</sup>.

2. Il est incontestable que, au stade des mesures conservatoires, la Cour doit, avant de les indiquer, vérifier sa compétence pour connaître le différend, seulement selon le critère de la compétence possible<sup>4</sup>. En ce sens, elle affirme généralement, selon une formule qui demeure sans changements importants depuis l'affaire des *Essais nucléaires*: «lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures, de s'assurer de façon concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire, mais (...) elle ne doit cependant pas indiquer de telles mesures si les dispositions invoquées par le demandeur ne se présentent pas constituant, *prima facie*, une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée»<sup>5 6</sup>.

<sup>1</sup> Le différend qu'opposait les deux États s'est déclenché après la dissolution de la République Fédérative Socialiste de Yougoslavie, donnant lieu, entre autres, aux deux États parties dans l'affaire. Nous ne pouvons pas ici expliciter les causes éloignées et proches de la question, compte tenu sa complexité. Un très bref résumé figure à MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *As Medidas Provisórias na Jurisprudência Recente do Tribunal Internacional de Justiça*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 27-29. Pour approfondir la matière, voir aussi les oeuvres y mentionnées.

<sup>2</sup> Ordonnances en indication de mesures conservatoires du 8 avril 1993 et du 13 septembre 1993.

<sup>3</sup> D'autres aspects, comme les conditions nécessaires pour l'indication des mesures conservatoires, ont été objet d'un autre étude que nous avons publié et déjà cité – *As Medidas Provisórias...*

<sup>4</sup> Sur ce problème, voir MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *op. cit.*, p. 69 ss., RENATA SZAFARZ, *The Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, COCATRE-ZILGIEN, «Justice internationale facultative et justice internationale obligatoire», *RGDIP*, 1976, p. 689 ss., HERBERT BRIGGS, «La compétence incidente de la Cour internationale de Justice en tant que compétence obligatoire», *RGDIP*, 1960, p. 216 ss., MENDELSON, «Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction», *BYBIL*, 1972/73, vol. 46, p. 259 ss., MERRILLS, «Interim Measures of Protection and the Substantive Jurisdiction of the International Court», *CambLJ*, 1977, n.º 36, p. 86 ss.

<sup>5</sup> *CIJ Recueil*, 1973, p. 101, par. 13.

<sup>6</sup> Une formule proche fut déjà utilisée dans une affaire précédente (*Compétence en matière de pêcheries*). La différence était que la Cour faisait une affirmation identique soutenant qu'elle n'avait pas besoin de s'assurer de sa compétence quant au fond, mais, quand elle affirmait que les titres invoqués devaient *prima facie* se présenter comme constituant les bases de sa compétence, elle le faisait par la négative, en soutenant qu'elle ne devrait pas

Cependant, dans l'affaire que nous sommes entrain d'analyser, cette formule a connu quelques modifications. Dans l'ordonnance du 8 avril 1993, on peut lire: «elle [la Cour] ne peut pas indiquer ces mesures [les mesures conservatoires] que si les dispositions invoquées par le demandeur ou figurant dans le Statut semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée; Cette considération s'applique aussi bien à la compétence *ratione personae* qu'à la compétence *ratione materiae*, même si, presque tous les Etats étant aujourd'hui parties du Statut de la Cour, ce n'est en général que la compétence *ratione materiae* qui doit être envisagée»<sup>7</sup>.

On peut relever de cette proposition la préoccupation d'affirmer que le critère défini par la Cour pour l'investigation de sa compétence dans cette phase, généralement applicable à sa compétence *ratione materiae*, doit aussi s'appliquer quand elle vérifie sa compétence *ratione personae*; aussi la formule relative aux termes d'investigation de la compétence est élargie, de façon à pouvoir fonder sa compétence, non seulement sur les dispositions invoquées par le demandeur, mais aussi sur des *dispositions figurant dans le Statut*.

Quant à la première innovation, elle est justifiée par les mots de la Cour: généralement, la question à analyser est celle de sa compétence *ratione materiae*, puisque la compétence *ratione personae* normalement existe en vertu de la qualité de parties à son Statut de presque tous les Etats du monde.

Néanmoins, dans l'affaire sur la convention du génocide, la compétence *ratione personae* a aussi été questionnée<sup>8</sup>. Le problème était de savoir si la Yougoslavie était membre des Nations Unies, pour qu'on puisse appliquer l'article 93 de la Charte, en lui reconnaissant *ipso facto* la qualité de partie au Statut de la CIJ, vu les nombreux doutes qui ont été suscités par la communauté internationale, l'Assemblée Générale et le Conseil de sécurité sur cette question, comme la Bosnie l'a rappelé. L'Assemblée Générale avait approuvé, sous

«appliquer l'article 41 du Statut lorsque son incompétence au fond est manifeste» (*CIJ Recueil*, 1972, p. 15, par. 15). Malgré les critiques qui ont été faites à cette formule (il y aurait une présomption en faveur de la compétence de la Cour), en notre opinion, cela ne traduit pas une attitude différente de la Cour, mais seulement un abordage par la voie négative, sans conséquences relevantes dans la vérification de sa compétence. Même parce que, dans le même cas où elle a fait cette affirmation, la Cour a vérifié l'aptitude des titres de compétence invoqués, affirmant, se rapportant à un échange de notes entre les parties au différend, qu'il se «présent[ait] comme constituant *prima facie* une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée» (*ibid.*, p. 15, par. 17).

<sup>7</sup> *CIJ Recueil*, 1993, p. 11-12, par. 14. La qualité de parties au Statut de la CIJ devient pour la plupart des Etats du monde du fait d'être membre de l'ONU (voir article 93 de la Charte). De son côté, l'article 35, n.º 1, du Statut établit la compétence *ratione personae* de la Cour relativement aux Etats parties de son Statut.

<sup>8</sup> Dans l'affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultants de l'incident aérien de Lockerbie, cette question fut aussi suscitée. Mais, comme la Cour a refusé l'indication de mesures conservatoires, elle n'a pas eu nécessité de s'en prononcer. Seulement le juge Bedjaoui a abordé le problème (cf. *CIJ Recueil*, 1992, p. 37, par. 10 – opinion dissidente du juge BEDJAOUI).

recommandation du Conseil de sécurité, la résolution 47/1 du 22 septembre 1992 sur la question de la succession de la nouvelle Yougoslavie dans la position de membre de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie. Dans le texte de cette résolution, on peut lire que «la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne peut pas assurer automatiquement la continuité de la qualité de Membre de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie à l'Organisation des Nations Unies et, par conséquent(...), devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation des Nations Unies et elle ne participera pas aux travaux de l'Assemblée Générale». Ce texte a donné lieu à des problèmes d'interprétation<sup>9</sup>.

De son côté, la nouvelle Yougoslavie soutenait qu'il n'y avait pas eu un démembrement de l'ancienne Yougoslavie, mais, plutôt, la sécession de Slovénie, Croatie et Bosnie. Ainsi, l'État de Yougoslavie demeurait.

C'est à cause de ces doutes que se justifie la seconde innovation que nous avons soulignée dans la formule utilisée par la Cour dans la première ordonnance en mesures conservatoires prononcée dans ce cas. La Cour ne voulait pas prendre parti dans la question de la succession de l'ancienne Yougoslavie. Alors, elle s'est esquivée, en essayant, *motu proprio*, de fonder sa compétence sur le texte du Statut. On sait que son article 35 §2 ouvre la participation devant la Cour aux Etats non membres des Nations Unies, en affirmant que «les conditions auxquelles elle est ouverte aux autres Etats sont, sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur, réglées par le Conseil de sécurité, et, dans tous les cas, sans qu'il puisse en résulter pour les parties aucune inégalité devant la Cour». En conséquence,

<sup>9</sup> En réalité, est peu clair un texte qui exige une demande d'admission à l'organisation et, simultanément, affirme que l'Etat référé ne peut pas participer aux sessions de l'AG, laissant le doute quant à participation aux sessions des autres organes de la même organisation. De son côté, et comme l'a dit Chazournnes, le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies avait donné «une interprétation pour le moins sibylline de la résolution» (BOISON DE CHAZOURNES, «Les ordonnances en indication de mesures conservatoires dans l'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide», *AFDI*, 1993, XXXIX, p. 518), considérant que sa seule conséquence pratique était que la République fédérative de Yougoslavie ne pouvait pas participer aux travaux de l'Assemblée Générale; et que, d'autre côté, la résolution ne mettait pas fin «à l'appartenance de la Yougoslavie à l'Organisation et ne la suspend pas (...). La résolution n'enlève pas à la Yougoslavie le droit de participer aux travaux des organes autres que ceux de l'Assemblée» (Doc. A/47/485). Plus nette a été l'affirmation de la Commission d'arbitrage de la conférence européenne pour la paix en Yougoslavie, dans ses avis n.ºs 8 et 9, en considérant, dans le premier, «que la République fédérative socialiste de Yougoslavie n'existe plus», ce qui a été réaffirmé dans le deuxième avis référé, où il est ajouté que cette république a été substituée par une pluralité d'Etats, qui se sont implantés dans le territoire de l'ancien Etat. Ainsi, tous ces Etats doivent être considérés Etats successeurs relativement à la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Sur cette question, voir BLUM, «UN Membership of the «New» Yugoslavia: Continuity or Break?», *AJIL*, 1992, p. 830-833; UGO VILLANI, «Lo status della Repubblica serbo-montenegrina nelle Nazioni Unite», *RDI*, 1993, p. 26-36; ou WEMBOU, «Observations sur le processus des réformes en cours aux Nations Unies», *RDISDP*, 1993, p. 215 ss.

le Conseil de sécurité a déterminé ces conditions dans la résolution n.º 9, du 15 octobre 1946. Mais, comme l'a dit Geneviève Guyomar, les textes de l'article mentionné du Statut et de cette résolution «...se présentent comme des textes relativement ambigus et dont l'interprétation s'avère difficile»<sup>10</sup>, ce qui a donné origine à deux positions dans la doctrine sur la nécessité de vérification des conditions prévues dans la résolution référée<sup>11</sup> relativement à un Etat que n'est pas partie du Statut de la CIJ, mais qui est partie à un traité en vigueur qui contient une clause de compromis reconnaissant la compétence de la Cour. Selon une position, les exigences prévues dans la résolution sont aussi applicables à cet Etat; selon d'autres auteurs, un Etat partie à un traité qui contient telle clause peut plaider devant la Cour, sans aucune autre exigence. C'est cette dernière opinion que la Cour va souscrire, et, par cette voie, reconnaître sa compétence en ce qui concerne à la Yougoslavie. Selon cette opinion, il suffisait, pour que la Cour jouisse de compétence *ratione personnae*, que la Yougoslavie avait souscrit la convention sur le crime du génocide, dont l'article IX reconnaît la compétence de la CIJ pour trancher les différends sur son interprétation ou application<sup>12</sup>.

C'est pour reconnaître sa compétence *ratione personnae* relativement à la Yougoslavie, évitant simultanément de se prononcer sur la qualité de membre des Nations Unies de cet Etat que la Cour est allée plus loin, cherchant, *motu proprio*, dans les normes du Statut la base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée.

La généralité de la doctrine a vu dans ce raisonnement une revendication d'une plus grande autonomie dans l'évaluation, par la Cour, de sa propre compétence, dans la phase d'indication de mesures conservatoires<sup>13</sup>. Mais, par exemple Rafaëlle Maison pointe quelques restrictions à ce point de vue, considérant que «si la position de la Cour peut dénoter une "plus grande autonomie à l'égard des Parties", elle n'exprime pourtant pas une volonté de cette institution d'approfondir ses pouvoirs. Au contraire, la Cour relève d'elle-même les obstacles à la reconnaissance de sa compétence *prima facie*, pour les dépasser, en une démarche assez paradoxale»<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> GENEVIEVE GUYOMAR, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice. Interprétation et pratique*, Paris, Pedone, 1983, p. 269.

<sup>11</sup> Dans ces conditions, il y a, *inter alia*, l'exigence d'avoir fait le dépôt, au préalable, d'une déclaration d'acceptation de la compétence de la CIJ.

<sup>12</sup> L'article dispose: «Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend.»

<sup>13</sup> C'est le cas, par exemple, de LUIGI DANIELE, «La prima ordinanza sulle misure cautelari nell'affare tra Bosnia-Erzegovina e Jugoslavia (Serbia e Montenegro)», *RDI*, 1993, p. 376.

<sup>14</sup> RAFAËLLE MAISON, «Les ordonnances de la CIJ dans l'affaire relative à l'application de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide», *EJIL*, 1994, p. 385.

3. Aussi, la compétence *ratione materiae* a été questionnée, cette fois relativement à la Bosnie, à propos de savoir si cet Etat pouvait être considéré Etat partie à la convention sur le génocide.

La Bosnie avait envoyé au Secrétaire Général des Nations Unies (en tant que dépositaire de la dite convention) une déclaration de succession de l'ancienne Yougoslavie (partie à la convention depuis 1946), avec effet dès sa déclaration d'indépendance (1992).

La Yougoslavie conteste la validité de telle déclaration unilatérale de succession, qu'aucune norme juridique ne supporterait. Même si cette déclaration pouvait être considérée comme constituant une adhésion (dont la possibilité était prévue dans l'article XI), ses effets se produiraient seulement quatre-vingt-dix jours après son dépôt (article XIII), période qui n'était pas encore expiré quand la Bosnie a présenté la requête introductive de l'instance<sup>15</sup>.

La CIJ, une fois de plus, a contourné le problème. Evitant de définir les effets de la dite déclaration, elle affirme qu'une telle définition n'est pas importante, c'est-à-dire, il n'est pas nécessaire de savoir si la Bosnie a acquis la qualité de partie à la convention dès la date de sa déclaration d'indépendance (par voie de succession) ou si elle a eu cette qualité seulement après l'expiration des quatre-vingt-dix jours exigés pour que l'adhésion produise ses effets. S'affirmant plus concernée avec le futur qu'avec le passé, la Cour considère que l'important c'est de constater que la Bosnie est déjà partie à cette convention: même si on considère sa déclaration avec l'effet d'une adhésion, l'essentiel est que les quatre-vingt-dix jours sont déjà passés entre le dépôt de la requête et la procédure orale sur la demande<sup>16</sup>.

On peut conclure que la CIJ, dans la phase de mesures conservatoires, a révélé une position audacieuse quand elle envisage des obstacles de nature formelle à sa compétence. Dès qu'elle peut conclure que les parties ont accepté sa compétence, les questions formelles ne l'empêchent pas de l'exercer.

Cette tendance se révèle encore dans un autre aspect suscité dans la même affaire. En réalité, la Bosnie a invoqué d'autres titres de compétence pendant le cours de la procédure, ce qui a suscité la question de l'admissibilité de faire appel à des titres de compétence non mentionnés dans la requête. La question n'était pas nouvelle; elle avait déjà surgi dans le cas de l'*Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Ainsi, la Cour renvoie à son arrêt sur sa compétence et sur la recevabilité de la requête dans ce cas-là, où la Cour a admis la présentation des nouveaux titres de compétence, «à condition aussi que le

<sup>15</sup> Cf. *CIJ Recueil*, 1993, p. 15-16, par. 24.

<sup>16</sup> Cf. *CIJ Recueil*, 1993, p. 16, par. 25.

différend porté devant la Cour par requête ne se trouve pas transformé en autre différend dont le caractère ne serait pas le même...»<sup>17</sup>.

Une fois de plus, la Cour a révélé une certaine malléabilité dans l'appréciation des aspects formels et elle a admis la présentation de nouvelles bases de compétence. Après, elle les a rejetés, parce qu'elles ne révélaient clairement l'intention de Yougoslavie de se soumettre à sa juridiction. Dans les aspects substantiels, elle est, donc, beaucoup plus exigeante. Selon Daniele, cette décision se révèle même, quant à ce point, exceptionnelle, puisque, en phase d'indication de mesures conservatoires, les doutes sur la compétence bénéficient, en règle générale, le demandeur<sup>18</sup>.

4. La tendance que nous venons de relever quant à la forme de la Cour d'évaluer sa compétence est réitérée dans la seconde ordonnance proférée dans cette même affaire. Mais, avant d'analyser cette question, on doit commencer par aborder un problème préalable: celui de l'admissibilité d'une seconde demande en indication de mesures conservatoires dans un seul cas.

En réalité, une seconde demande d'indication de mesures conservatoires avait déjà été faite, comme l'ont souligné les juges Ajibola et Lauterpacht dans leurs opinions<sup>19</sup>, dans le cas des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua e contre celui-ci*, par le Nicaragua, en alléguant le non-accomplissement de l'ordonnance de la Cour déterminant les mesures de protection provisionnelle par les Etats Unis. Mais la Cour n'a pas accepté cette seconde demande, parce qu'elle était saisie des exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité de la demande suscitées par les Etats-Unis. Alors, en disant que le Nicaragua devait attendre son arrêt sur ces exceptions, la Cour s'esquiva de définir sa position sur l'admissibilité d'une seconde demande en indication de mesures conservatoires<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> *CIJ Recueil*, 1982, p. 427, par. 80. Rappelons que l'article 38, n.º 2, du Règlement, prévoyant que les titres de compétence devront être indiqués, autant que possible, dans la requête, n'est pas applicable à la requête en demande d'indication de mesures conservatoires. Sur le problème de l'invocation postérieure de titres de compétence, rapporté au cas des *Activités militaires*, voir LUIGI MIGLIORINO, «Sulla invocabilità di un titolo di giurisdizione non menzionato nella requête», *FDI*, 1989, p. 866 ss.

<sup>18</sup> LUIGI DANIELE, «La prima ordinanza sulle misure cautelari...», *cit.*, p. 380.

<sup>19</sup> Cf. *CIJ Recueil*, 1993, p. 392 e 411-412, respectivement.

<sup>20</sup> Le juge Ajibola a aussi fait appel à un autre précédent plus ancien (et, en tout cas, un peu différent, parce que la seconde demande ne fut pas présentée à la Cour), dans le cas *Anglo Iranian Oil Cº*. Le Royaume Uni, en invoquant la faute de l'exécution par l'Iran de l'ordonnance de Cour prévoyant des mesures conservatoires a présenté la question au Conseil de sécurité de l'ONU. Là aussi, la Cour était en train de décider la question de sa compétence, en vertu d'une exception d'incompétence suscitée par l'Iran. Le Conseil de sécurité a soutenu que le Royaume Uni devrait attendre cette décision (Cf. *CIJ Recueil*, 1993, p. 392 – opinion individuelle du juge AJIBOLA).

Dans le cas relatif à l'application de la convention sur le crime du génocide, cette circonstance ne se vérifiait pas: la Cour n'était pas saisie de la question de sa propre compétence. Alors, elle devrait se prononcer sur la possibilité d'une seconde ordonnance de mesures conservatoires dans un même cas. Dans les textes du Statut et du Règlement de la CIJ, cette hypothèse n'est pas prévue. La possibilité de Cour d'apprécier deux fois la question des mesures conservatoires est seulement établie en deux situations: si une première demande a été rejetée, l'article 75 §3 du Règlement permet à la partie qui avait fait la demande de présenter une autre sollicitation d'indication de mesures conservatoires, dans la mesure où elle est fondée sur des faits nouveaux<sup>21</sup>; le Règlement prévoit aussi que, si la Cour a attendu la demande d'une partie en déterminant la protection provisoire des droits en jeu dans une affaire, cette même partie a la possibilité de demander que cette décision soit rapportée ou modifiée, basée sur le changement de la situation<sup>22</sup>.

Mais, dans le cas présenté par la Bosnie, ces conditions ne se réunissaient pas: la première demande présentée avait été attendue, au moins partiellement, pour ce que l'hypothèse de l'article 75 ne se vérifiait pas; également, l'article 76 n'était pas applicable parce que la Bosnie ne demandait pas le rapport ou la modification de l'ordonnance de la Cour du 8 avril 1993, mais l'indication de mesures conservatoires additionnelles.

Parce que le *non liquet* n'est pas admis, la Cour devrait décider, ce qu'elle a fait en s'aidant des articles que nous venons de signaler, concluant que les possibilités qui y sont prévues peuvent jouer en cas de modification des circonstances. C'est-à-dire, la raison d'être de ces normes est de permettre l'adaptation des décisions proférées à une situation nouvelle qui a surgi. Par analogie, la Cour conclut qu'elle peut admettre la nouvelle demande d'indication de mesures conservatoires présentée par Bosnie, aussi bien que la demande reconventionnelle de Yougoslavie<sup>23</sup>, si cette condition se vérifie, c'est-à-dire, si elle peut conclure que ces demandes se fondent «sur des circonstances nouvelles de nature à en justifier l'examen»<sup>24</sup>. La Cour a soutenu que, dans ce cas, cette condition était remplie, «compte tenu de l'évolution de la situation en Bosnie-Herzégovine dans les derniers mois»<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Le texte de cette norme est le suivant: «Le rejet d'une demande en indication de mesures conservatoires n'empêche pas la partie qui l'avait introduite de présenter en la même affaire une nouvelle demande fondée sur des faits nouveaux».

<sup>22</sup> Cette possibilité est consacrée à l'article 76, §1, dont le texte dispose: «À la demande d'une partie, la Cour peut, à tout moment avant l'arrêt définitif en affaire, rapporter ou modifier toute décision concernant des mesures conservatoires si un changement dans la situation lui paraît justifier que cette décision soit rapportée ou modifiée».

<sup>23</sup> La Yougoslavie avait, elle aussi, présenté une demande en indication de mesures conservatoires le 9 août 1993.

<sup>24</sup> *CIJ Recueil*, 1993, p. 337, par. 22.

<sup>25</sup> *CIJ Recueil*, 1993, p. 337, par. 22. Selon le commentaire de Chazournes, «c'est une formule générale mais lourde d'implications au regard de la situation dramatique en Bosnie-Herzégovine. Et cela d'autant plus que la Cour a

5. Revenons à l'appréciation faite par la Cour de sa propre compétence dans le cas de la convention sur le génocide. Comme nous avons déjà dit, cette seconde ordonnance va confirmer les tendances que la première décision avait déjà révélé. Malgré l'invocation de plusieurs nouveaux titres de compétence<sup>26</sup>, ces aspects surviennent surtout à propos de l'invocation du *forum prorogatum* par la Bosnie.

Le *forum prorogatum* est une spéciale forme d'acceptation de la compétence de la Cour. En ce sens, il ne constitue pas une exception au caractère volontaire de la compétence de la Cour. Simplement, parce qu'il n'y a pas d'exigences sur la forme d'exprimer cette acceptation, soit au Statut soit au Règlement de la Cour<sup>27</sup>, il est possible qu'une partie à un différend le présente à la Cour sans avoir aucune base de compétence qu'elle puisse invoquer, permettant à l'Etat opposant d'accepter la compétence au cours de la procédure<sup>28</sup>, d'une façon expresse ou tacite (v.g., si l'Etat, sans contester la compétence de la Cour, vient alléguer sur le fond du différend).

La question du *forum prorogatum* a été soulevée par la Bosnie, compte tenu d'une communication de la Yougoslavie du 1<sup>er</sup> avril 1993, où cet Etat sollicitait, lui aussi, l'indication de mesures conservatoires<sup>29</sup>, dont «certaines (...) pouvaient tendre à la protection de droits allant au-delà de ceux couverts par la convention sur le génocide»<sup>30</sup>. La Bosnie vient, alors, soutenir

ensuite fait état «de la persistance de conflits sur le territoire de Bosnie-Herzégovine et la commission d'actes odieux au cours de ces conflits» (BOISON DE CHAZOURNES, «Les ordonnances en indication de mesures conservatoires dans l'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide», *AFDI*, 1993, XXXIX, p. 527).

<sup>26</sup> Une nouvelle base compétence invoquée dans cette deuxième demande fut le traité entre les Puissances alliées et associées (les Etats-Unis d'Amérique, l'Empire britannique, la France, l'Italie et le Japon) et le Royaume des Serbes, Croates et Slovènes sur la protection des minorités, du 10 septembre 1919; une autre base de compétence supplémentaire était la lettre du 8 juin 1992 adressée au président de la commission d'arbitrage de la conférence internationale pour la paix en Yougoslavie par le président du Monténégro et le président de la Serbie; et finalement, une troisième base de compétence était constitué par le droit international de la guerre coutumier et conventionnel et sur le droit international humanitaire. La Cour a refusé tous ces titres: le premier ne serait pas pertinent quant au cas à analyser; le deuxième a été déjà refusé auparavant, dans l'ordonnance du 8 avril; quant au troisième, la Cour l'a refusé parce que le demandeur «n'a porté à l'attention de la Cour aucune disposition des textes ainsi énumérés», se limitant à faire une invocation générale (cf. *CIJ Recueil*, 1993 p.340-341, par. 30 à 33).

<sup>27</sup> Comme a dit la CIJ «alors que le consentement des parties confère juridiction à la Cour, ni le Statut ni le Règlement n'exigent que ce consentement s'exprime dans une forme déterminée» (*CIJ Recueil*, 1948, p. 27).

<sup>28</sup> C'est ce que c'est passé dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, comme la Cour a affirmé, en soutenant que «en recourant à la voie de requête, le Gouvernement du Royaume-Uni a fourni au Gouvernement de l'Albanie l'occasion d'accepter la juridiction de la Cour» (*CIJ Recueil*, 1948, p. 27-28).

<sup>29</sup> Ces mesures sont explicitées au paragraphe 9 de l'ordonnance du 8 avril 1993.

<sup>30</sup> *CIJ Recueil*, 1993, p. 341, par. 34. Remarquons que la communication citée a été présentée devant la Cour avant la prononciation de la première ordonnance en matière de mesures conservatoires (8 avril 1993). Il paraît, donc,

que, implicitement, le défendeur reconnaissait une compétence plus large que celle qui était établie à l'article IX de la convention référée.

Cependant, la Cour a maintenu son opinion selon laquelle la seule base de sa compétence était la norme citée de la convention sur le génocide. Pour cette conclusion, elle a tenu compte de la demande présentée par le défendeur, le 9 août 1993, selon laquelle «le Gouvernement de la prétendue République de Bosnie-Herzégovine doit immédiatement, conformément à l'obligation qui est la sienne en vertu de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission du crime de génocide contre le groupe ethnique serbe»<sup>31</sup>, demande qui se restreignait au champ d'application de cette convention, alors que les mesures sollicitées par la communication en cause «tendaient seulement à la protection de droits revendiqués sur la base de la convention sur le génocide»<sup>32</sup>. Encore le fait que la Yougoslavie ait «constamment contesté» la compétence de la Cour pour connaître le différend soutenait la conclusion de la CIJ. Ainsi, la Cour considère que la communication présentée le 1<sup>er</sup> avril «ne peut être regardée, même *prima facie*, comme «une manifestation non équivoque» de la volonté de cet Etat d'accepter de manière «volontaire, indiscutable» la compétence de la Cour»<sup>33</sup>.

Cette conclusion de la Cour a suscité quelques commentaires, notamment du juge Lauterpacht dans son opinion individuelle. Selon ce juge, la grande question était de définir les effets découlant de la demande présentée pour la Yougoslavie le 1<sup>er</sup> avril<sup>34</sup>. En réalité, ces effets n'étaient pas tout à fait clairs, comme l'a souligné Chazournes, quand il pose la question: «s'agissait-il d'un engagement immédiat, ayant force obligatoire et d'application générale, voire d'un engagement à soumettre seulement certaines questions spécifiques? Ou bien ne s'agissait-il que d'énoncer une politique générale, sans offre, ni engagement?»<sup>35</sup>.

Au premier abord, on peut constater que la sollicitation présentée par le défendeur, le 9 août 1993, a pour effet de restreindre substantiellement la demande constante de sa communication antérieure.

que la Bosnie ne s'était pas immédiatement aperçu des possibilités éventuellement ouvertes pour l'élargissement de la compétence *ratione materiae* de la Cour par cette voie, dont Daniele parlait déjà en analysant la première ordonnance (cf. LUIGI DANIELE, «La prima ordinanza sulle misure cautelari...», cit., p. 375 – note 6). En réalité, apparemment, c'est seulement après le juge *ad hoc* Lauterpacht avoir posé des questions aux parties, demandant les effets de cette communication et questionnant spécifiquement si ses effets permettaient faire appel au concept de *forum prorogatum* que la Bosnie prend conscience de cette possibilité.

<sup>31</sup> *CIJ Recueil*, 1993, p. 334, par. 12.

<sup>32</sup> *CIJ Recueil*, 1993, p. 342, par. 34.

<sup>33</sup> *CIJ Recueil*, 1993, p. 342, par. 34. Les expressions entre guillemets dans l'original sont des citations des décisions de la Cour dans les cas *Droits des minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)* et *Détroit de Corfou*.

<sup>34</sup> Cf. *CIJ Recueil*, 1993, p. 420-421 – Opinion individuelle du juge ELIHU LAUTERPACHT.

<sup>35</sup> BOISON DE CHAZOURNES, *op. cit.*, p. 523.

Si cette interprétation est correcte, on peut voir dans l'attitude de la Cour une tendance à évaluer d'une façon plus exigeante la volonté des Etats de se soumettre à sa compétence, si on la compare à son action dans l'affaire *Détroit de Corfou*. Dans ce cas-là, il y avait un différend entre le Royaume Uni et l'Albanie, que le premier avait soumis, par requête unilatérale, à la CIJ. Or, l'Albanie n'était pas partie au Statut de la Cour, ce que lui permettait de refuser sa compétence. Pourtant, elle a décidé, par lettre du 2 juillet 1947, d'accepter une résolution du Conseil de sécurité qui recommandait la solution du différend par soumission à la CIJ (malgré les réserves qui a aussi suscité) et a admis la compétence de la Cour pour trancher cette affaire. Néanmoins, compte tenu de la lettre où l'Albanie acceptait la compétence de la Cour et malgré son affirmation selon laquelle la Cour n'avait pas été dûment saisie, la CIJ a affirmé que cette lettre «comporte (...) une acceptation volontaire, indiscutable, de la juridiction de la Cour»<sup>36</sup>, et alors elle s'est considérée compétente.

6. Analysant ce cas du *Détroit de Corfou*, on doit conclure que, une fois acceptée la compétence de la Cour, quelque soit la forme (expresse ou tacite), cette acceptation ne peut pas être révoquée au cours de la même procédure.

Dans l'affaire de l'application de la convention sur le génocide, cette thèse paraît être dépassée, si on considère que la demande présentée le 9 août a eu les effets signalés au-dessus, et donc elle se traduit dans une révocation de la communication antérieure relativement à toutes les demandes qui ne s'inscrivaient pas dans le champ de la convention relative au génocide. Ce dépassement serait dans le sens signalé au-dessus. Evidemment, on peut trouver des «atténuants» pour ce comportement. Premièrement, on peut référer que, au contraire de l'affaire de *Détroit de Corfou*, il y avait ici des titres de compétence déjà acceptés, c'est-à-dire, la non acceptation du *forum prorogatum* n'impliquait pas le refus d'indication de mesures conservatoires. D'autre part, on doit souligner que les expressions utilisées par la Cour sont particulièrement fortes, visant à exprimer le doute profond qui l'entoure en ce qui concerne la détermination d'une vraie acceptation de sa juridiction, dans autres domaines que l'application de la convention sur le génocide, par la Yougoslavie<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Cf. *CIJ Recueil*, 1947-48, p. 27.

<sup>37</sup> Rappelons que la Cour a souligné ses *doutes profonds* sur l'interprétation de la communication du 9 août considérant qu'elle ne pouvait «être regardée, même *prima facie*, comme une manifestation non équivoque» d'acceptation de sa compétence. L'usage de l'adverbe «même» au près de l'expression *prima facie* paraît démontrer qu'il s'agit d'une conclusion définitive, au contraire de l'affirmation toujours répétée dans les ordonnances en matière de mesures conservatoires selon laquelle l'appréciation de la compétence faite en cette phase ne préjuge en rien la question de la compétence ni préjudice des droits des parties de faire valoir ses moyens sur la question (cf., v. g., *CIJ Recueil*, 1984, p. 186, par. 40, *CIJ Recueil*, 1986, p. 11, par. 30, *CIJ Recueil*, 1990, p. 69, par. 23, *CIJ Recueil*, 1993, p. 23, par. 51, *CIJ Recueil*, 1990, p. 69, par. 23).

Quoiqu'on puisse regretter, dans une première analyse, que la Cour n'ait pas reconnu une base de compétence plus large, en acceptant le *forum prorogatum*, peut-être son attitude fut la plus sage. Le *forum prorogatum* est, effectivement, une notion attractive par ses potentialités d'élargir la compétence de la Cour ou même de la reconnaître. D'autre côté, son usage doit être fait avec beaucoup de précaution. En réalité, un usage imprudent pourrait éloigner les Etats de la CIJ, craignant qu'une attitude moins réfléchie adoptée par eux puisse être interprétée comme une reconnaissance ou un élargissement de la compétence de la Cour reconnue, qu'ils ne voudraient pas.

7. Un autre aspect que la Cour a eu l'occasion de souligner dans la seconde ordonnance en matière de mesures conservatoires dans l'affaire relative à la convention sur le génocide est le caractère relatif de ses décisions.

Le Statut de la Cour affirme ce principe dans l'article 59, en se référant seulement à la sentence et pas à d'autres décisions. Pourtant, les décisions sur les mesures conservatoires sont des décisions incidentes et fonctionnalisées à la sentence finale, dont elles visent à sauvegarder l'utilité. On ne voit pas la possibilité, ou même l'intérêt, d'une indication de mesures conservatoires dirigée à des Etats autres que les Parties au différend, compte tenu que les effets de la sentence ne se produiront pas relativement à eux.

Ce problème apparaît dans l'ordonnance de la Cour à propos des demandes présentées par Bosnie, par voie desquelles la Cour devrait déterminer des mesures conservatoires dirigées à des Etats contractantes de la convention sur le génocide, mais qui n'étaient pas parties au différend<sup>38</sup>. La Cour a précisément fait appel à l'article 59 de son Statut. Soulignant que cette disposition détermine que la sentence n'oblige que les parties au différend, elle conclut que «par voie de conséquence, la Cour peut, pour la sauvegarde des droits, indiquer des mesures conservatoires à prendre par les parties, mais non par des Etats tiers ou d'autres entités alors que ceux-ci ne seraient pas tenus de reconnaître et respecter ces droits par application de l'arrêt qui sera en définitif rendu»<sup>39</sup>.

8. On peut trouver aussi, en liaison avec cette question, un autre problème: celui de la litispendance<sup>40</sup>, qui avait suscité une profonde controverse dans un cas présenté à la Cour

<sup>38</sup> Voir les mesures dont l'indication a été demandée sous les n.ºs 5, 7, 9 et 10, où la Bosnie sollicite à la Cour, *inter alia*, de reconnaître aux Etats membres de la Convention sur le génocide (autres que les parties au différend) la faculté de lui fournir des armes ou des forces armées (cf. *CIJ Recueil*, 1993, p. 332-333).

<sup>39</sup> *CIJ Recueil*, 1993, p. 344, par. 40.

<sup>40</sup> Ce mot est utilisé ici dans un sens bien différent de celui qu'il a dans le droit interne, au point de Alain Pellet dire qu'«il est plus que douteux que la notion technique de litispendance puisse être transposée» pour des cas comme ceux prévus dans le texte. (cf. ALAIN PELLET, «Le Glaive et la balance. Remarques sur le rôle de la CIJ en matière

auparavant<sup>41</sup>. En demandant à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires reconnaissant que «pour s'acquitter de ses obligations en vertu de la convention sur le génocide dans les circonstances actuelles, le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine doit avoir la faculté de se procurer des armes, des matériels et des fournitures militaires auprès d'autres parties contractantes», et encore que «...toutes les parties contractantes à cette convention doivent avoir la faculté de se procurer des armes, des matériels et des fournitures militaires au Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine, à sa demande, et de mettre à sa disposition des forces armées (soldats, marins, aviateurs)»<sup>42</sup>, la Bosnie prétendait une décision limitatrice des effets de la résolution du Conseil de sécurité n.º 713, du 21 septembre 1991, et résolutions postérieures qui la confirmaient, en déterminant que l'embargo d'armes prévu n'était pas applicable à la Bosnie. Alors, il y aurait deux décisions de deux organes internationaux sur une même question.

Le fait que la Cour ait devant elle une question de laquelle un autre organe est aussi saisie n'a jamais conduit l'organe judiciaire principal des Nations Unies à se refuser de se prononcer. Ici le fait était un peu plus délicat car une décision favorable à la demande de la Bosnie impliquait nécessairement une annulation partielle d'une antérieure résolution du Conseil de sécurité. Cet aspect du problème touchait une question très sensible, c'est à dire, la question d'établir si la Cour internationale de Justice peut fonctionner en tant qu'instance de révision des décisions du CS, question qui nous ramène à une autre, bien plus délicate: est-ce que la Cour peut s'arroger des pouvoirs de contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité?<sup>43</sup>

de maintien de la paix et de la sécurité internationales», in *International Law at a Time of Perplexity*, Essais in Honour of Shabtai Rosenne, Yoram Dinstein editor, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 545). Sont plusieurs les aspects qui séparent le concept de litispendance en droit international ou en droit interne, dont on soulignera celui de la nature des organes en cause. Effectivement, quand on parle de litispendance en droit international, on se réfère à la possibilité de deux organes de décider sur une même question, indépendamment du fait de que ces organes sont, tout les deux, de nature judiciaire (v.g., la CIJ et le Conseil de sécurité, celui-ci un organe politique incontestablement). En droit interne, la nature judiciaire des deux organes est un aspect fondamental de la notion.

<sup>41</sup> On se rapporte aux ordonnances en indication de mesures conservatoires dans les différends entre Libye et Royaume-Uni, et entre Libye et Etats-Unis d'Amérique, qui ont suscité une profonde division dans la doctrine et même entre les juges de la Cour. Sur cette question, voir MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *op. cit.*, p. 223 ss.

<sup>42</sup> *CIJ Recueil*, 1993, p. 332-333, par. 6, n.ºs 8 et 9.

<sup>43</sup> Cet aspect du problème est venu à l'ordre du jour dans l'*Affaire Lockerbie*. Alors on se demandait si la CIJ pouvait fonctionner en tant qu'instance de révision ou de contrôle de la légalité des résolutions du Conseil de sécurité. En effet, la conformité de quelques résolutions (et particulièrement de la résolution 748 du 30 mars 1992) avec la Charte des Nations Unies était douteuse. Sur cette problématique, voir, v. g., BEDJAOUI, *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de Sécurité*, Bruxelles, ed. Bruylant, 1994; BERNARD GRAEFRATH, «Leave to the Court what belongs to the Court. The libyan case», *EJIL*, vol. 4, n.º 2, 1993, p. 184-205; VERA GOWLLAND-DEBBAS, «The relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the



S'appuyant sur le caractère relatif de sa décision, la Cour a dépassé le problème de définir si elle peut ou non révoquer ou réduire le champ d'application d'une résolution du Conseil de sécurité.

9. Peut-être la contribution la plus importante de cette ordonnance pour l'éclaircissement des doutes qui entourent les mesures conservatoires est celle qu'on peut y trouver sur le problème du caractère obligatoire ou non obligatoire de ces mesures et la position expressément affirmée de plusieurs juges dans les opinions qui ont ajouté à la décision.

La question du caractère obligatoire des mesures conservatoires n'a jamais réuni l'unanimité des opinions, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence. Si on peut trouver, à l'époque de la CPJI, une tendance largement majoritaire qui considérait que les mesures conservatoires n'étaient pas obligatoires pour les parties, aujourd'hui c'est l'opinion contraire qui domine. Comme on a dit, l'ordonnance de la Cour à laquelle on vient de se référer a fourni quelques éléments sur la matière, ce qui se vérifie en vertu des circonstances qui l'ont entouré: par la première fois, la Cour a prononcé une deuxième ordonnance en indication de mesures conservatoires dans une même affaire.

On ne peut pas trouver de contributions pour éclaircir la question dans des ordonnances de mesures conservatoires, parce que le problème de l'accomplissement de la décision est un problème qui survient seulement après sa détermination; donc, les ordonnances ne se réfèrent pas à la question. Ainsi, les très rares indices qui existent dans la jurisprudence apparaissent

light of the Lockerbie Case», *AJIL*, 1994, vol. 88, p. 643-677; SCOTT EVANS, «The Lockerbie Incident Cases: Libyan-Sponsored Terrorism, Judicial Review and the Political Question Doctrine», *MarJIL*, 1994-1995, vol. 18, p. 21-76. Malheureusement, aussi dans cette affaire la Cour n'a pas éclairci sa position sur cette très intéressante, mais aussi très complexe, question, compte tenu qu'elle a refusé l'indication de mesures conservatoires, faisant appel à un raisonnement très contesté qui l'a conduit à une équivalence des résolutions du Conseil de sécurité prises dans le cadre du chapitre VII à la Charte des Nations Unies (en ce qui concerne à la hiérarchie), et, par conséquent, à l'application de l'article 103 de la Charte à ces résolutions. D'autres aspects furent aussi contestés et il a demeuré l'idée que la Cour a essayé de s'évader de la prise d'une conclusion sur un problème si délicat. On doit rappeler que la décision refusant l'indication de mesures conservatoires a été prise seulement avec 11 votes affirmatifs et qu'un grand nombre de juges a ajouté ses opinions individuelles ou dissidentes. Postérieurement, la Cour a rendu un arrêt sur des exceptions préliminaires soulevées par les défendeurs, où elle a rejeté l'exception d'irrecevabilité tirée par le Royaume-Uni et par les Etats-Unis d'Amérique des résolutions 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité; elle a aussi conclu que l'exception selon laquelle les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité auraient privé les demandes de la Libye de tout objet, n'avait pas un caractère exclusivement préliminaire (cf. les arrêts de la Cour du 11 juillet 1996 sur les exceptions préliminaires soulevées par le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique, §§ 53, 2a) et 3)). Alors le problème a été ajourné, une fois de plus.

dans les arrêts (finaux ou sur des exceptions)<sup>44</sup> et pas dans les ordonnances en indication de mesures conservatoires. Dans ce cas-là, les circonstances ont permis l'appréciation de cet aspect dans une décision sur mesures conservatoires, compte tenu que, quand elle a été prononcée, il s'était déjà écoulé une période de temps suffisante pour permettre à la Cour d'analyser la (non) exécution de son ordonnance antérieure et pour en retirer ou non des conséquences. Pourtant, la Cour a dissipé cette opportunité pour définir, d'une façon expresse et claire, sa position sur une question si délicate, mais, en même temps, si importante et même si décisive.

Avant de référer les «pistes» qui on peut trouver dans les affirmations de la Cour à propos du problème, on va référer, d'une façon nécessairement brève, les arguments à la base d'une ou d'autre des doctrines.

La controverse a surgi à cause de l'obscurité des textes relevant, notamment du fait de l'utilisation du mot «indiquer» (relativement aux mesures conservatoires) dans l'article 41 du Statut<sup>45</sup>, qui nous donne une idée d'une simple recommandation; et cet aspect est aggravé dans la version anglaise de cette norme, où on parle de «measures suggested», renforçant cette première impression. Cet aspect a été décisif pour la doctrine plus ancienne, comme on peut voir dans les textes de Guggenheim<sup>46</sup>, Hammarskjöld<sup>47</sup> ou Cocatre-Zilgien<sup>48</sup>.

Mais d'autres arguments ont été ajoutés pour soutenir le caractère non obligatoire des mesures conservatoires indiquées, comme le fait que la décision revêtisse la forme d'ordonnance.

Comme nous l'avons dit, aujourd'hui c'est la thèse opposée qui réunit le plus d'adhésions, se basant sur une interprétation des dispositions concernées qui est fondée sur la raison d'être de ces mesures, sur la nature de l'organe qui les produit (un tribunal) et qui considère qu'une interprétation qui arrive à la conclusion du caractère obligatoire des mesures

<sup>44</sup> Ainsi, on peut voir une contribution au sens des mesures conservatoires obligatoires pour les parties en des affirmations, parfois trouvées dans les arrêts, qui déterminent la cessation des effets des ordonnances en question. Dans l'arrêt de l'affaire des *Activités militaires au Nicaragua*, on peut lire: «cette ordonnance cesse donc de produire ses effets depuis la prononciation du présent arrêt et les mesures conservatoires qu'elle prescrit ont simultanément sa fin.» (*CIJ Recueil*, 1986, p. 649, par. 177). On peut trouver des affirmations similaires dans l'arrêt de l'*Anglo Iranian Oil C<sup>a</sup>* (*CIJ Recueil*, 1952, p. 114).

<sup>45</sup> Rappelons que cette disposition se lit comme ça: «La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire».

<sup>46</sup> Cf. PAUL GUGGENHEIM, «Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire», *RCADI*, 1932, II, p. 649 ss.

<sup>47</sup> Cf. HAMMARSKJÖLD, «Quelques aspects de la question des mesures conservatoires en droit international positif», *Zeitschrift für ausl. öff. Recht und Völkerrecht*, 1935, p. 5 ss.

<sup>48</sup> Cf. ANDRE COCATRE-ZILGIEN, «Les mesures conservatoires décidées par le juge ou par l'arbitre international», *RGDIP*, 1996, p. 5 ss.

conservatoires n'est pas incompatible avec les expressions utilisées dans les normes et peut s'appuyer sur les travaux préparatoires.

La doctrine, depuis longtemps, affirme que l'interprétation des normes doit être faite de façon à sauvegarder tous les effets utiles prétendus avec son élaboration, position confirmée par la Cour en de différentes occasions<sup>49</sup>. Alors, si on sait que la fin de la détermination de mesures conservatoires est la sauvegarde de l'utilité de l'arrêt, comment peut-on considérer que cette fin peut être assurée avec une ordonnance qui n'oblige pas les parties auxquelles elle est dirigée? Comment l'effet utile de son indication peut être sauvegardé si les parties peuvent choisir entre son accomplissement et son non-accomplissement?

D'autre part, il ne nous paraît pas compatible avec la nature de la Cour, en tant qu'instance judiciaire, qu'elle produise des ordonnances que les parties sont libres de suivre ou non. Au contraire, la nature judiciaire d'un organe nous indique que ses décisions sont, en principe, obligatoires, sauf si les normes pertinentes disposent autre chose. Ainsi, l'article 96 de la Charte des Nations Unies réfère la possibilité de la Cour prononcer des avis consultatifs, dont la procédure est réglée dans des chapitres spécifiques du Statut et du Règlement de la CIJ et dont le caractère non obligatoire n'est pas contesté. Comme la désignation même le suggère, il s'agit tout simplement d'un avis, d'une opinion, qui s'intègre dans la compétence consultative de la Cour et non pas à sa compétence judiciaire. Quant aux mesures conservatoires, les articles prévoyant son indication se trouvent dans les parties du Statut et du Règlement relatives à la procédure judiciaire et non à la procédure consultative.

Ces arguments, pour nous décisifs, devraient être écartés seulement si la conclusion à laquelle ils conduisent (caractère obligatoire des mesures conservatoires) se révélait incompatibles avec les mots des articles pertinents<sup>50</sup>, ce que nous ne croyons pas qu'il se vérifie.

On ne doit pas s'éluder avec l'utilisation du mot «indiquer», qui a donné origine à si nombreuses discussions. Ce mot, malgré sa faiblesse, n'est pas incompatible avec des mesures conservatoires obligatoires. D'autre part, le manquement d'un mot plus fort peut être expliqué, comme l'a fait Hudson, considérant l'époque de sa rédaction<sup>51</sup>. C'était vraiment

<sup>49</sup> La CPJI a déjà reconnu ce principe dans son avis consultatif relatif à *Écoles minoritaires en Albanie* (cf. CPJI, Ser. A/B, n.º 64, p. 20). De façon particulièrement claire, cette Cour a affirmé en *Affaire des Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*: «les clauses d'un compromis (...) doivent, si cela n'est pas faire violence à leurs termes, être interprétées de façon à permettre que ces clauses développent ses effets utiles» (C.P.J.I., Ser. A, n.º 22, p. 13).

<sup>50</sup> C'est ce que résulte de l'affirmation de la CPJI citée dans la note antérieure.

<sup>51</sup> Selon l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969, les circonstances existantes à la date de la conclusion du traité sont des moyens complémentaires d'interprétation.

difficile, à 1920<sup>52</sup>, d'admettre une disposition prévoyant la possibilité de la Cour d'ordonner des mesures conservatoires aux parties. À cette époque, la vision dominante de la souveraineté des Etats était pratiquement incompatible avec une telle rédaction. On doit considérer que l'auteur de la proposition d'inclusion d'un article sur la protection provisoire des droits fut Raul Fernandes, un brésilien qui a, sans doute, soutenu que les mesures conservatoires devraient être obligatoires.

Le fait que, dans la version anglaise de l'article 41 du Statut, se trouve l'expression «measures suggested» n'a pas un poids relevant dans cette discussion, compte tenu du fait que l'auteur de la proposition – Raul Fernandes – s'exprimait seulement en français et ne dominait pas la langue anglaise, comme le révèlent les travaux préparatoires<sup>53</sup>. Alors, on doit conclure que la version primitive était la française, et l'anglaise n'était que sa traduction.

Si on continue à analyser le texte, on y trouvera aussi des mots ou des expressions qui donnent des indices du caractère obligatoire des mesures conservatoires. Ainsi, on peut lire, dans le même article 41, que «la Cour a le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires». Comme l'a dit le juge Weeramantry, la Cour a besoin d'un pouvoir pour ordonner, mais il ne se justifierait un pouvoir pour faire des recommandations, avec des conséquences seulement au plan moral<sup>54</sup>.

Aussi le n.º 2 du même article<sup>55</sup> ne se justifie que si les mesures conservatoires indiquées sont obligatoires. La communication au Conseil de sécurité qu'il prévoit induit une idée de contrôle. Or, l'activité du Conseil de sécurité n'est pas dirigée à une fiscalisation des compromis moraux des Etats.

L'argument retiré du texte de l'article 59 du Statut de la Cour n'est pas, lui non plus, convaincant. Il y est affirmé que la «décision de la Cour est obligatoire pour les parties...» et le mot *décision* a été et continue à être interprété par une partie de la doctrine comme relatif exclusivement à la sentence. Nous ne partageons pas cette opinion. Le mot *décision* est souvent utilisé par les auteurs avec grande amplitude, contenant toutes les décisions de la Cour<sup>56</sup>, et nous croyons que c'est celui-ci le sens du mot dans l'article visé.

<sup>52</sup> Il faut rappeler que le Statut de la CIJ, approuvé au but d'une procédure urgente, est la reproduction du Statut de la CPJI, avec des petits ajustements concernant à la substitution de la SDN par l'ONU.

<sup>53</sup> On doit souligner aussi l'importance de l'analyse des travaux préparatoires comme moyen complémentaire d'interprétation, selon l'article référé dans la note 51.

<sup>54</sup> Cf. *CIJ Recueil*, 1993, p. 382 – opinion individuelle du juge WEERAMANTRY.

<sup>55</sup> Le n.º 2 de l'article dispose: «En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité».

<sup>56</sup> C'est le cas de Rosenne, qui applique le mot *décisions* pas seulement se réfèrent aux arrêts, avis consultatifs et ordonnances mais à toute autre décision que la cour puisse prendre pour le développement de la procédure (cf. SHABTAI ROSENNE, «L'exécution et la mise en vigueur des décisions de la Cour internationale de justice», *RGDIP*, 1953, p. 532, note 1).

On sait que les normes doivent être interprétées dans le contexte où elles se trouvent. Or, si on compare la rédaction de l'article en question avec celle des articles précédents ou de l'article subséquent, on notera que, dans la rédaction de ceux-ci, le mot employé est «arrêt». Alors, si on voulait que le champ d'application de l'article 59 se restreigne aussi aux arrêts, pourquoi le changement des mots? Nous considérons que cette altération a été faite avec l'intention d'élargir l'hypothèse de l'article de façon à embrasser ici toutes les décisions de la Cour, dont les ordonnances en indication de mesures conservatoires.

Et ce raisonnement vaut aussi pour l'article 94 de la Charte, où on trouve, au n.º 1, le mot «décision», contre le mot «sentence», utilisé au n.º 2. L'utilisation des mots différents prétend définir des champs d'application, eux aussi, différents, ce qui est parfaitement justifiable. On peut comprendre que les moyens prévus au n.º 2 (communication au Conseil de sécurité du manquement d'exécution de la sentence, pour qu'il, si le considère opportune, prend des mesures adéquates<sup>57</sup>) soient seulement applicables aux décisions les plus importantes, les arrêts. Néanmoins, cette conclusion n'est pas incompatible avec l'application du dispositif du n.º 1 (qui détermine le devoir des parties de respecter les décisions de la CIJ<sup>58</sup>) à toutes les décisions de Cour, y compris les ordonnances en indication de mesures conservatoires.

Aussi, on ne voit pas qu'on peut retirer des conclusions refusant le caractère obligatoire de ces mesures du fait qu'elles soient approuvées sous la forme d'ordonnances. Vraiment, cette forme nous paraît même la plus appropriée, et elle ne fournit, à notre avis, aucun argument important relativement à la question que nous sommes entrain d'analyser. Elle est la plus appropriée parce que, selon l'article 60 du Statut, «l'arrêt est définitif et sans recours»; donc, il s'agit d'une forme inadéquate, compte tenu du concept même de mesures conservatoires (par sa nature même, provisoires) et de sa réglementation (voir notamment l'article 76, n.º 1<sup>59</sup>). D'autre part, cette forme est compatible avec des décisions obligatoires, comme on peut constater relativement à des ordonnances de procédure. Personne ne croit que les parties peuvent, selon sa volonté, respecter ou non une ordonnance de la Cour déterminant, v.g., la date limite de présentation des allégations écrites.

Alors, on peut se questionner: pourquoi les ordonnances les plus solennelles (les seules préférées après une procédure respectant le principe du contradictoire et où les juges peuvent ajouter leurs opinions) seraient les seules non obligatoires? On ne voit aucune raison importante.

<sup>57</sup> Le texte de cette disposition se lit comme ça: «Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt».

<sup>58</sup> Cette disposition affirme: «Chaque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie».

<sup>59</sup> Voir notes 21 et 22.

Comme conclusion, on peut affirmer que le caractère obligatoire des mesures conservatoires n'est pas incompatible avec le texte des normes qui régissent sa production ni avec la forme qu'elles assument. Celui-ci nous permet de revenir aux arguments que nous avons invoqués auparavant, concluant que le caractère obligatoire des mesures conservatoires est une exigence de sa notion, elle-même, et une nécessité pour que ses effets utiles puissent se réaliser; et il s'impose encore, compte tenu de la nature de l'organe qui les détermine<sup>60</sup>.

10. L'ordonnance du 13 septembre 1993 dans le cas de l'application de la convention sur le génocide, nous révèle quelques indices dans ce sens, malgré sa timidité. Pour plus regrettable que la faute d'une position expresse puisse être, on doit tenir compte que la Cour n'était pas saisie de la question du caractère obligatoire (ou non) des mesures conservatoires.

On doit faire attention surtout au paragraphe 58 de l'ordonnance, où la Cour commence par transcrire son affirmation faite dans l'arrêt relative à l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, selon laquelle «lorsque la Cour conclut que la situation exige l'adoption de mesures de ce genre, il incombe à chaque partie de prendre sérieusement en considération les indications ainsi données<sup>61</sup>. Ensuite, elle ajoute que ces conclusions sont particulièrement applicables dans la situation en question «où aucune réparation ne pourrait effacer les conséquences d'un comportement que la Cour pourrait juger avoir été contraire au droit international<sup>62</sup>».

Compte tenu de cette situation, la Cour considère qu'elle ne doit pas indiquer des mesures conservatoires supplémentaires, mais que les mesures déjà indiquées devront être mises en oeuvre. Ainsi, dans le dispositif de cette ordonnance, la Cour souligne, relativement à chacune des mesures réaffirmées, qu'elle «doit être immédiatement et effectivement mise en oeuvre<sup>63</sup>».

Selon Luigi Daniele, «le rejet des nouvelles demandes est étroitement lié à la non-exécution par les parties des mesures indiquées dans la première décision. Si ces mesures avaient été exécutées et que cependant le risque d'un dommage grave et irréparable aux droits invoqués par les parties n'avait pas cessé, une demande en indication de mesures additionnelles et, peut-être, moins génériques aurait pu être admise<sup>64</sup>».

<sup>60</sup> Pour une analyse plus développée des arguments en cause, voir MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *op. cit.*, p. 281 ss.

<sup>61</sup> *CIJ Recueil*, 1993, p. 349, par. 58, par rémission à *CIJ Recueil*, 1986, p. 144, par. 289.

<sup>62</sup> *Cf. CIJ Recueil*, 1993, p. 349, par. 58.

<sup>63</sup> *Cf. CIJ Recueil*, 1993, p. 349, par. 61.

<sup>64</sup> LUIGI DANIELE, «L'apport de la deuxième ordonnance de la Cour internationale de Justice sur les mesures conservatoires dans l'affaire Bosnie-Herzégovine contre Yougoslavie», *RGDI*, 1994, p. 946.

Si ce raisonnement est correct, on peut voir ici une sanction prudente de la faute d'exécution d'une ordonnance préalable. Or, si la Cour établit une sanction, c'est parce qu'elle considère qu'il y a une obligation violée: l'obligation d'accomplissement d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires<sup>65</sup>.

D'une forme plus audacieuse, les juges qui se réfèrent à cette problématique dans les opinions qui ont ajouté à l'ordonnance du 13 septembre, soutiennent d'une façon expresse le caractère obligatoire de ces ordonnances. C'est le cas du juge Ajibola qui considère que «le moment est venu pour la Cour de prendre définitivement position sur ce point»<sup>66</sup>.

Ainsi, tous les juges qui se prononcent sur cette question affirment, de façon non équivoque, que les mesures conservatoires décidées par la Cour sont obligatoires. C'est le cas du même juge Ajibola, Weeramantry, Elihu Lauterpacht, Kréca ou Shahabuddeen (celui-ci, pas si clair que les autres). Il ne nous appartient pas, dans ce travail, de référer tous les arguments supportant ces thèses. Pourtant, on peut noter qu'ils ne sont pas éloignés de ceux que nous avons déjà invoqués. Suivant la systématisation du juge Weeramantry, on dira que le caractère obligatoire des mesures conservatoires peut être déduit de l'autorité inhérente à un tribunal judiciaire; des termes employés dans la Charte, le Statut et le Règlement de la Cour; de la jurisprudence de la Cour; des écrits privés des membres de la Cour<sup>67 68</sup>.

<sup>65</sup> Nous croyons que ce raisonnement est correct, notamment compte tenu de l'importance donnée par les juges à la faute d'exécution de l'ordonnance du 8 avril 1993. Par exemple, le juge Ajibola a questionné les parties sur cet aspect, et conclut: «je regrette de dire que leurs réponses ne m'ont guère convaincu que l'une ou l'autre d'entre elles se soit conformée aux mesures relatives à la commission d'actes de génocide que la Cour avait indiquées dans l'ordonnance citée ci-dessus» (*CIJ Recueil*, 1993, p. 394 – opinion individuelle du juge AJIBOLA). Et il ajoute que celui qui sollicite l'exercice des pouvoirs par la Cour, doit avoir les mains propres, ce que signifie que «si le demandeur prie le tribunal d'exercer ses pouvoirs discrétionnaires en équité au sujet d'une affaire, il doit commencer par convaincre le tribunal que l'ordonnance déjà rendue par celui-ci a été observée, faute de quoi le tribunal pourra refuser de prononcer toute autre ordonnance» (*ibid.*, p. 395). Comme l'a dit Daniele, on peut y voir une espèce de sanction indirecte, un effet d'*estoppel* (Cf. LUIGI DANIELE, «L'apport de la deuxième ordonnance...», *cit.*, p. 946).

<sup>66</sup> *CIJ Recueil*, 1993, p. 399 – opinion individuelle du juge AJIBOLA. De ce qui est dit dans la note précédente, découle déjà que ce juge soutient de façon vigoureuse le caractère obligatoire des mesures conservatoires, mais après il l'affirme d'une façon incontestable.

<sup>67</sup> *CIJ Recueil*, 1993, p. 374 ss. – opinion individuelle du juge WEERAMANTRY.

<sup>68</sup> La Cour s'est finalement prononcée sur la question du caractère obligatoire (ou non) de mesures conservatoires, le 27 juin 2001. Comme nous l'avons dit, ce problème apparaît après la détermination de ces mesures, et donc il serait plus facile de trouver une affirmation de la Cour sur cette question en moment ultérieur, notamment dans un arrêt, si une partie suscite le problème. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire *LaGrand* (Allemagne c. États-Unis d'Amérique). Devant le non-accomplissement de l'ordonnance de la Cour en indication de mesures conservatoires par les États-Unis (ce qui, dans le cas, a eu par conséquent l'exécution de Walter LaGrand, dont la suspension avait été décidée par la Cour: un préjudice certainement irréparable...), l'Allemagne demande clairement à la Cour de se prononcer sur la force obligatoire des mesures conservatoires ordonnées. Comme la Cour reconnaît, «A ce

11. Evidemment, nous n'avons pas fait une analyse approfondie de tous les aspects des ordonnances de la Cour internationale de Justice en matière de mesures conservatoires, dans le cas relatif à l'application de la Convention sur le crime de génocide, cela n'était d'ailleurs pas possible dans ces lignes. Notre intention, comme nous l'avons souligné auparavant, était seulement de mettre en relief quelques aspects où la Cour est allée plus loin que dans d'autres ordonnances, et aussi de souligner d'autres aspects sur lesquels elle a eu nécessité, pour la première fois, de se prononcer. En effet, ces deux ordonnances que nous venons d'analyser partiellement donnent des apports importants pour connaître la pensée de la Cour sur des aspects problématiques de l'institut des mesures conservatoires.

Porto, novembre 1997

jour, ni la Cour permanente de Justice internationale ni la présente Cour n'ont été appelées à se prononcer sur les effets juridiques des ordonnances qu'elles ont rendues en vertu de l'article 41 du Statut.» (arrêt de la CIJ du 27 juin 2001, dans l'*Affaire LaGrand*, par. 98). Il faut maintenant qu'elle prenne position sur la question. Après une analyse approfondie des arguments en débat, elle conclut de façon expresse: «la Cour parvient à la conclusion que les ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'article 41 ont un caractère obligatoire» (*ibid.*, par. 109).