

La détermination de l'objet du différend et la compétence *ratione materiae* dans le contentieux des mesures conservatoires devant la Cour internationale de Justice

Determining the Object of the Dispute and Jurisdiction *Ratione Materiae* in Provisional Measures Litigation before the International Court of Justice

AMARA KONE

Résumé

Cet article s'efforce de démontrer que la détermination de l'objet du différend par la Cour internationale de Justice (CIJ) est une constante dans l'appréciation de sa compétence *ratione materiae* dans le contentieux des mesures conservatoires. D'une part, l'objet du différend fonde la compétence *ratione materiae* de l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies (ONU), à travers la clause compromissoire contenue dans le traité liant les parties au différend, et d'autre part, cette compétence conditionne la détermination de l'objet du différend. L'influence réciproque des deux notions en fait des notions clés du contentieux des mesures conservatoires devant la CIJ. Par ailleurs, l'interprétation de son pouvoir d'indication des mesures conservatoires au titre de l'article 41, paragraphe 1, du *Statut de la Cour internationale de Justice*

Abstract

This article shows that, at the provisional measures stage, the determination of the object of the dispute by the International Court of Justice (ICJ) is a consistent feature of its assessment of its jurisdiction *ratione materiae*. On the one hand, the jurisdiction *ratione materiae* of the principal judicial organ of the United Nations (UN) rests on the object of the dispute, through the compromissory clause included in the treaty binding the parties to the dispute, and, on the other hand, this jurisdiction influences the determination of the object of the dispute. The mutual influence of these notions makes them key considerations in provisional measures litigation before the ICJ. Moreover, the ICJ's interpretation of its power to order provisional measures under Article 41, paragraph 1, of the *Statute of the International Court of Justice* raises the

Amara Kone, Docteur en droit public, Attaché temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université d'Orléans, France (amarsfr@yahoo.fr).

confère à la cour la possibilité d'en indiquer aux fins de non-aggravation du différend, dont le sens et la portée soulèvent de sérieuses interrogations. Au-delà des questionnements portant sur leur possible "déconnexion" de l'objet du différend et de la fonction des mesures conservatoires, les mesures conservatoires indiquées aux fins de non-aggravation du différend participeraient d'une certaine manière des buts et principes de l'ONU et plus précisément du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Mots-clés: clauses compromissaires; compétence consensuelle; compétence *ratione materiae*; Cour internationale de Justice; droit du contentieux international; mesures conservatoires; objet du différend.

possibility that it may do so in order to prevent an aggravation of the dispute, a possibility that raises serious questions. Beyond their possible "decoupling" from the object of the dispute and the function of provisional measures, provisional measures aiming to prevent the aggravation of a dispute could in some sense be said to advance the purposes and principles of the UN, including the maintenance of international peace and security.

Keywords: compromissory clauses; consensual jurisdiction; International Court of Justice; international dispute resolution; jurisdiction *ratione materiae*; object of the dispute; provisional measures.

INTRODUCTION

Évoquer la problématique de la détermination de l'objet du différend et de la compétence *ratione materiae* dans le contentieux des mesures conservatoires devant la Cour internationale de Justice (CIJ) revient à soulever la question de cette compétence sur le fondement de l'objet sur lequel porte le différend. Or, la détermination par la cour de l'objet du différend n'est pas tâche aisée si l'on tient compte du fait que celle-ci reste par principe conditionnée par le consentement des parties à sa juridiction, quel qu'en soit le fondement juridique (compromis, traité, clause facultative de juridiction obligatoire). Au surplus, le consentement à la juridiction de la cour ne préjuge en rien de celui portant sur l'objet du différend qui est fonction du fondement juridique duquel la cour tire sa juridiction. En effet, la conjugaison des modalités d'activation de la juridiction de la cour et les actes des parties au différend sont à prendre en compte dans la détermination de l'objet du différend.

Ainsi, au titre de la technique conventionnelle, et plus précisément la formule de la clause compromissoire insérée dans les traités liant les parties,¹ la détermination de l'objet du différend semble inextricablement liée à la compétence *ratione materiae* de la CIJ dans le contentieux des

¹ C'est à ce fondement juridique de la compétence matérielle de la Cour internationale de Justice (CIJ) que nous nous référons essentiellement ici. Nous écartons donc les dispositions relevant du volet purement consensuel de cette compétence, compromis entre États

mesures conservatoires. En effet, la cour tient cette compétence de la clause compromissoire, sur le fondement de l'article 36, paragraphe 1, du *Statut de la Cour internationale de Justice (Statut de la CIJ)*.² C'est cette dernière disposition qui fonde en général les clauses compromissoires attributives de la compétence *ratione materiae* de la cour. À cet égard, l'article 36, paragraphe 1, opère une sorte de renvoi aux clauses compromissoires, plus spécifiques au sens où elles précisent un cadre d'application concrète de cette compétence.

Toutefois, l'intérêt du renvoi aux clauses compromissoires reste relatif, celles-ci se limitant pour la plupart à subordonner la compétence *ratione materiae* de la CIJ à l'objet du différend. Il en résulte une sorte d'enchevêtrement, d'interpénétration entre les deux notions: pour déterminer l'objet du différend, la cour doit être compétente pour trancher le différend, et réciproquement, le fondement de sa compétence réside dans les énonciations de l'objet du différend. Un lien direct, voire de "causalité" entre les deux notions semble en ressortir. La clause compromissoire demeure par conséquent déterminante dans l'appréhension de la compétence *ratione materiae* de la cour dans le contentieux des mesures conservatoires.

Ainsi posé, le cadre juridique de cette compétence semble n'appeler aucune difficulté majeure si l'on considère que sa teneur est généralement identique d'un traité à l'autre, comme le laisseraient penser la plupart des

accordant le pouvoir de juger à la cour, ou technique du *forum prorogatum*: *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7, art 36, paras 1–3 (entrée en vigueur: 24 octobre 1945) [*Statut de la CIJ*]. (Cette dernière technique est désormais formalisée dans le *Règlement de la Cour internationale de Justice*, 14 avril 1978, en ligne: [CIJ<www.icj-cij.org/fr/reglement>](http://www.icj-cij.org/fr/reglement), art 38, para 5 (entrée en vigueur: 1^{er} juillet 1978) [*Règlement de la CIJ*], à travers la saisine du greffe par un État contre un autre, qui n'est enregistrée au rôle que si ce dernier consent à la juridiction de la cour: "5. Lorsque le demandeur entend fonder la compétence de la Cour sur un consentement non encore donné ou manifesté par l'Etat contre lequel la requête est formée, la requête est transmise à cet Etat. Toutefois, elle n'est pas inscrite au rôle général de la Cour et aucun acte de procédure n'est effectué tant que l'Etat contre lequel la requête est formée n'a pas accepté la compétence de la Cour aux fins de l'affaire.") Pour la référence textuelle, voir *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c Émirats arabes unis)*, Exceptions préliminaires, [2021] CIJ Rec 71 au para 70 [*Qatar c Émirats arabes unis*, 2021]. Par ailleurs, il ressort clairement de la décision de la CIJ en l'affaire des *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c États-Unis d'Amérique)*, Exceptions préliminaires, [2021] CIJ Rec 9 aux paras 54–56 [*Iran c États-Unis*, 2021], que l'objet du différend porte sur "l'interprétation ou l'application" du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires signé par les deux parties le 15 août 1955.

² Le *Statut de la CIJ*, *supra* note 1, art 36, para 1, dispose en effet que "la compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la *Charte des Nations Unies*, ou dans les traités et conventions en vigueur." *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7 (entrée en vigueur: 24 octobre 1945) [*Charte des Nations Unies*].

clauses attributives de compétence des traités conclus après 1945 portant sur l'attribution à la CIJ de la compétence de trancher les différends relatifs à "l'interprétation, l'application ou l'exécution" desdits traités ou de certaines de leurs dispositions.³ Pourtant, conjuguée au pouvoir de la cour d'indiquer des mesures conservatoires sur la base de l'article 41, paragraphe 1, du *Statut de la CIJ*, la détermination de l'objet du différend sur la base de la clause compromissoire attributive de compétence soulève des difficultés d'interprétation qui semblent dépasser le cadre strict des clauses compromissoires pour s'étendre au droit des mesures conservatoires. Cette spécificité explique une certaine dynamique du contentieux des mesures conservatoires dont le droit, fondé sur des textes rédigés en des termes très généraux,⁴ demeure pour l'essentiel un droit jurisprudentiel soumis au pouvoir d'appréciation de la cour.⁵

Si son intérêt doctrinal s'est progressivement estompé depuis ces dernières décennies,⁶ du fait notamment d'une certaine cristallisation des textes le régissant,⁷ le droit des mesures conservatoires a toutefois connu un regain d'attention pouvant largement se justifier par la récente posture de la CIJ. Celle-ci a consisté en la volonté de la cour de mettre en œuvre un mode particulier d'exercice de son pouvoir: le suivi par elle-même des

³ La plupart de ces traités contiennent des clauses compromissoires attribuant compétence à la CIJ pour trancher les différends entre les parties portant sur leur "interprétation, application ou exécution." L'une de ces clauses attributives de compétence les plus connues est l'article IX de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 9 décembre 1948, 78 RTNU 277 (entrée en vigueur: 12 janvier 1951) ("[l]es 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 État 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").

⁴ Le *Statut de la CIJ*, *supra* note 1, art 41, para 1, se contente de consacrer le pouvoir de la CIJ "d'indiquer si elle [la cour] estime que les conditions l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire," et le *Règlement de la CIJ*, *supra* note 1, arts 73–78, d'en établir les modalités procédurales.

⁵ Guillaume Le Floch, *L'urgence devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2008 à la p 90; Robert Kolb, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Paris, PUF, 2000 aux pp 604–05.

⁶ Hugues Hellio et Solveig Henry, "Le suivi par la Cour internationale de Justice de ses ordonnances en indication de mesures conservatoires. Une pratique émergente entre inspiration, discrétion et recherche d'effectivité" (2020) 124:2 RGDIP 225.

⁷ Depuis son adoption en 1945, le texte du *Statut de la CIJ*, *supra* note 1, art 41, n'a été que très peu modifié: le para 1, adopté par le Conseil de la Société des Nations, n'a subi aucune modification et le para 2 ne fut amendé que pour substituer le "Conseil de sécurité" au "Conseil de la Société des Nations." Pour rappel, la *Charte des Nations Unies*, *supra* note 2, art 92, précise que le *Statut de la CIJ* fait partie intégrante de ladite *Charte*. Sa révision, ainsi que rappelé par son art 69, obéit donc à des conditions similaires à celles de la *Charte*. S'agissant des modifications des dispositions du *Règlement de la CIJ*, *supra* note 1, propres à l'organe judiciaire lui-même, les dernières relatives aux mesures conservatoires remontent à 1978.

mesures indiquées, assorti d'une obligation d'information détaillée et périodique à la charge de l'État.⁸ L'objet d'une telle mesure consiste à assurer l'effectivité dont les mesures conservatoires sont souvent privées.⁹ De ce point de vue, cette "nouvelle donne," si tant est qu'il s'agisse d'une, participe de la fonction de sauvegarde des droits des parties, en attendant la décision de la cour au fond, que son arrêt définitif aura à rendre en reconnaissant à l'une ou l'autre des parties ses prétentions.¹⁰ Elle contribue également au renforcement du caractère obligatoire des mesures conservatoires, que la cour avait consacré à l'occasion de l'affaire *LaGrand*.¹¹ Mais quels qu'en soient les mérites, une telle démarche est loin d'être originale en soi, même si elle consacre la réactivation de l'article 78 du *Règlement de la Cour internationale de Justice (Règlement de la CIJ)*,¹² disposition restée longtemps lettre morte du fait des exceptions préliminaires d'incompétence et d'irrecevabilité souvent soulevées par l'État défendeur.¹³ Elle s'intègre en effet dans l'objectif général de la CIJ de faire respecter l'obligation dont s'assortissent les mesures conservatoires. Les ordonnances du 23 janvier 2020 et du 28 janvier 2021, la première indiquée à la demande de la Gambie au sujet d'allégations de graves

⁸ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c Myanmar)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 23 janvier 2020, [2020] CIJ Rec 3 au para 82 [*Gambie c Myanmar*].

⁹ Hellio et Henry, *supra* note 6 aux pp 229–37.

¹⁰ *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c Thaïlande)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 18 juillet 2011, [2011] CIJ Rec 537 au para 33 [*Cambodge c Thaïlande*].

¹¹ *LaGrand (Allemagne c États-Unis)*, [2001] CIJ Rec 466 au para 128(5). Pour la mention du caractère obligatoire des ordonnances de la CIJ, voir également *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c Ouganda)*, Mesures conservatoires, [2005] CIJ Rec 168 au para 263 [*Congo c Ouganda*]; *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c Fédération de Russie)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 15 octobre 2008, [2008] CIJ Rec 353 au para 147 [*Géorgie c Russie*, 2008]; *Jadhav (Inde c Pakistan)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 18 mai 2017, [2017] CIJ Rec 231 au para 59 [*Jadhav*].

¹² *Règlement de la CIJ*, *supra* note 1 ("[l]a Cour peut demander aux parties des renseignements sur toutes questions relatives à la mise en œuvre de mesures conservatoires indiquées par elle").

¹³ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c Islande)*, Compétence de la Cour, [1973] CIJ Rec 3 au para 10; Jean-Marc Sorel, "Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions interétatiques (CIJ et TIDM)" dans Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel, dir, *Le contentieux de l'urgence et l'urgence du contentieux devant les juridictions internationales: regards croisés*, Paris, Pedone, 2001, 7 à la p 18.

persécutions subies par les Rohingyas au Myanmar¹⁴ et la seconde prise à la suite du dépôt par le Myanmar d'exceptions préliminaires d'incompétence de la cour et d'irrecevabilité de la requête de la Gambie, en attente.¹⁵

Pour autant, le suivi de l'application des mesures conservatoires n'épuise pas l'actualité des questions que leur régime juridique soulève, encore qu'à ce stade la méthode utilisée par la CIJ devrait inviter à la plus grande prudence quant à l'effectivité escomptée de leur respect par les États à l'égard desquels ces mesures sont indiquées. Bien qu'un tel pouvoir ne soit dénué d'intérêt, la présente étude s'articulera autour d'un autre aspect du droit des mesures conservatoires qui en fait l'une de ses particularités. Si l'on se place sous l'angle de la compétence *ratione materiae* de la cour, il est possible de mesurer à quel point la détermination de l'objet du différend repose sur une conjugaison de son pouvoir d'appréciation des conditions d'indication des mesures conservatoires du droit de chaque partie et sa compétence *ratione materiae*. Deux indices cumulatifs militent en faveur de cette assertion: d'une part, la recherche par la cour du fait de savoir si les allégations du demandeur "sont susceptibles d'entrer dans les prévisions de l'instrument en question," et d'autre part "si, *en conséquence*,¹⁶ le différend est de ceux dont elle pourrait avoir compétence pour connaître *ratione materiae*."¹⁷ L'un met en avant le pouvoir d'appréciation par la CIJ des conditions présidant à l'indication des mesures conservatoires, sur le fondement de l'article 41 du *Statut de la CIJ*, et l'autre s'attache aux conditions d'établissement de sa compétence *ratione materiae*, qu'elle tient de l'instrument dont l'application ou l'interprétation oppose les parties.

Cette perspective pose ainsi la question de la détermination par la CIJ de l'objet du différend dans l'application de son pouvoir d'appréciation et de

¹⁴ *Gambie c Myanmar*, *supra* note 8 à la p 3. Parmi les mesures conservatoires indiquées par la CIJ, et pour en assurer l'effectivité, figure l'obligation faite au Myanmar de fournir à la cour un rapport sur l'exécution de l'ensemble des mesures prises, dans un délai de quatre mois à compter de la date de l'ordonnance, puis tous les six mois jusqu'à la décision définitive de la cour sur l'affaire.

¹⁵ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c Myanmar)*, Ordonnance du 28 janvier 2021, [2021] CIJ Rec 6. Par ailleurs, à s'en tenir au compte rendu de l'audience publique tenue le 28 février 2022, la CIJ a terminé les auditions des parties sur les exceptions préliminaires d'incompétence et d'irrecevabilité soulevées par le Myanmar. La prochaine étape consiste en l'entame de son délibéré, voir CIJ, *Public Sitting, in the Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v Myanmar)*, Doc CR 2022/4 (28 February 2022) [uncorrected].

¹⁶ Italiques ajoutés.

¹⁷ *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Arménie c Azerbaïdjan)*, Ordonnance du 7 décembre 2021, au para 20, en ligne: *CIJ* <www.icj-cij.org/public/files/case-related/180/180-20211207-ORD-01-00-FR.pdf>.

sa compétence *ratione materiae*, ainsi que du contrôle qu'elle effectue à ce titre. L'interrogation appelle d'emblée quelques précisions sur le sens et l'interprétation des termes utilisés dans l'étude, afin d'éviter l'écueil des confusions. D'abord, bien que ne préjugant pas du fond d'une affaire devant la cour, encore moins de sa compétence pour en connaître au fond, l'objet du différend n'en est pas moins lié. Déterminé en dernière analyse par la cour,¹⁸ il concerne, au sens des clauses compromissaires, la divergence de vues quant à "l'interprétation, l'application ou l'exécution" d'un instrument international liant les parties. La CIJ l'a récemment rappelé dans son ordonnance du 16 mars 2022 dans le cadre du conflit opposant la Russie à l'Ukraine.¹⁹ Il semble néanmoins que, indépendamment de sa compétence *ratione materiae*, l'étendue des pouvoirs de la cour d'indiquer des mesures conservatoires, lorsque les conditions en sont réunies,²⁰ soit liée à son approche de l'objet du différend autour duquel s'articule essentiellement, fût-ce de manière provisoire, le fond d'une affaire.²¹ Cette approche

¹⁸ *Interprétation des traités de paix*, Avis consultatif, [1950] CIJ Rec 65 à la p 74; *Affaires du Sud-Ouest africain (Éthiopie c Afrique du Sud; Libéria c Afrique du Sud)*, Exceptions préliminaires, [1962] CIJ Rec 319 à la p 328 [*Affaires du Sud-Ouest africain*]; *Différend territorial et maritime (Nicaragua c Colombie)*, Exceptions préliminaires, [2007] CIJ Rec 832 au para 138; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c France)*, [1974] CIJ Rec 457 aux paras 24 et s [*Nouvelle Zélande c France*]; *Essais nucléaires (Australie c France)*, [1974] CIJ Rec 253 aux paras 24 et s [*Australie c France*].

¹⁹ *Allégations de génocide au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c Fédération de Russie)*, Ordonnance du 16 mars 2022, en ligne: [CIJ <www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-FR.pdf>](https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-FR.pdf) aux paras 44-47 [*Allégations de génocide (Ukraine c Russie)*].

²⁰ Ces conditions sont, d'une part, la plausibilité, au moins dans le fond, des droits allégués et l'existence de lien entre ces droits et les mesures demandées, et d'autre part, l'urgence et le risque d'existence d'un préjudice irréparable des droits litigieux. Pour plus d'informations, s'agissant des premières conditions, voir Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public*, 15^{ème} éd, Paris, Dalloz, 2020 aux pp 674-75; *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires conclus en 1955 (Iran c États-Unis)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018, [2018] CIJ Rec 623 au para 53 [*Iran c États-Unis*, 2018]; *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c Émirats arabes unis)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 23 juillet 2018, [2018] CIJ Rec 406 au para 43 [*Qatar c Émirats arabes unis*, 2018]; *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c Fédération de Russie)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, [2017] CIJ Rec 104 au para 63 [*Ukraine c Russie*, 2017]; et des secondes, *Gambie c Myanmar*, *supra* note 8 aux paras 64-65.

²¹ Quoique l'exerçant *prima facie*, la compétence de la CIJ d'indiquer des mesures conservatoires repose essentiellement sur le fond de l'affaire. Dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c Iran)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 5 juillet 1951, [1951] CIJ Rec 89 aux pp 96-97 [*Anglo-Iranian Oil*], Messieurs les Juges M. Winiarski et Badawi Pacha ont justifié leur opinion dissidente par les motifs suivants: "Le problème des mesures conservatoires est lié pour la Cour à celui de sa compétence; elle ne peut les indiquer que si

n'est d'ailleurs nullement propre à la procédure en indications des mesures conservatoires. Elle concerne également celle des exceptions préliminaires. À ce titre, l'objet du différend apparaît comme le commun dénominateur des procédures incidentes du contentieux des mesures conservatoires et de celui des exceptions préliminaires d'incompétence dont l'objet est de statuer sur la compétence de la cour à trancher le différend ou le litige au fond.

Dans le contentieux des mesures conservatoires, sa définition juridique conditionne l'exercice de la compétence de la CIJ, en ce sens qu'un différend qui ne porte pas sur un objet entrant dans son champ de compétence ne serait pas justiciable de la cour. Si le différend peut se définir comme "un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts"²² entre parties, la portée des pouvoirs de la cour est alors fonction de l'objet sur lequel porte celui-ci, et a nécessairement un lien avec le fond de l'affaire. C'est bien sur ce fondement que la CIJ s'appuie sur un ensemble d'allégations, tant factuelles que juridiques, pour établir sa compétence *ratione materiae* à connaître du différend, même s'il peut advenir qu'elle indique des mesures conservatoires dans une affaire dont elle constatera ultérieurement qu'elle n'était pas compétente au stade des exceptions préliminaires.²³

Ensuite, le pouvoir d'appréciation de la CIJ, tiré de l'article 41 du *Statut de la CIJ*, se rattache au but des mesures conservatoires et ne saurait se confondre avec sa compétence *ratione materiae* à les indiquer. La compétence *ratione materiae* de la cour dans le contentieux des mesures conservatoires ne peut

elle admet, ne fût-ce provisoirement, sa compétence pour connaître du fond de l'affaire. [...] Le pouvoir donné à la Cour par l'article 41 n'est pas inconditionnel; il lui est donné aux fins du procès, dans les limites du procès. Pas de compétence au fond, pas de compétence pour indiquer des mesures conservatoires."

²² *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Exceptions préliminaires, CPJI (sér A) n° 2 à la p 11 [*Mavrommatis*]. Cette définition de la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) est à notre sens largement préférable à celles du *Dictionnaire de droit international public* et du *Vocabulaire juridique*, qui laissent penser qu'un différend peut déboucher sur un conflit, ce qui n'est pas nécessairement le cas. Suivant le premier, le différend est une "contestatation entre deux sujets de droit provenant d'une opposition entre des prétentions ou des intérêts et susceptible de faire naître entre eux un conflit armé." Jean Salmon, dir, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 à la p 337. Le second conçoit le différend comme une "opposition entre deux personnes de Droit international sur un point de droit ou de fait pouvant faire naître entre elles un conflit." Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} éd, Paris, PUF/Humensis, 2020 à la p 343.

²³ *Géorgie c Russie*, 2008, *supra* note 11 à la p 353; *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c Fédération de Russie)*, Exceptions préliminaires, [2011] CIJ Rec 70 au para 187(2).

être qu'une compétence *prima facie*, si elle retient que les dispositions invoquées par le demandeur se présentent comme en constituant, à première vue, le fondement. Toutefois son appréhension relève d'une conciliation entre une approche que l'on pourrait qualifier d'"objective" de l'objet du différend et une autre de "prudente" du fond de l'affaire. En effet, la spécificité des mesures conservatoires, mesures prises à l'occasion d'une procédure incidente, conduit le juge international à un compromis entre deux exigences lorsque la détermination de sa compétence matérielle est limitée à l'application d'une règle ou d'un ensemble de règles et leur champ d'application. La première a trait à l'examen des normes en vertu desquelles la juridiction internationale sera appelée à trancher le différend au fond, la seconde tient à l'absence d'empiètement sur le fond de l'affaire et des difficultés spécifiques s'y rapportant.²⁴ Le savant dosage de ces deux exigences à travers une appréciation distincte de la même problématique résultant du rapport entre la règle pertinente et les faits à l'origine du différend, révèle la particularité de la question de la compétence *ratione materiae* de la CIJ dans le contentieux des mesures conservatoires.

Cette appréciation résulte d'une conciliation entre les attributions de la CIJ, quant à l'objet de la demande en indication de mesures conservatoires, et leur application à l'espèce qui lui est soumise sans préjudice toutefois du fond de l'affaire.²⁵ On peut donc poser que la compétence *ratione materiae* de la CIJ, dans le contentieux des mesures conservatoires, reste subordonnée aux règles substantielles pertinentes à l'égard desquelles sa juridiction est établie et dont dépend l'objet du différend opposant les parties. Précisément, il s'agit des aptitudes juridiques de la cour à indiquer des mesures conservatoires sur la base de ces règles faisant l'objet d'une divergence dans leur interprétation ou application entre les parties. C'est dans ce sens qu'il convient de concevoir, aux fins de la présente étude, la compétence *ratione materiae* de la CIJ.

Quant à sa compétence consensuelle, qui peut être considérée comme étant située en amont de sa compétence *ratione materiae*, ou présidant à celle-ci, elle n'est assortie d'aucune exception.²⁶ Du point de vue procédural, en effet, la compétence consensuelle de la CIJ ne saurait être présumée ni déniée au profit de sa compétence *ratione materiae*. De par le consentement des parties à s'y soumettre, la compétence (consensuelle) de la cour constitue "la base de sa juridiction."²⁷ Dans son arrêt du 3 février 2006 en l'affaire

²⁴ Carlo Santulli, *Droit du contentieux international*, 2^{ème} éd, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2015 aux pp 171 et s.

²⁵ *Ibid* à la p 173.

²⁶ Dupuy et Kerbrat, *supra* note 20 à la p 668.

²⁷ Hermann Von Mangoldt, "La comparaison des systèmes de droit comme moyen d'élaboration de la procédure des tribunaux internationaux" (1980) 40 *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* 554 à la p 565.

des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la reconnaissance par la CIJ du caractère impératif de la règle interdisant le génocide n'a pour autant pas emporté sa compétence pour en connaître,²⁸ celle-ci étant toujours fondée sur le consentement des parties.²⁹ À supposer même qu'elle soit admise comme une "catégorie spécifique" résultant d'un "critère abstrait de compétence," non nécessairement déterminée par le contenu (substantiel) de l'objet du différend, un lien semble toutefois exister entre la compétence consensuelle de la cour et sa compétence matérielle.³⁰ La première est une condition d'application de la seconde. D'abord, parce que la souveraineté de l'État même implique qu'il consente à la juridiction de la CIJ, principe mentionné à plusieurs reprises par celle-ci,³¹ et quelles que soient les modalités sous lesquelles son statut détermine sa compétence à connaître d'une affaire, celle-ci reste conditionnée en définitive par le consentement des parties. Ensuite, pour peu que soit accordée une attention particulière aux clauses compromissaires insérées dans les traités, déjà pour la plupart multilatéraux sous l'empire de la Société des Nations créée après la première guerre mondiale, et davantage depuis la fin de la seconde guerre mondiale,³² une observation en ressort: ces traités sont le produit du consentement des États parties, et à ce titre, ils attribuent compétence à la CIJ pour le règlement des litiges portant sur leur "interprétation ou application" d'une ou plusieurs de leurs dispositions. La délimitation matérielle de cette compétence par les clauses compromissaires contenues dans les traités semble par conséquent constituer le fil conducteur de la détermination par la cour de l'objet du différend et de sa compétence pour en connaître au titre de cet objet dans le contentieux des mesures conservatoires.

Mais l'intérêt de cette procédure ne doit pas en dissimuler la difficulté. La tâche n'est pas des plus aisées et sa réalisation ne se limite pas à l'énoncé d'une formule péremptoire à l'instar de celle ayant tranché la question des effets juridiques des mesures conservatoires pour interpréter la portée de l'article 41, paragraphe 1, du *Statut de la CIJ*.³³ La difficulté dans les

²⁸ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c Rwanda)*, Compétence et recevabilité, [2006] CIJ Rec 6 au para 64.

²⁹ *Ibid*; Gilbert Guillaume, *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXI^{ème} siècle. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2003 à la p 33.

³⁰ Robert Kolb, *La Cour internationale de Justice*, Paris, Pedone, 2013 aux pp 319–21.

³¹ *Ibid* aux pp 393–96.

³² *Ibid* aux pp 430 et s.

³³ Le *Statut de la CIJ*, *supra* note 1, art 41, para 1, comme celui de la CPJI, emploie le terme "indiquer" s'agissant du pouvoir de l'organe judiciaire principal des Nations Unies d'indiquer des mesures conservatoires. Voir note 4 dessus. Cette disposition n'a pas manqué de susciter en son temps de vifs débats doctrinaux sur le caractère obligatoire des mesures conservatoires de la CIJ. Pour plus d'informations sur les mesures conservatoires de la CIJ

conditions d'indication des mesures conservatoires par la CIJ, ou plus précisément dans les circonstances présidant à leur indication, tient au fait que celles-ci se situent aux confins de la procédure incidente et la procédure principale sur laquelle la cour est ultérieurement appelée à se prononcer sans que ces deux procédures ne puissent s'influencer mutuellement. Cette difficulté se trouve exacerbée par la question de la nature et de l'étendue de ces mesures.³⁴ On l'aura compris, il s'agit donc, pour ce qui concerne la procédure en indication des mesures conservatoires, d'un exercice d'équilibre auquel s'adonne la cour afin de préserver, le cas échéant, sa décision ultérieure sur le fond et permettre que celle-ci ne soit dénuée de tout sens par l'épuisement de l'objet même du différend, et partant le détournement de son but de l'institution des mesures conservatoires.³⁵ Les textes en la matière n'étant pas d'un grand recours,³⁶ il lui revenait de trouver une formule, désormais ancrée dans sa pratique, pouvant justifier l'utilité des mesures conservatoires requises sans risquer d'entamer ou de préjuger de l'affaire au fond. Cette formule peut se résumer ainsi: les décisions de la CIJ en matière de mesures conservatoires "ne préjugent en rien la question de [sa] compétence [...] pour connaître au fond de l'affaire,"³⁷ et elle n'adopte des ordonnances en indication de mesures conservatoires si elle s'en estime incompétente à première vue, c'est-à-dire si "les dispositions invoquées par le demandeur ne se présentent pas comme constituant, *prima*

et un aperçu de leur historique, voir Jerzy Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court: An Attempt at a Scrutiny*, Deventer, Kluwer, 1983 aux pp 35–60, 270–80; Jerome B Elkind, *Interim Protection: A Functional Approach*, The Hague, Nijhoff, 1981 aux pp 88–152. Pour les aspects juridictionnels, voir Bernard H Oxman, "Jurisdiction and the Power to Indicate Provisional Measures" dans LF Damrosch, dir, *The International Court of Justice at a Crossroads*, Dobbs Ferry, NY, ASIL/Transnational, 1987, 323; Antônio A Cançado Trindade, *Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Strasbourg, Institut international des droits de l'homme, 2002 aux pp 13–25.

³⁴ *Cambodge c Thaïlande*, *supra* note 10 aux paras 60–66; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c Nicaragua)*; *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c Costa Rica)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 22 novembre 2013, [2013] CIJ Rec 354 au para 54; *Ukraine c Russie*, 2017, *supra* note 20 aux paras 99–106; *Gambie c Myanmar*, *supra* note 8 au para 86.

³⁵ Voir la critique adressée à la CIJ par le juge français, Monsieur Gros, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, qui, s'appuyant sur le précédent de l'*Usine de Chorzow*, écrit qu'il serait "contraire à la nature d'une procédure incidente, par définition, qu'elle permette de régler le litige dont elle n'est qu'un élément accessoire." *Australie c France*, *supra* note 18 à la p 123, Opinion dissidente du juge Gros.

³⁶ Le *Statut de la CIJ* et le *Règlement de la CIJ*, *supra* note 1, ne mentionnent pas expressément la règle d'interdiction de préjuger du fond du litige. Toutefois, ce principe a été consacré par la CPJI en l'*Affaire relative à l'usine de Chorzow (indemnités)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 21 novembre 1927, (1927) (sér A) n° 12 à la p 9 et s, et repris ensuite par la CIJ.

³⁷ *Anglo-Iranian Oil*, *supra* note 21 à la p 93.

facie [à première vue], une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée.”³⁸ En termes plus simples, et suivant une formule désormais classique, “la Cour ne peut indiquer des mesures conservatoires que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée, mais n’a pas besoin de s’assurer de manière définitive qu’elle a compétence quant au fond de l’affaire.”³⁹

Ainsi, l’exercice de sa compétence *ratione materiae* par la CIJ dans le contentieux des mesures conservatoires s’articule autour de “l’interprétation ou de l’application” des traités ou de leurs dispositions litigieuses, et de son pouvoir d’appréciation tiré de l’article 41 de son statut. Bien que participant du but des mesures conservatoires, ce dernier aspect rentre dans l’appréciation de l’objet du différend, en ce sens qu’il permet à la cour, eu égard à cette appréciation, d’en tirer une conséquence. La CIJ peut en effet se fonder sur l’appréciation de l’objet du différend pour indiquer des mesures conservatoires tendant à en limiter l’aggravation. Si le but des mesures conservatoires consiste à sauvegarder les droits de chaque partie en attendant la décision de la cour, la limitation de l’aggravation du différend s’inscrit dans le volet “objectif” des mesures conservatoires lié à la préservation de l’intégrité judiciaire et de la “bonne administration de la justice,” auquel ont également intérêt les parties.⁴⁰

La détermination de l’objet du différend en vient par conséquent à s’investir d’une double fonction: d’une part, elle répond aux nécessités d’établissement de la compétence *ratione materiae* de la CIJ et d’autre part elle tend à limiter l’aggravation du différend.

LA DÉTERMINATION DE L’OBJET DU DIFFÉREND AUX FINS D’ÉTABLISSEMENT DE LA COMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE* DE LA CIJ

L’existence d’un différend constitue une condition essentielle du procès devant la CIJ qui en a précisé la définition générale donnée par la Cour permanente de Justice internationale dès 1924 dans l’affaire *Mavrommatis*.⁴¹ Suivant l’organe judiciaire principal des Nations Unies, l’existence du différend implique expressément la mise en avant d’allégations opposées, c’est-à-dire une prétention et sa contestation: un État réclamant d’un autre un comportement et se heurtant à l’opposition

³⁸ *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c France)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, [1973] CIJ Rec 135 au para 13.

³⁹ *Iran c États-Unis*, 2018, *supra* note 20 au para 24; *Gambie c Myanmar*, *supra* note 8 au para 16.

⁴⁰ Kolb, *supra* note 30 aux pp 635 et s.

⁴¹ *Mavrommatis*, *supra* note 22 à la p 7.

de celui-ci.⁴² C'est cette caractérisation, sans préjudice du libre choix du mode du *Règlement de la CIJ*, consacré à l'article 33, paragraphe 1, de la *Charte des Nations Unies*,⁴³ que revêt le différend "juridique."⁴⁴

Présidant à la compétence matérielle de la CIJ et à la recevabilité de la requête du demandeur,⁴⁵ l'existence du "différend" doit se distinguer de son "objet."⁴⁶ Toutefois, pour bien cerner la notion d'"objet du différend," il importe de partir de celle de "différend juridique" elle-même, que constitue l'opposition entre les deux allégations des parties opposées, la prétention et sa contestation, en les analysant sous l'angle de deux éléments: l'un "variable" et l'autre "invariable." Le premier réunit les deux allégations et peut concerner

⁴² *Affaires du Sud-Ouest africain*, *supra* note 18 à la p 13 ("[I]a simple affirmation ne suffit pas pour prouver l'existence d'un différend, tout comme le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas. Il n'est pas suffisant non plus de démontrer que les intérêts des deux parties à une telle affaire sont en conflit. Il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre. D'après ce critère, l'existence d'un différend entre les parties devant la Cour ne saurait faire de doute puisqu'il résulte clairement de leurs attitudes opposées à propos de l'accomplissement des obligations du Mandat par le défendeur, en sa qualité de Mandataire"). Voir aussi *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c Colombie)*, Exceptions préliminaires, [2016] CIJ Rec 3 au para 50.

⁴³ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 2, art 33, para 1 ("[L]es parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix"). Il est intéressant de noter que contrairement à l'article 33 de la *Charte des Nations Unies*, qui établit un lien direct entre ces modes de règlement des différends et la question du maintien de la paix et de la sécurité internationales, la Déclaration de Manille de 1982 (Première Partie, para 3), adoptée dans le cadre des Nations Unies, prévoit l'application de l'obligation de règlement pacifique à tous les différends internationaux, indépendamment de leur nature ou gravité.

⁴⁴ Le qualificatif de "différend justiciable" lui est toutefois préférable, en ce sens que de par sa nature, un tel différend peut être porté par les parties devant un organe doté de pouvoirs d'un organe juridictionnel et assujéti aux obligations y afférentes, et rendant des décisions sur la base du droit qui s'imposent aux parties. On oppose souvent le différend "juridique," qui repose sur une opposition des parties autour d'un droit, ou "lorsqu'au moins une des parties fonde sa position sur des motifs juridiques," au différend "politique," qui repose, quant à lui, sur la volonté d'une partie d'exiger la refonte de l'état du droit existant entre elle et l'autre partie, et n'appelant pas nécessairement le droit existant comme base de règlement, même s'il peut revêtir des aspects juridiques susceptibles d'être résolus par l'application du droit. Pour plus d'informations sur cette distinction, voir Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, 13^{ème} éd, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2019 au pp 601–02; Hans Kelsen, cité par Gaetano Arangio-Ruiz, "Controversie internazionali" dans *Enciclopedia del Diritto*, vol 10, Milano, Giuffrè, 1962 à la p 388.

⁴⁵ Kolb, *supra* note 30 à la p 37.

⁴⁶ Les deux notions sont en effet à distinguer, voir *Affaires du Sud-Ouest africain*, *supra* note 18 à la p 13; *Iran c États-Unis*, 2021, *supra* note 1 au para 51.

par exemple, s'agissant de la prétention, la reconnaissance du caractère diplomatique à des locaux abrités par un bâtiment, la protection de personnes incarcérées ou des droits d'une catégorie particulière de personnes par l'autre partie et, pour ce qui est de la contestation, le rejet par celle-ci de ces prétentions. Le second élément, "invariable," mais lié au premier, porte sur l'état du droit, c'est-à-dire le fondement juridique, ici d'origine internationale, sur lequel s'appuient la prétention et la contestation.⁴⁷

Dans l'arrêt du 21 décembre 1962, la CIJ établit la distinction entre ces deux éléments tirés des allégations opposées (élément variable) des parties (Éthiopie et Libéria d'une part et Afrique du Sud d'autre part) au sujet de l'application des obligations du Mandat (élément invariable) par le défendeur, en sa qualité de Mandataire (Afrique du Sud).⁴⁸ Plus récemment, dans son arrêt du 4 février 2021 sur les exceptions préliminaires soulevées par les Émirats arabes unis en l'affaire relative à l'*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, elle a clairement déterminé l'objet du différend entre les parties autour d'une divergence d'interprétation des obligations du défendeur au titre de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR)* (élément invariable) au sujet des trois demandes du Qatar (élément variable).⁴⁹

L'objet du différend désigne principalement l'"élément invariable," c'est-à-dire l'interprétation ou l'application d'un texte, ou plus généralement d'un droit en ressortant, même si sa détermination repose notamment sur des éléments factuels (élément variable) invoqués par le demandeur.⁵⁰ Il revêt deux aspects dans la pratique de la CIJ suivant la lecture qu'elle s'en fait. Sous le premier, qui préside à la détermination de sa compétence matérielle dans le contentieux des mesures conservatoires, la cour l'appréhende sommairement, sans nécessairement lui consacrer une analyse approfondie, ou encore tirer toute la portée des textes qu'un tel examen implique. Cette appréhension fonde ainsi sa compétence *ratione materiae*, indépendamment de celle qu'elle sera appelée à effectuer, le cas échéant,

⁴⁷ Santulli, *supra* note 24 aux pp 21–22.

⁴⁸ *Affaires du Sud-Ouest africain*, *supra* note 18 à la p 13.

⁴⁹ *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 7 mars 1966, 660 RTNU 195 (entrée en vigueur: 4 janvier 1969) [CIEDR]. Pour rappel, le premier chef de demande du Qatar avait trait à la "décision d'expulsion" et aux "interdictions d'entrée" visant les nationaux qataris; le deuxième aux restrictions imposées à des sociétés de médias qatariennes; et le troisième se rapportait aux mesures prises par les Émirats arabes unis, y compris les premier et deuxième chefs de discriminations alléguées, entraînant selon le demandeur une "discrimination indirecte" fondée sur "l'origine nationale" qatarienne, voir *Qatar c Émirats arabes unis*, 2021, *supra* note 1 aux paras 56–70.

⁵⁰ *Qatar c Émirats arabes unis*, 2021, *supra* note 1 au para 53.

dans le cadre de la procédure des exceptions préliminaires d'incompétence. Nécessaire au stade de la procédure en indication de mesures conservatoires, cette appréhension repose sur une détermination dictée par la clause compromissoire. Par ailleurs, parce que le respect des conditions procédurales préalables conditionne également cette compétence de la CIJ, lorsqu'elles sont prévues par la clause compromissoire, la procédure y afférente implique nécessairement la détermination de l'objet du différend par la cour.

DÉTERMINATION À LA LUMIÈRE DU CHAMP MATÉRIEL DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Compte tenu de l'urgence dictée par cette procédure, la détermination de la compétence *ratione materiae* de la CIJ sur la base de l'objet du différend revêt un caractère nécessairement sommaire. L'examen ne préjuge donc en rien du bien-fondé de la requête ou de l'objet même du différend dans le cadre de la procédure au fond, ainsi que le rappelle régulièrement la cour dans ses ordonnances. En même temps, l'objet du différend permet à la cour de déterminer sa compétence *prima facie* pour statuer au "fond de l'affaire,"⁵¹ bien avant les autres conditions d'indication des mesures conservatoires.⁵² Pour éviter que la détermination de cette compétence ne préjuge du fond de l'affaire, lors de la procédure au fond, la CIJ se limite à un strict examen des dispositions textuelles ou des droits faisant l'objet du différend, qui président à sa compétence de statuer au fond. À cet égard, la compétence *ratione materiae* de la cour, lorsqu'elle y conclut, apparaît comme un critère préalable à l'exercice de sa compétence au fond,⁵³ une base sur laquelle celle-ci pourrait être fondée, quitte à l'écarter ultérieurement lors de l'examen des exceptions préliminaires.

L'exercice repose sur l'évaluation des conditions substantielles de détermination de sa compétence *ratione materiae* à la lumière de la clause compromissoire. Sur ce fondement, la CIJ se limite à démontrer l'existence d'un différend entre les parties dont l'objet porte sur l'interprétation ou

⁵¹ *Gambie c Myanmar*, *supra* note 8 au para 17 ("[l]a Cour doit donc, en premier lieu, déterminer si ces dispositions [sur lesquelles la Gambie entend fonder la compétence de la CIJ (art 36, para 1, du *Statut de la CIJ* et art IX de la *Convention sur le génocide*)] lui confèrent *prima facie* compétence pour statuer au fond de l'affaire, ce qui lui permettrait — sous réserve que les autres conditions nécessaires soient réunies — d'indiquer des mesures conservatoires").

⁵² *Allégations de génocide (Ukraine c Russie)*, *supra* note 19 à la p 6.

⁵³ *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c France)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, [2016] CIJ Rec 1148 au para 33 [*Guinée équatoriale c France*]; *Gambie c Myanmar*, *supra* note 8 au para 17; *Qatar c Émirats arabes unis*, 2018, *supra* note 20 au para 43.

l'application de l'instrument juridique ou d'une ou plusieurs de ses dispositions à l'origine de leur différend. Dans ce sens, la détermination de l'objet du différend trouve son fondement dans les limitations faites dans la clause compromissoire à l'interprétation ou l'application du traité, à laquelle la cour adjoint un aspect factuel,⁵⁴ à savoir les prétentions du demandeur. Ce dernier aspect déterminant constitue l'"élément variable"⁵⁵ du "différend juridique" opposant les parties.⁵⁶ Aussi appréhende-t-elle l'objet du différend, sur le fondement de la clause compromissoire, comme un "désaccord sur un point de droit ou de fait" concernant "l'interprétation ou l'application"⁵⁷ du texte à l'origine de ce différend entre les parties.

Par ailleurs, depuis l'arrêt du 1^{er} avril 2011 en l'affaire de l'*Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c Russie)*, une certaine tendance à la "formalisation" du différend se perçoit chez la CIJ.⁵⁸ Elle exige en effet désormais du demandeur la preuve de l'existence d'un différend au moment de la soumission de sa requête. Elle en fait même une condition de sa compétence *ratione materiae* à connaître du différend dans les affaires contentieuses.⁵⁹ Bien que concernant ses arrêts sur les exceptions préliminaires, cette tendance

⁵⁴ *Ukraine c Russie*, 2017, *supra* note 20 aux paras 30, 38.

⁵⁵ *Affaires du Sud-Ouest africain*, *supra* note 18 à la p 13.

⁵⁶ *Guinée équatoriale c France*, *supra* note 53 au para 47 ("[i]l ressort du dossier que les parties ont exprimé des vues divergentes sur l'article 4 de la *Convention contre la criminalité transnationale organisée*. Pour autant, à l'effet d'établir, même *prima facie*, si un différend [...] existe, la Cour ne peut se borner à constater que l'une des parties soutient que la Convention s'applique alors que l'autre le nie. Elle doit rechercher si les actes dont la Guinée équatoriale tire grief sont, *prima facie*, susceptibles d'entrer dans les prévisions de cet instrument et si, par suite, le différend est de ceux dont la Cour pourrait avoir compétence pour connaître *ratione materiae* en vertu du paragraphe 2 de l'article 35 de la Convention"). *Ukraine c Russie*, 2017, *supra* note 20 au para 22 ("[l]'Ukraine invoquant pour fonder sa compétence les clauses compromissoires contenues dans deux conventions internationales, la Cour doit rechercher si les actes dont [le demandeur] tire grief sont, *prima facie*, susceptibles d'entrer dans les prévisions de ce[s] instrument[s] et si, par suite, le différend est de ceux dont [elle] pourrait avoir compétence *ratione materiae* pour connaître").

⁵⁷ *Ukraine c Russie*, 2017, *supra* note 20 au para 23.

⁵⁸ Dupuy et Kerbrat, *supra* note 20 à la p 679.

⁵⁹ *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armements nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c Inde; Iles Marshall c Pakistan)*, Compétence et recevabilité, [2016] CIJ Rec 255 au para 52 [*Désarmement nucléaire (Iles Marshall c Inde; Iles Marshall c Pakistan)*]; *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armements nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c Royaume-Uni)*, Exceptions préliminaires, [2016] CIJ Rec 833 au para 57 [*Désarmement nucléaire (Iles Marshall c Royaume-Uni)*].

de la cour ne serait pas sans effet sur le contentieux des mesures conservatoires.

Approche substantielle de l'objet du différend

Jusqu'en 2011, la CIJ a constamment tenu une "approche substantielle" du différend, à laquelle elle soumet sa compétence *ratione materiae* pour l'essentiel à deux conditions: d'une part, il faut un différend relatif à l'interprétation ou l'application du traité ou une ou plusieurs de ses dispositions, et d'autre part, il faut que les actes dont le demandeur tire grief entrent dans les prévisions de la clause compromissoire.⁶⁰ Pour écarter sa compétence au sujet de la demande de la Guinée équatoriale relative à l'application de l'article 4 de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*⁶¹ dans l'affaire relative aux *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c France)*, la CIJ a procédé à une interprétation stricte de cette disposition faisant l'objet du différend entre les parties, sur la base de la clause compromissoire contenue à l'article 35, paragraphe 2, de cette convention.⁶² La Guinée équatoriale avait en effet prétendu que "l'immunité personnelle" de son vice-président et "l'inviolabilité de l'immeuble" situé au 42 Avenue Foch à Paris étaient directement liées aux principes énoncés à l'article 4 de la convention susvisée, ce qui obligeait la France, dans l'exécution de cette convention, au respect des règles relatives à l'immunité *ratione personae* de son vice-président. Selon le demandeur, ces règles découlent de l'article

⁶⁰ *Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c Fédération de Russie)*, Exceptions préliminaires, [2019] CIJ Rec 558 au para 57; *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c France)*, Exceptions préliminaires, [2018] CIJ Rec 292 au para 46; *Certains actifs iraniens (Iran c États-Unis)*, Exceptions préliminaires, [2019] CIJ Rec 7 au para 36.

⁶¹ Cet article, intitulé "Protection de la souveraineté," dispose: "(1) Les États parties exécutent leurs obligations au titre de la présente Convention d'une manière compatible avec les principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et avec celui de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États. (2) Aucune disposition de la présente Convention n'habilite un État Partie à exercer sur le territoire d'un autre État une compétence et des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet État par son droit interne." *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, 2225 RTNU 209, art 4 (entrée en vigueur: 29 septembre 2003).

⁶² "Tout différend entre deux États Parties ou plus concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui ne peut être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable est, à la demande de l'un de ces États Parties, soumis à l'arbitrage. Si, dans un délai de six mois à compter de la date de la demande d'arbitrage, les États Parties ne peuvent s'entendre sur l'organisation de l'arbitrage, l'un quelconque d'entre eux peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice en adressant une requête conformément au Statut de la Cour." *Ibid*, art 35(2).

4, paragraphe 1, de la convention. Mais, la CIJ a écarté l'existence de différend entre les parties.⁶³ Elle n'a pas suivi la Guinée équatoriale, précisant que les obligations qui ressortent de l'article 4 de la convention visent à garantir que les États parties les exécutent dans le respect des principes y énoncés (principes de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale des États et de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États), et non pas à créer de nouvelles règles de droit international relatives à l'immunité des personnes de rang élevé dans l'État.⁶⁴ Dès lors, tout différend au sujet de cette disposition, selon la cour, ne peut concerner que son exécution ou non par les parties et non la création de règles de droit international, encore moins lorsque celles-ci portent sur l'immunité personnelle des représentants de l'État.

La CIJ conditionne ici l'existence du différend, et donc interprète l'article 4, paragraphe 1, susmentionné, en en restreignant la portée pour la circonscrire autour de la question de l'exécution des obligations incombant aux États parties à la convention en conformité avec les principes y énoncés, à savoir l'égalité souveraine et l'intégrité territoriale des États et la non-intervention dans les affaires domestiques d'autres États. Autrement dit, cette disposition "a pour objet de garantir que les États parties à la Convention exécuteront leurs obligations"⁶⁵ dans le respect des principes susvisés et ne saurait emporter création de nouvelles règles substantielles du droit international ou procédurales de l'immunité de juridiction pénale au profit du vice-président équato-guinéen.⁶⁶

En revanche, dans la même affaire la CIJ a conclu, au sujet de l'opposition entre les deux parties sur le statut juridique de l'immeuble sis au 42 avenue Foch à Paris, qu'elle était compétente pour en connaître au fond sur, notamment, le fondement de l'article premier du *Protocole de signature*

⁶³ *Guinée équatoriale c France*, *supra* note 53 au para 50 ("[e]n conséquence, la Cour estime qu'il n'existe pas, *prima facie*, de différend entre les parties susceptible d'entrer dans les prévisions de la *Convention contre la criminalité transnationale organisée*, et donc de concerner l'interprétation ou l'application de l'article 4 de celle-ci").

⁶⁴ *Ibid* au para 49.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Il faut relever toutefois que cette motivation, dans sa formulation, ne fait pas l'unanimité des juges, y compris de certains ayant souscrit à la conclusion de la CIJ. Ainsi, le Juge Gevorgian reproche l'absence de mention claire relative au lien entre l'article 4 de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* et les principes de droit international y mentionnés, à savoir que les règles relatives à l'immunité de juridiction pénale des représentants de l'État tirent leur fondement du principe de l'égalité souveraine des États, voir Déclaration de Monsieur le Juge Gevorgian, jointe à l'ordonnance relative à l'affaire *Guinée équatoriale c France*, *supra* note 53 au para 2.

facultative à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, concernant le règlement obligatoire des différends du 18 avril 1961.⁶⁷ Elle justifie cette compétence par le fait que les “droits apparemment en litige sont susceptibles de relever de l’article 22 de la Convention de Vienne” qui garantit l’inviolabilité des locaux diplomatiques,⁶⁸ et que les locaux présentés comme abritant sa mission diplomatique par la Guinée équatoriale font “l’objet de plusieurs perquisitions ainsi que d’une saisie pénale immobilière” et pourraient être soumis à “d’autres mesures de même nature.”⁶⁹

L’objet du différend en l’espèce relève ainsi d’une opposition entre les parties au sujet de “l’interprétation ou l’application” de l’article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. La Guinée équatoriale prétendait que l’immeuble litigieux abritait les locaux de sa mission diplomatique et devait en conséquence jouir des immunités reconnues par l’article 22 précité, et la France rejetait ces prétentions aux motifs que l’immeuble n’a, juridiquement, jamais acquis le statut invoqué par la partie demanderesse. Toutefois, en prenant en compte d’éventuels éléments d’ordre factuel, à savoir “d’autres mesures de même nature,” en sus des perquisitions et la saisie immobilière, la CIJ semble légèrement aller au-delà de la seule interprétation stricte de l’objet du différend pour justifier sa compétence *ratione materiae* au titre de la détermination de l’objet du différend. Une telle démarche semblait, à notre sens, nécessaire au stade de l’examen du risque de préjudice irréparable des droits invoqués par le demandeur, auxquels en l’espèce la cour a fait droit,⁷⁰ et non nécessairement de celui de la détermination de la compétence matérielle *prima facie* de la CIJ sur le fondement de l’objet du différend.

C’est également sur le fondement de la clause compromissoire énoncée à l’article 24, paragraphe 1, de la Convention internationale pour la répression du

⁶⁷ Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, concernant le règlement obligatoire des différends, 18 avril 1961, 500 RTNU 95 (entrée en vigueur: 24 April 1964) [*Protocole de signature facultative*] (“[l]es différends relatifs à l’interprétation ou à l’application de la Convention relèvent de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice, qui, à ce titre, pourra être saisie par une requête de toute partie au différend qui sera elle-même Partie au présent Protocole”).

⁶⁸ Guinée équatoriale c France, *supra* note 53 aux paras 67–68; Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 18 avril 1961, 500 RTNU 95, art 22 (entrée en vigueur: 24 April 1964).

⁶⁹ *Ibid* au para 67.

⁷⁰ Non pas en raison de sa seule compétence *prima facie* d’indiquer la mesure conservatoire sollicitée, mais du fait que cette demande satisfaisait aux autres conditions d’indication des mesures conservatoires, à savoir la plausibilité du droit invoqué par la Guinée équatoriale dans ce sens, le lien entre ce droit et la mesure y afférente sollicitée, et le risque réel d’existence d’un préjudice irréparable au droit à l’inviolabilité des locaux présentés comme étant utilisés à des fins diplomatiques en France (hors les objets y contenus, voir *ibid* au para 91).

financement du terrorisme (CIRFT) du 9 décembre 1999,⁷¹ subordonnant sa compétence à l'existence d'un différend relatif à "l'interprétation ou l'application" de cet instrument, que la CIJ a retenu l'existence d'un différend y relatif et sa compétence pour connaître de l'affaire opposant l'Ukraine à la Russie,⁷² même si elle a rejeté la demande en indication de mesures conservatoires de l'Ukraine pour absence de plausibilité des droits que celle-ci invoque sur le fondement de l'article 18 de la *CIRFT*.⁷³ Toutefois, la cour ne semble fonder sa compétence que sur l'opposition de vues entre les parties au sujet des obligations énoncées à l'article 18 de la *CIRFT*, éludant celle portant sur le sens et la portée de l'article 2, paragraphe 1, de cette convention, et particulièrement la question de la qualification terroriste ou non de l'infraction visée à l'alinéa *a* de cette disposition, dans le cadre de l'assistance à des groupes armés dans l'est de son territoire que l'Ukraine impute à la Russie au cours des événements qui s'y sont produits à partir du printemps 2014.

Dans la même affaire, au titre des allégations de l'Ukraine au sujet de discriminations commises par la Russie à l'égard des communautés des Tatars de Crimée et des Ukrainiens de souche vivant dans cette péninsule, à l'issue de son annexion depuis mars 2014, les motifs qui militent en faveur de la compétence de la CIJ semblent plus clairs et précis. Cela pourrait trouver une explication à travers l'objet du différend qui, sans être dénué d'enjeux politiques importants, porte sur un sujet moins retentissant, au sens de sa portée internationale, que la question du terrorisme faisant l'objet du premier volet du différend opposant les parties. L'Ukraine avait prétendu que la Russie ne respectait pas ses obligations internationales au titre de la *CIEDR* en soumettant les Tatars de Crimée et les Ukrainiens de souche de cette péninsule à des violations de leurs droits. La CIJ a retenu sa compétence⁷⁴ sur le fondement de la clause compromissoire contenue à l'article 22 de cet instrument,⁷⁵ en raison de son objet portant sur "l'interprétation ou l'application" de la convention. À cet égard, il ressort clairement de son ordonnance que la cristallisation des oppositions entre les

⁷¹ *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, 9 décembre 1999, 2178 RTNU 197 (entrée en vigueur: 10 avril 2002).

⁷² *Ukraine c Russie*, 2017, *supra* note 20 au para 62.

⁷³ *Ibid* aux paras 72–76.

⁷⁴ *Ibid* au para 62.

⁷⁵ *CIEDR*, *supra* note 49 ("[t]out différend entre deux ou plusieurs États parties touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou au moyen des procédures expressément prévues par ladite Convention sera porté, à la requête de toute partie au différend, devant la Cour internationale de Justice pour qu'elle statue à son sujet, à moins que les parties au différend ne conviennent d'un autre mode de règlement").

parties au sujet du respect de ses obligations de fond par la Russie prévues par la *CIEDR* justifie la compétence de la cour.⁷⁶

Enfin, l'article 22 de la *CIEDR* fonde également la compétence de la CIJ dans l'affaire opposant le Qatar aux Émirats arabes unis, la cour retenant que le différend entre les parties concerne "l'interprétation ou l'application" de cette convention.⁷⁷ À cet égard, le différend trouve son origine dans l'opposition de vues entre les parties sur "la nature et la portée des mesures prises par les Émirats arabes unis à partir du 5 juin 2017, ainsi que sur le point de savoir si elles touchent leurs droits et obligations découlant de la *CIEDR*."⁷⁸ Au plan substantiel, ces actes conditionnent la compétence de la cour,⁷⁹ dans la mesure où ils sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application *ratione materiae* de la *CIEDR*.

Vers une approche "formaliste" de l'objet du différend

La tendance vers une "formalisation" de l'objet du différend ressort des récentes décisions la CIJ. Elle concerne généralement les arrêts sur les exceptions préliminaires d'incompétence et d'irrecevabilité, mais est loin d'être dénuée de lien avec les mesures conservatoires. Toutefois, ce lien ne s'explique pas par le fait que la détermination de l'objet du différend et la compétence *ratione materiae* soient communes aux deux procédures. Au demeurant, leur évaluation s'opère sur la base de degrés d'exigences différentes: l'urgence dictée par la procédure en indication de mesures conservatoires en justifie le caractère provisoire de la préservation des droits des parties dictée par la cour et une appréciation sommaire par elle de l'objet du différend et de sa compétence *ratione materiae*, considérations que la procédure des exceptions préliminaires ignore eu égard au caractère définitif des décisions qui en ressortent. À vrai dire, ce lien trouve une explication à travers au moins deux conséquences que cette tendance de la CIJ est susceptible de soulever à l'égard des mesures conservatoires au titre de l'existence du différend et subséquemment de la compétence *ratione materiae* de la cour. La première consisterait, dans une confusion des procédures, à étendre cette tendance à la procédure en indication des mesures conservatoires, dans laquelle la compétence de la cour ne s'exerce pourtant que *prima facie*. Cette perspective peut contribuer à dissuader les États de la saisir

⁷⁶ *Ukraine c Russie*, 2017, *supra* note 20 au para 59.

⁷⁷ *Qatar c Émirats arabes unis*, 2018, *supra* note 20 au para 41.

⁷⁸ *Ibid* au para 25.

⁷⁹ Rappelons toutefois qu'au stade de l'arrêt relatif aux exceptions préliminaires, la CIJ a retenu, à travers une motivation critiquée dans les opinions dissidentes de certains juges, la première exception préliminaire soulevée par les Émirats arabes unis et a écarté sa compétence *ratione materiae* pour connaître du différend en vertu de l'art 22 de la *CIEDR*, voir *Qatar c Émirats arabes unis*, 2021, *supra* note 1.

de leurs différends aux fins d'indication de mesures conservatoires, voire à boudier son prétoire. La seconde conséquence concernerait la question de l'effectivité des mesures conservatoires, dès lors qu'il peut apparaître que la procédure des exceptions préliminaires peut conduire la CIJ à remettre en cause ou non sa compétence *prima facie* reconnue au cours de la phase des mesures conservatoires. Surtout, parce que dans l'hypothèse d'infirmité par la cour de sa compétence au stade de la procédure des exceptions préliminaires, les mesures conservatoires se retrouvent sans effet dès le prononcé de l'arrêt sur les exceptions préliminaires, elles risqueraient d'être confrontées à un problème de respect de la part des États.

Depuis son arrêt du 1^{er} avril 2011 en l'affaire *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c Russie)*, la CIJ semble exiger du demandeur, à la date du dépôt de sa requête, les éléments de preuve de l'existence d'un différend portant sur l'interprétation ou l'application du traité opposant les parties.⁸⁰ La cour ne se place plus, comme elle le faisait dans ses précédentes décisions sur le sujet de l'existence d'un différend entre les parties,⁸¹ à la date où elle statue, c'est-à-dire généralement la date de son arrêt sur les exceptions préliminaires, mais à celle du dépôt de la requête. C'est-à-dire que le demandeur doit, avant l'introduction de sa demande, faire connaître au défendeur que son opposition au comportement de celui-ci tient de son caractère illicite, et qu'il s'est heurté à l'opposition manifeste de celui-ci. Cette situation peut poser de sérieuses difficultés, non sur le degré d'évaluation du seuil de compétence de la CIJ au stade de la procédure d'indication des mesures conservatoires, cette compétence s'évaluant toujours de manière sommaire, mais sur les conditions d'existence du différend entre les parties, conditions auxquelles elle soumet sa compétence pour en connaître. Ainsi, un

⁸⁰ *Application de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c Fédération de Russie)*, Exceptions préliminaires, [2011] CIJ Rec 70 aux paras 30–31 [*Géorgie c Russie*, 2011].

⁸¹ Voir notamment *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, [1996] II CIJ Rec 595 aux paras 28–29; *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c Nigéria)*, Exceptions préliminaires, [1998] CIJ Rec 275 aux paras 89, 93; *Certains biens (Lichtenstein c Allemagne)*, Exceptions préliminaires, [2005] CIJ Rec 6 aux paras 18–25 [*Lichtenstein c Allemagne*]. Au sujet de cette dernière affaire, la Cour n'a pas cherché à déterminer la date de naissance du différend, ou de sa "cristallisation," mais plutôt celle des "faits" ou "situations," ayant causé le différend aux fins d'application de l'art 27(a) de la *Convention européenne pour le règlement pacifique des différends*, 29 avril 1957, 1958 STE n° 23 (entrée en vigueur: 30 avril 1958), qui exclut de la compétence de la CIJ les "différends concernant des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente Convention entre les parties au différend," soit en 1980 en l'espèce.

différend ne serait plus, contrairement au précédent *Mavrommatis*, “un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d’intérêts,” mais en sus la CIJ exige du demandeur la notification d’une réclamation préalable au dépôt de sa requête, et que le défendeur ait eu la possibilité de “s’opposer” à cette réclamation avant le dépôt de cette requête.

Dans cette décision du 1^{er} avril 2011, la CIJ subordonne en effet l’existence du différend entre les parties à trois conditions de preuve dont la dernière consiste à vérifier si le désaccord “existait à la date du dépôt de la requête.”⁸² Cette exigence formelle qui, à notre sens, n’est pas d’une grande utilité pour la détermination de l’objet du différend, inclurait les éléments de preuve, tirés d’échanges préalables, de consultations, de réclamations et de protestations entre les parties, comme conditions d’existence d’un désaccord entre les parties à la date de dépôt de la requête portant sur l’interprétation ou l’application d’un traité. C’est sur cette base que la cour rejeta ainsi la première exception préliminaire d’incompétence soulevée par la Russie, en raison du fait qu’à la date de dépôt de sa requête par la Géorgie, un différend relatif au respect par le défendeur, la Russie, de ses obligations en vertu de la *CIEDR* existait entre les parties au 12 août 2008, date à laquelle le demandeur déposa sa requête.⁸³ Elle n’a donc pas retenu l’existence du différend entre les parties au sujet des obligations de la Russie en vertu de la *CIEDR* avant cette date.⁸⁴

Sa compétence se serait justifiée si elle n’avait pas admis la deuxième exception russe relative au non-respect par le demandeur des conditions procédurales préalables à la saisine de la CIJ, par l’existence d’un différend entre les parties à partir du 12 août 2008. Ce qui pose le problème de la portée des arguments de la cour tendant à rejeter l’existence de différend avant cette date. En réalité, ces arguments ont cherché à déterminer la date à laquelle le différend a pris naissance, ce qui n’est nullement équivalent à son objet, la cour ayant elle-même admis que ces deux données se devaient d’être distinguées.⁸⁵ Cette préoccupation de la CIJ, qui ne semblait pas nécessaire à la détermination de l’objet du différend, peut en conséquence interroger sur l’admission de la deuxième exception préliminaire de la Russie, que la cour semble avoir tranchée en partie en cherchant à résoudre la question de l’objet du différend. Car pour utiles que soient les échanges préalables, les consultations, et les réclamations et protestations entre les parties dans certains cas de détermination ou de confirmation du différend ou de son objet, leur approche par trop formelle ne semble jouer qu’un rôle

⁸² *Géorgie c Russie*, 2011, *supra* note 80 au para 31.

⁸³ *Ibid* au para 113.

⁸⁴ *Ibid* aux paras 23–105.

⁸⁵ *Lichtenstein c Allemagne*, *supra* note 81 aux paras 51–52.

subsidaire dans la détermination intrinsèque de l'objet du différend et même de la compétence de la cour pour en connaître.

Cette démarche, dont l'éloignement avec l'aspect "réaliste" de celles tenues par la CIJ lorsqu'elle est appelée à statuer sur l'existence du différend,⁸⁶ semble bien se confirmer depuis lors avec quelques décisions récentes. Dans l'arrêt du 17 mars 2016 en l'affaire *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c Colombie)*, après avoir examiné les éléments de preuve, tirés cette fois implicitement de l'attitude du défendeur, la Colombie, la CIJ conclut qu'à la date du dépôt de la requête, un différend existait entre les parties relativement aux allégations de violations des droits souverains et des espaces maritimes du demandeur.⁸⁷ En revanche, elle écarte, faute de preuve à la même date, l'existence d'un différend entre les parties portant sur d'éventuelles violations par la Colombie du principe de l'interdiction du recours à la menace ou à l'emploi de la force en vertu de l'article 2, paragraphe 4, de la *Charte des Nations Unies*.⁸⁸

Enfin, bien que rendus sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du *Statut de la CIJ* et non sur celle d'une clause compromissoire, les arrêts du 5 octobre 2016 sur les exceptions préliminaires dans les affaires *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armements nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c Inde; Iles Marshall c Pakistan)* et *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armements nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c Royaume-Uni)* semblent accréditer la thèse d'une conception "formaliste" du différend, amorcée depuis 2011.⁸⁹ Dans ces décisions, la cour insiste sur la nécessité des éléments de preuve en tant que révélateurs des "points de vue des parties nettement opposées": l'existence d'un différend est conditionnée, suivant ses mots, par la démonstration, "sur la base des éléments de preuve, que le défendeur avait connaissance, ou ne pouvait pas ne pas avoir connaissance, de ce que ses vues se heurtaient à l'opposition manifeste du défendeur."⁹⁰

⁸⁶ Voir notamment le para 24 de l'exposé de l'opinion individuelle de Monsieur le Juge Abraham jointe à l'arrêt *Géorgie c Russie*, 2011, *supra* note 80.

⁸⁷ *Violations alléguées de droits souverains et d'espaces maritimes dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c Colombie)*, Exceptions préliminaires, [2016] CIJ Rec 3 au para 74.

⁸⁸ *Ibid* au para 78; *Charte des Nations Unies*, *supra* note 2.

⁸⁹ *Désarmement nucléaire (Iles Marshall c Inde; Iles Marshall c Pakistan)*, *supra* note 59; *Désarmement nucléaire (Iles Marshall c Royaume-Uni)*, *supra* note 59. Dupuy et Kerbrat, *supra* note 19 à la p 680. Sur cette question, voir également Jean-Marc Sorel, "Quelques remarques à propos des affaires des Iles Marshall concernant le désarmement nucléaire devant la Cour internationale de Justice: de l'infini au zéro" (2017) 63 AFDI 19.

⁹⁰ *Désarmement nucléaire (Iles Marshall c Inde; Iles Marshall c Pakistan)*, *supra* note 59 au para 38; *Désarmement nucléaire (Iles Marshall c Royaume-Uni)*, *supra* note 59 au para 41.

Le demandeur n'ayant pas démontré l'existence d'un différend entre les parties sur l'obligation coutumière de poursuite de bonne foi des négociations en vue de la cessation de la course aux armements, la CIJ n'a pas retenu sa compétence pour en connaître au fond.

Il résulte de cette tendance "formaliste" que le risque est grand d'une confusion avec la question des exigences procédurales,⁹¹ négociations préalables et autres, qui ne sont pourtant qu'une condition subsidiaire de l'exercice de la compétence *ratione materiae* de la cour pour déterminer l'objet du différend, encore qu'elles soient prévues dans la clause compromissoire.

DÉTERMINATION À LA LUMIÈRE DES EXIGENCES PROCÉDURALES DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

La CIJ ne conclut pas à sa compétence à indiquer des mesures conservatoires à la suite de l'examen des seuls critères substantiels liées à l'objet du différend. Il peut advenir que les clauses compromissoires contiennent des dispositions procédurales à la lumière desquelles elle détermine sa compétence *ratione materiae* d'indiquer des mesures conservatoires. Le respect des conditions procédurales par les parties conditionne à cet égard la détermination de l'objet du différend et conséquemment l'ouverture de la compétence *ratione materiae* de la cour pour en connaître. Bien que ne touchant pas intrinsèquement l'objet du différend au sens "d'interprétation ou d'application" des dispositions d'un traité, la compétence *ratione materiae* s'en trouve liée, dès lors que la détermination de l'objet du différend passe par une appréciation des faits qui président au respect de ces critères procéduraux par les parties et emporte par conséquent la compétence de la CIJ si les exigences procédurales contenues dans la clause compromissoire appellent celle-ci.

Dans l'arrêt précité du 1^{er} avril 2011, la CIJ a reconnu que "bien que l'existence d'un différend et la tenue de négociations soient par principe deux choses distinctes, les négociations peuvent aider à démontrer l'existence du différend et à en circonscrire l'objet."⁹² De ce point de vue, la détermination de l'objet du différend à la lumière des exigences procédurales contenues dans la clause compromissoire peut s'analyser comme une technique exceptionnelle, lorsque ces exigences sont prévues, de détermination de la compétence *ratione materiae* de la cour dans le contentieux des mesures conservatoires.

En la matière, la CIJ scrute les critères procéduraux auxquels les clauses compromissoires soumettent les parties, le cas échéant, avant toute saisine

⁹¹ Voir l'exposé de l'opinion individuelle de Monsieur le Juge Abraham jointe à l'arrêt *Géorgie c Russie*, 2011, *supra* note 80.

⁹² *Ibid* au para 30.

du demandeur aux fins d'indication des mesures conservatoires. Sans être limitatifs, ces critères ont trait tant à des modes de règlement diplomatique que juridictionnel des différends, ou encore à ceux prévus par les organes de contrôle du respect de certains traités relatifs aux droits de l'homme (celui des comités conventionnels, comme par exemple le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale).⁹³ Pour l'essentiel, ces modes de règlement reposent principalement sur des formules laissées à l'appréciation des parties. Elles concernent la négociation, la conciliation, les procédures suivies par les organes de contrôle du respect des conventions de protection des droits de l'homme, et l'arbitrage.

Ces conditions procédurales préalables à la saisine de la CIJ apparaissent ainsi comme un critère subsidiaire de compétence de la cour aux fins d'indication de mesures conservatoires, lorsque leur respect résulte d'une obligation énoncée dans les clauses compromissaires. Mais il ne peut s'agir là que d'une obligation de comportement à la charge des parties de sorte à rendre l'éventualité d'un accord raisonnable entre elles, dont elles ne sont nullement tenues d'accepter les termes qu'elles jugent contraires à leurs intérêts. Cette obligation de comportement recouvre l'ensemble des procédures afférentes à ces conditions procédurales et ne revêt un sens et une portée que conjuguée à la prise en compte de l'objet du différend par les parties. C'est ainsi que dans l'ordonnance du 7 décembre 2016 en l'affaire relative aux *Immunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c France)*, la cour n'a pas jugé utile de se soumettre à l'examen des critères procéduraux énoncés à l'article 35, paragraphe 2, de la *Convention contre la criminalité transnationale organisée*, dès lors que substantiellement, elle avait écarté sa compétence en raison de l'absence d'un différend susceptible d'entrer dans les prévisions de cette convention.⁹⁴ Par ailleurs, au sujet de l'opposition entre les deux parties sur le statut juridique de l'immeuble sis au 42 avenue Foch à Paris, au sens de l'article 22 de la *Convention de Vienne sur les relations*

⁹³ Sur la procédure des communications interétatiques, voir la *CIEDR*, *supra* note 49, arts 11–13.

⁹⁴ *Guinée équatoriale c France*, *supra* note 53 au para 50 (“[d]ès lors, elle n’a pas compétence *prima facie* en vertu du paragraphe 2 de l’article 35 de cet instrument pour connaître de la demande de la Guinée équatoriale relative à l’immunité de Monsieur T. N. O. Il n’y a donc pas lieu pour elle d’examiner si les conditions procédurales posées par cette disposition sont réunies”). L’article 35, paragraphe 2 de ladite convention dispose: “Tout différend entre deux États parties ou plus concernant l’interprétation ou l’application de la présente convention qui ne peut être réglé par voie de négociation dans un délai raisonnable est, à la demande de l’un de ces États parties, soumis à l’arbitrage. Si, dans un délai de six mois à compter de la date de la demande d’arbitrage, les États parties ne peuvent s’entendre sur l’organisation de l’arbitrage, l’un quelconque d’entre eux peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice en adressant une requête conformément au Statut de la Cour.” *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, *supra* note 61, art 35, para 2.

diplomatiques, l'obligation de respect des critères procéduraux fixés par les articles II et III du *Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, concernant le règlement obligatoire des différends* du 18 avril 1961 ne constituait pas une condition préalable à l'application de l'article I de cet instrument, et plus précisément à la compétence de la CIJ de trancher l'objet du différend, en raison de leur caractère facultatif qui en commande une interprétation distincte de celle de l'article I précité.⁹⁵

En revanche, dans l'ordonnance du 19 avril 2017 portant sur l'affaire de *l'Application de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c Fédération de Russie)*, la CIJ soumet sa compétence d'indiquer les mesures conservatoires demandées par l'Ukraine au respect par celle-ci des critères procéduraux préalables obligatoires, énoncés aux articles 24, paragraphe 1, de la *CIRFT* et article 22 de la *CIEDR*. La première disposition prévoit, avant toute saisine de la cour, la soumission du différend à une procédure de négociation "dans un délai raisonnable" et, le cas échéant, à un arbitrage obligatoire à la demande de l'une des parties. Par ailleurs, la saisine de la CIJ par l'une d'entre elles, dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, doit faire suite à un désaccord entre les parties sur l'organisation de celle-ci. Relativement à la procédure de négociation, la cour exige que celle-ci porte sur l'objet du différend, lui-même devant se rapporter aux obligations de fond prévues par l'instrument dont l'interprétation ou l'application cristallise l'opposition des parties.⁹⁶

Si la seconde disposition prévoit également le respect de la procédure de négociation entre les parties, elle y adjoint les "procédures expressément prévues" par la *CIEDR*,⁹⁷ dont le caractère alternatif ou cumulatif comme critère préalable à la compétence de la cour opposait les parties. Toutefois la référence faite à l'article 11 de la *CIEDR* par la CIJ dans le cadre de ces "procédures expressément prévues," disposition accordant la possibilité à l'une des parties de saisir le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, mis en place par la *CIEDR*, lorsqu'elle estime qu'une autre partie n'applique pas les dispositions de cette convention, ne fait pas obstacle à sa compétence, bien qu'en l'espèce l'Ukraine n'ait pas satisfait à cette condition procédurale. On peut donc conclure, nonobstant qu'elle ne le mentionne pas expressément, que la condition relative à la procédure de négociation était réputée remplie, donc suffisante pour que la cour s'en

⁹⁵ *Guinée équatoriale c France*, *supra* note 53 aux paras 63–64; *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, *supra* note 68; *Protocole de signature facultative*, *supra* note 67.

⁹⁶ *Qatar c Émirats arabes unis*, 2018, *supra* note 20 au para 43.

⁹⁷ Voir *CIEDR*, *supra* note 49.

tienne, les parties ayant mené des négociations de fond sur l'objet du différend, fût-ce de manière infructueuse (question du respect par la Russie de ses obligations substantielles au titre de la *CIEDR*).⁹⁸

La question du caractère alternatif ou cumulatif de l'obligation de saisine du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale de la *CIEDR* semble en conséquence sans effet sur la compétence de la CIJ, ce qui paraît du reste conforme avec l'interprétation qu'elle donnera de la procédure prévue par l'article 22 de la *CIEDR* dans son arrêt du 8 novembre 2019 sur les exceptions préliminaires, dans lequel elle conclut au caractère alternatif des conditions procédurales préalables. Cette conclusion se justifie, d'une part, par la finalité commune des deux moyens prévus par l'article 22 de la *CIEDR*, à savoir le règlement du différend par voie d'accord entre les parties, ce qui semble dénué d'utilité pratique,⁹⁹ et d'autre part, par l'objet et le but de cette convention qui imposent aux États parties d'éliminer "effectivement et rapidement" toutes les formes de discrimination raciale, objectif difficilement atteignable si les conditions procédurales préalables prévues par cet instrument étaient cumulatives.¹⁰⁰

La CIJ a également estimé que la condition relative à la négociation était remplie, et se détachait de celle des "procédures expressément prévues" à l'article 22 de la *CIEDR*, dans l'affaire opposant le Qatar aux Émirats arabes unis dans son ordonnance du 23 juillet 2018, dès lors que le demandeur a usé de tous les moyens pour faire accepter au défendeur le règlement du différend au sujet des violations alléguées de ses obligations substantielles au titre de cet instrument.¹⁰¹

LA DÉTERMINATION DE L'OBJET DU DIFFÉREND AUX FINS DE NON-AGGRAVATION DU DIFFÉREND

On le sait, le pouvoir de la CIJ d'indiquer des mesures conservatoires est subordonné à une "définition" objective de l'objet du différend qu'elle tire de la conjugaison de la clause compromissoire et des actes du défendeur dont tire grief le demandeur et entrant dans les prévisions de celle-ci.¹⁰² À cet égard, le but des mesures conservatoires est de "sauvegarder" les droits de chacune des parties en attendant que la cour rende sa décision, au sens de l'article 41 du *Statut de la CIJ*. Ce but correspond à un "intérêt subjectif" qu'ont les parties à la protection de leurs droits *pendente lite*.

⁹⁸ *Ukraine c Russie*, 2017, *supra* note 20 au para 59.

⁹⁹ *Ibid* au para 110.

¹⁰⁰ *Ibid* au para 111.

¹⁰¹ *Qatar c Émirats arabes unis*, 2018, *supra* note 20 aux paras 38–39.

¹⁰² *Iran c États-Unis*, 2018, *supra* note 20 au para 30.

Mais, parallèlement à ce but existerait un autre qui correspond à un “intérêt objectif” qu’ont les parties à une bonne administration de la justice. Ce dernier consisterait en l’indication de mesures conservatoires *proprio motu* afin de préserver l’intégrité de la fonction judiciaire.¹⁰³ Bien que distinct du premier but des mesures conservatoires, en raison d’une différence d’objet, le second but rejoint et complète celui-ci autour de la définition objective de l’objet du différend. En effet, l’aspect “réaliste” qui caractérise cette définition, en dépit des récentes tendances de la CIJ à une certaine “formalisation” de l’objet du différend au stade des exceptions préliminaires,¹⁰⁴ permettrait à la cour d’évaluer le différend en fonction du degré de gravité qui le caractérise, afin d’indiquer une mesure conservatoire tendant à limiter celui-ci.

Sous cet angle, la non-aggravation du différend résulterait d’une interprétation de l’article 41 du *Statut de la CIJ* qui lui confère le pouvoir d’indiquer des mesures conservatoires en fonction des circonstances dans lesquelles le différend lui est soumis. Ce pouvoir n’est nullement subordonné directement à la clause compromissoire, mais peut y être lié en raison du fait qu’il ne saurait s’exercer sans celle-ci. L’absence en effet de la clause compromissoire, voire du consentement des parties à sa juridiction, priverait purement et simplement la CIJ de toute base juridique eu égard à sa compétence *ratione materiae* à connaître du différend les opposant.

Ainsi, au-delà des arguments des parties, la CIJ peut, sur la base du volet objectif de son pouvoir d’indiquer des mesures conservatoires, interpréter largement son pouvoir d’indiquer les mesures conservatoires en l’appréhendant sous le prisme de la “non-aggravation” du différend indépendamment de son objet.¹⁰⁵ Pour ce faire, elle concilie le pouvoir qu’elle tire de l’article 41 du *Statut de la CIJ*, précisément celui d’apprécier les “circonstances” exigeant l’indication de mesures conservatoires, et celui qu’elle tire directement de la préservation de l’intégrité et l’utilité de sa fonction judiciaire,¹⁰⁶ sans nécessairement se référer de manière expresse à ce dernier aspect de son pouvoir.

¹⁰³ Kolb, *supra* note 30 à la p 636.

¹⁰⁴ *Géorgie c Russie*, 2011, *supra* note 80 aux pp 19–23.

¹⁰⁵ Sur ce point, la doctrine montre que dès le début, le volet objectif de la compétence de la CIJ d’indiquer des mesures conservatoires s’est articulé autour de la notion de “non-aggravation du différend,” dans un but d’apaisement de la situation et de sauvegarde de l’utilité de l’instance. La préservation de ce but s’avère d’autant plus nécessaire que sa remise en cause porterait gravement atteinte aux droits des parties en cause et même à l’efficacité du jugement final par la CIJ de l’affaire. Voir Karin Oellers-Frahm et Andreas Zimmermann, “Article 41” dans Andreas Zimmermann et al, dir, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed, Oxford, Oxford University Press, 2019, 1135 aux pp 1135–97 [Zimmermann et al, *Statute of the International Court of Justice*]; Paolo Palchetti, “The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute” (2018) 21 *Leiden J Intl L* 623.

¹⁰⁶ Kolb, *supra* note 30 aux pp 635–40.

Que la CIJ utilise l'objet du différend pour déterminer sa compétence matérielle d'indiquer les mesures conservatoires ne fait aucun doute. Ses ordonnances y relatives, et notamment les plus récentes, structurées pour la plupart de sorte que dans la rubrique "compétence *prima facie*" s'insère le critère relatif à l'existence d'un différend se rapportant à "l'interprétation ou l'application" du texte faisant l'objet d'interprétation divergente des parties, le démontrent aisément.¹⁰⁷ Toutefois, l'utilisation, du moins l'extension de la marge de manœuvre de la cour dans cet exercice, qu'elle semble tenir de l'article 41, paragraphe 1, du *Statut de la CIJ*,¹⁰⁸ s'agissant de l'appréciation des circonstances dictant l'indication des mesures conservatoires parfois sans lien évident avec l'objet du différend, peut susciter quelques interrogations.

Le pouvoir d'appréciation des circonstances dictées par l'indication des mesures conservatoires du droit de chacun peut-il ainsi s'émanciper du but de celles-ci (la sauvegarde des droits des parties)? Ou doit-il s'exercer dans un cadre strictement respectueux de l'objet du différend? Récapitulons pour positionner le problème: il ne s'agit pas ici de revenir sur le fondement d'un tel pouvoir, qui du reste ne soulève pas de problème juridique particulier, la CIJ ne le rattachant pas formellement à son pouvoir inhérent d'indiquer des mesures conservatoires *proprio motu* lié à sa fonction judiciaire, même si certains arguments tirés de l'interprétation des article 41, paragraphe 1, du *Statut de la CIJ* et article 75, paragraphes 1 et 2, du *Règlement de la CIJ*, du droit des Nations Unies,¹⁰⁹ ainsi que certaines affaires,¹¹⁰ peuvent militer en faveur d'une telle thèse. De surcroît, en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies, le règlement des différends par des moyens pacifiques parmi lesquels le règlement judiciaire relève d'un intérêt collectif des États.¹¹¹ Au-delà des critiques qu'elle pourrait

¹⁰⁷ Voir *Iran c États-Unis*, 2018, *supra* note 20; *Ukraine c Russie*, 2017, *supra* note 20; *Guinée équatoriale c France*, *supra* note 53; *Qatar c Émirats arabes unis*, 2018, *supra* note 20; *Gambie c Myanmar*, *supra* note 8.

¹⁰⁸ *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, Mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, [1996] CIJ Rec 13 au para 41.

¹⁰⁹ Voir *Charte des Nations Unies*, *supra* note 2, art 2, para 3 et ch VI, ainsi que la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés AG 2625 (XXV), Doc NU A/RES/2625 (XXV) (24 octobre 1970).

¹¹⁰ *Anglo-Iranian Oil*, *supra* note 21 à la p 100; *Compétence en matière de pêcheries (Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c Islande)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 17 août 1972, [1972] CIJ Rec 12; *Nouvelle Zélande c France*, *supra* note 18; *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c Iran)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979, [1979] CIJ Rec 7.

¹¹¹ Kolb, *supra* note 30 à la p 637.

susciter, la tendance de la CIJ à apprécier son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires, parfois sans lien évident avec leur but, aux fins de non-aggravation du différend, peut soulever des questions. C'est ce qu'il convient d'analyser dans ses aspects juridiques, d'une part, avant d'en mesurer la portée sur la nature du différend justiciable, d'autre part.

DE LA NÉCESSITÉ DES MESURES CONSERVATOIRES INDIQUÉES AUX FINS DE NON-AGGRAVATION DU DIFFÉREND

Le problème du pouvoir d'appréciation par la CIJ des mesures conservatoires qu'elle indique n'a d'intérêt qu'analysé sous l'angle de la définition de l'objet du différend qui en constitue le cadre juridique. Vue autrement, cette appréciation se déploierait en dehors de tout cadre juridique et conférerait un "pouvoir indéfini," s'apparentant à une mission de protection des normes fondamentales du droit international général,¹¹² situé à la marge de sa mission essentielle d'indiquer des mesures conservatoires des droits des parties dans le contentieux des mesures conservatoires. C'est l'essentiel des critiques auxquelles pourrait faire face la CIJ lorsqu'elle use de son pouvoir d'indication des mesures conservatoires aux fins de la "non-aggravation du différend."

La notion de "non-aggravation du différend" est elle-même difficilement définissable en dehors des cas concrets, son contenu semblant à ce stade encore fluctuant et non définitivement arrêté. Toutefois, l'analyse de sa pratique récente peut permettre d'appréhender cette notion comme traduisant une ou plusieurs mesures conservatoires supplémentaires,¹¹³ décidées par la CIJ en fonction de l'appréciation des circonstances factuelles du différend dont elle est saisie, et sur le fondement du lien conventionnel entre les parties, en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend les opposant. Plus généralement, ce fondement peut s'étendre au droit international général et, le cas échéant, aux décisions du Conseil de sécurité des Nations Unies sur l'affaire opposant les parties. Or, au motif de la non-aggravation du différend, sur lequel elle s'estime compétente sur le fondement de son large pouvoir d'interprétation de l'article 41, paragraphe 1, du

¹¹² Hugh Thirlway, "The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice" dans Rudolf Bernhardt, dir, *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin, Springer Verlag, 1994, 1; Hugh Thirlway, "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960–1989: Part Twelve" (2001) 72 *Brit YB Intl L* 37 aux pp 110–11; Kolb, *supra* note 30 à la p 639.

¹¹³ Il ressort des récentes mesures conservatoires indiquées aux fins de la non-aggravation du différend que celles-ci sont des mesures supplémentaires indiquées par la CIJ, voir *Guinée équatoriale c France*, *supra* note 53 au para 96; *Ukraine c Russie*, 2017, *supra* note 20 au para 103; *Qatar c Émirats arabes unis*, 2018, *supra* note 20 au para 76; *Gambie c Myanmar*, *supra* note 8 au para 83.

Statut de la CIJ, en s'appuyant sur les circonstances d'une affaire,¹¹⁴ la cour s'étend à d'autres fondements que ceux impliqués dans le différend lui-même et s'en éloignerait dès lors de l'objet. Cette attitude soulève par conséquent quelques difficultés autour de la sauvegarde des droits des parties en tant que but ou fonction des mesures conservatoires.

Une large appréciation de l'objet du différend

On ne reviendra plus sur les deux éléments constitutifs de l'objet du différend traités en première partie de cette étude sauf pour rappeler que l'un, variable, porte sur les allégations des parties et l'autre, invariable, a trait aux motifs juridiques sur lesquels s'appuient ces allégations. La nécessaire conciliation de ces deux éléments confère un cadre particulier à l'objet du différend qui s'appréhende nécessairement sur un double plan factuel et juridique. Or, outre les motifs juridiques entrant dans la détermination de l'objet du différend, la CIJ adjoint à l'aspect factuel d'autres fondements juridiques, tirés par exemple du droit des Nations Unies, non directement liés au but des mesures conservatoires, à savoir la préservation des droits des parties.¹¹⁵

Dans le dispositif de l'ordonnance du 19 avril 2017 en l'affaire opposant l'Ukraine à la Russie, la cour impose aux deux parties de s'abstenir de tout acte qui risquerait "d'aggraver ou d'étendre le différend" ou d'en complexifier la solution. Cette mesure se fonde sur l'appréciation des circonstances de l'affaire, circonstances ayant assurément trait aux faits, en l'occurrence le caractère irréparable du risque de préjudice qu'encourt la remise en cause par la Russie des droits civils et politiques, ainsi que des droits économiques, sociaux et culturels des Tatars de Crimée et des Ukrainiens de souche présents dans cette péninsule. Mais sans faire allusion au motif juridique sous-tendant ce second aspect de l'objet du différend, c'est-à-dire l'opposition entre les parties sur l'interprétation ou l'application des articles 2 et 4 à 7 de la *CIEDR*, la CIJ semble faire reposer cette mesure conservatoire sur la résolution 2202 du Conseil de sécurité des Nations Unies, approuvant l'ensemble des mesures prises en vue de la mise en œuvre des accords de Minsk adoptés par les parties ainsi que l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe et les représentants de "certaines zones des régions de Donetsk et de Louhansk"¹¹⁶ et approuvés par les présidents russe, ukrainien, français ainsi que la chancelière allemande.

¹¹⁴ Pour rappel, cette disposition stipule que la CIJ a le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires "du droit de chacun" si elle estime que "les circonstances l'exigent." *Statut de la CIJ*, *supra* note 1, art 41, para 1.

¹¹⁵ Voir Jerzy Sztucki, "Case Concerning Land and Maritime Boundary (Cameroun v. Nigeria): Provisional Measures" (1997) 10 *Leiden J Intl L* 341 aux pp 357-58.

¹¹⁶ *Ukraine c Russie*, 2017, *supra* note 20 au para 104.

La non-aggravation du différend s'entendrait dans ce cas comme le but à atteindre par les parties en mettant en œuvre, tant "individuellement que conjointement," l'ensemble des mesures prises dans le cadre des accords de Minsk, en vue de parvenir à un "règlement pacifique" du conflit entre elles.¹¹⁷ La mesure conservatoire indiquée aux fins de non-aggravation du différend semble donc se justifier par un contexte politique bien particulier dominé par un conflit entre les deux parties. Pourtant, eu égard à leur fonction de sauvegarde des droits des parties dans l'attente d'une décision au fond, les mesures conservatoires se concilieraient difficilement avec un cadre général débordant l'objet du différend.

À l'opposé, alors qu'aucun contexte politique ni aucune autre motivation particulière relevés par l'ordonnance ne puissent la fonder, la CIJ indique dans l'affaire opposant le Qatar aux Émirats arabes unis, sur la base de "l'ensemble des circonstances,"¹¹⁸ une mesure conservatoire enjoignant aux parties de s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend, ou d'en rendre le règlement plus difficile.¹¹⁹ On le voit, en l'état le régime des mesures conservatoires indiquées aux fins de non-aggravation du différend peine à se frayer une constante, en particulier en raison de la tendance de la cour à le sous-tendre de motivations souvent dénuées de lien direct avec le but des mesures conservatoires demandées et l'objet du différend. Le pouvoir de la CIJ d'indiquer des mesures conservatoires aux fins de non-aggravation du différend se rattacherait davantage à l'objectif de sauvegarde de l'essence même de ses propres attributions inhérentes d'indiquer des mesures conservatoires qu'à celui de préserver les droits des parties,¹²⁰ ou même à les limiter strictement aux prévisions de la clause compromissoire, c'est-à-dire à l'objet du différend. Or, cette confusion entre cet objectif inhérent à l'exercice de la fonction judiciaire et l'objet même des mesures conservatoires, à savoir la sauvegarde des droits des parties, contribue à en complexifier la lisibilité des motivations.¹²¹

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Qatar c Émirats arabes unis*, 2018, *supra* note 20 au para 76.

¹¹⁹ *Ibid* au para 79.

¹²⁰ Kolb, *supra* note 30 aux pp 636–39; *Congo c Ouganda*, *supra* note 11 au para 44 ("[c]onsidérant que, indépendamment des demandes en indication de mesures conservatoires présentées par les parties à l'effet de sauvegarder des droits déterminés, la Cour dispose, en vertu de l'article 41 de son Statut, du pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend quand elle estime que les circonstances l'exigent").

¹²¹ D'autant plus que ce qui était en cause dans cette affaire opposant le Qatar aux Émirats arabes unis avait trait au respect des droits fondamentaux. La CIJ a eu à s'en référer dans son ordonnance du 1^{er} juillet 2000 dans *Congo c Ouganda*, *supra* note 11 aux paras 44, 47(1), en évoquant la Résolution 1304 (2000) du Conseil de sécurité qui sous-tend la première mesure conservatoire indiquée par elle.

La question de la sauvegarde des droits des parties

L'une des fonctions de l'indication de mesures conservatoires consiste en la sauvegarde des droits substantiels et procéduraux des parties,¹²² que la décision au fond pourrait reconnaître. Ainsi, seules les mesures nécessaires à la sauvegarde de ces droits peuvent être indiquées "avant dire droit." Cette nécessité de la sauvegarde de ces droits n'est pas le propre des mesures conservatoires de la CIJ, mais constitue une prérogative de la juridiction dans le procès international.¹²³ La CIJ la relie au risque de préjudice irréparable aux droits en litige qu'elle conditionne toutefois par l'urgence, c'est-à-dire par l'existence d'un risque "réel et imminent" qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits faisant l'objet du différend

¹²² Santulli, *supra* note 24 aux pp 463–66.

¹²³ Les textes le consacrent: outre le *Statut de la CIJ*, *supra* note 1, art 41, para 1, voir: *Convention du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements*, 18 mars 1965, 575 RTNU 159, art 47 (entrée en vigueur: 14 octobre 1966) ("Sauf accord contraire des parties, le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, recommander toutes mesures conservatoires propres à sauvegarder les droits des parties"); *Règlement du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Règlement d'arbitrage)*, 25 septembre 1967, art 39, para 3, en ligne: [CIRDI <icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf>](http://CIRDI<icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20French.pdf) (entrée en vigueur: 1^{er} janvier 1968) ("Le Tribunal peut de sa propre initiative recommander des mesures conservatoires ou des mesures autres que celles précisées dans une requête. Il peut à tout moment modifier ou annuler ses recommandations"); *Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, Rés AG 76/108 (9 décembre 2021), annexe, art 26, para 1 ("Le tribunal peut, à la demande d'une partie, accorder des mesures provisoires"); *Accord de libre-échange nord-américain*, 17 décembre 1992, RT Can 1994 n° 2, art 1134 (entrée en vigueur: 1^{er} janvier 1994) ("Un tribunal peut prendre une mesure de protection provisoire pour préserver les droits d'une partie contestante, ou pour assurer le plein exercice de sa propre compétence, y compris une ordonnance destinée à conserver les éléments de preuve en la possession ou sous le contrôle d'une partie contestante ou à protéger sa propre compétence. Il ne peut cependant prendre une ordonnance de saisie ou interdire d'appliquer telle ou telle mesure présumée constituer un manquement visé aux articles 1116 ou 1117. Aux fins du présent paragraphe, une ordonnance comprend une recommandation") (cet accord est désormais remplacé par l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique*, 30 novembre 2018, en annexe du *Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 30 novembre 2018, RT Can 2020 n° 5 (entrée en vigueur: 1^{er} juillet 2020), modifié par le *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis et le Mexique*, 10 décembre 2019, RT Can 2020 n° 6 (entrée en vigueur: 1^{er} juillet 2020)); *Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3 juin 2022, art 39, para 1, en ligne: www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_fra.pdf ("La chambre ou, le cas échéant, le président de la section ou un juge de permanence désigné conformément au paragraphe 4 du présent article peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure").

avant qu'elle ne rende sa décision définitive au fond.¹²⁴ La menace du facteur temporel, autrement dit l'urgence, devient ainsi un critère déterminant dans la prise en compte par la cour de la nécessité d'ordonner ou non des mesures conservatoires des droits faisant l'objet du différend. En d'autres termes, le critère de l'urgence est un aspect d'appréciation de la nécessité d'indiquer les mesures conservatoires par la CIJ,¹²⁵ et les stipulations des paragraphes 1 et 2 de l'article 74 du *Règlement de la CIJ* rappellent bien cette exigence.¹²⁶

Pourtant, de par les motifs qui les sous-tendent, les mesures indiquées aux fins de non-aggravation du différend se situent à bien des lieues de l'objet du différend et semblent dictées par des critères autres que ceux de l'urgence, étant donné, pour la plupart d'entre eux, qu'ils se greffent sur une crispation, voire une cristallisation politique entre les parties qu'elles souhaitent contribuer à lever. La mesure prise à cette fin dans le dispositif de l'ordonnance du 19 avril 2017 dans l'affaire susmentionnée opposant l'Ukraine à la Russie, à savoir l'obligation faite aux deux parties de s'abstenir de "tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend,"¹²⁷ en est une illustration. Cela pose la question de la portée de telles mesures sur la nature même du différend justiciable devant la cour.

PORTÉE SUR LA NATURE DU DIFFÉREND JUSTICIALE

Une certaine confusion peut s'entretenir à la lecture des motifs d'indication des mesures conservatoires prises au titre de la non-aggravation du différend. Dans la mesure où certaines s'articulent autour de contextes politiques actés par des décisions prises essentiellement dans le cadre des Nations Unies, de ses organes ou d'organes *ad hoc* mis en place par celles-ci, en vue d'aboutir à un règlement politique du différend porté devant la CIJ, la tentation de confondre le différend porté devant elle et un différend de nature politique, n'est pas à négliger. D'où la question de sa compétence à en connaître pour indiquer de telles mesures.

Que l'existence du différend avant la saisine de la CIJ en soit une condition pour que celle-ci se reconnaisse compétente n'est pas contestable en soi. Au stade de la procédure en indication des mesures conservatoires, le

¹²⁴ *Qatar c Émirats arabes unis*, 2018, *supra* note 20 au para 61; *Jadhav*, *supra* note 11 au para 50; *Ukraine c Russie*, 2017, *supra* note 20 au para 89.

¹²⁵ Pour l'appréciation de ce critère par d'autres juridictions internationales, voir Santulli, *supra* note 24 à la p 464.

¹²⁶ *Règlement de la CIJ*, *supra* note 1, art 74, para 1 ("[l]a demande en indication de mesures conservatoires a priorité sur toutes autres affaires"); para 2 ("Si la Cour ne siège pas au moment de la présentation de la demande, elle est immédiatement convoquée pour statuer d'urgence sur cette demande").

¹²⁷ *Ukraine c Russie*, 2017, *supra* note 20 au para 106.

différend existe a priori si son objet, déterminé *in fine* par la cour, répond aux conditions tenant aux prétentions divergentes des parties sur le droit et les faits. Dans sa déclaration jointe à l'arrêt du 5 octobre 2016 relatif aux *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire*, le Président R. Abraham l'a relevé: il faut qu'un différend soit né antérieurement à la saisine de la CIJ "dans des conditions telles que chaque partie ait été consciente — ou ait dû l'être — de ce que les vues de l'autre partie étaient opposées aux siennes. En particulier, le défendeur ne doit pas découvrir l'existence d'une prétention du demandeur à son égard en prenant connaissance de l'acte introductif d'instance; il doit en avoir été informé avant."¹²⁸ Pour autant, la justiciabilité du différend peut soulever des questions si l'on se focalise sur les aspects politiques des mesures prises en vue de la non-aggravation du différend, au regard de leurs motivations. Autrement dit, l'élargissement du but des mesures conservatoires à de telles mesures, mesures conservatoires "supplémentaires," serait-il de nature à empiéter sur la justiciabilité du différend, tant elles paraissent "déconnectées" de l'objet du différend à l'origine de la compétence *ratione materiae* de la cour? Au regard de la responsabilité principale du Conseil de sécurité sur les sujets autour desquels s'articulent les motivations politiques de ces mesures conservatoires particulières, quelle peut en être la portée sur le règlement des différends par la cour?

La justiciabilité du différend implique son règlement, par la volonté des parties, par un organe doté des pouvoirs et d'obligations d'un organe juridictionnel tranchant ledit différend sur la base du droit et dont les décisions s'imposent à elles. Dans cet exercice, l'importance du critère juridique, autre critère de l'objet du différend, n'est pas à négliger, la CIJ devant établir avant tout si, objectivement, le différend porté devant elle peut être tranché par application du droit en vigueur.¹²⁹ Il s'ensuit que bien qu'un différend comporte un aspect politique, comme c'est le cas dans la plupart des différends portés devant elle, la cour ne saurait le décliner dès lors que cet aspect n'est pas le seul soumis à son examen.¹³⁰ La CIJ sur ce point reste conforme à sa "doctrine constante," suivant laquelle la sensibilité politique d'une affaire n'entame pas sa compétence à en traiter des aspects juridiques, et *a contrario* elle refuse de ne connaître que des aspects purement politiques, c'est-à-dire ceux non formulés en des termes juridiques.¹³¹ Par conséquent, malgré un élargissement du but des mesures conservatoires

¹²⁸ Voir *Désarmement nucléaire (Iles Marshall c Royaume-Uni)*, *supra* note 59 à la p 833, Déclaration de Monsieur le Juge Abraham, président au para 3.

¹²⁹ Raphaële Rivier, *Droit international public*, 3^{ème} éd, Paris, PUF, 2017 à la p 802.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Kolb, *supra* note 30 à la p 351.

et une absence de lien évident avec l'objet du différend, les mesures conservatoires indiquées aux fins de la non-aggravation du différend n'entament en rien le caractère justiciable des différends y relatifs.

Dans son arrêt du 3 février 2021, la CIJ a repris une formule déjà utilisée en l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*¹³² de 1980, et suivant laquelle

les différends juridiques entre États souverains ont, par leur nature même, toutes chances de surgir dans des contextes politiques et ne représentent souvent qu'un élément d'un différend politique plus vaste et existant de longue date entre les États concernés. Nul n'a cependant jamais prétendu que, parce qu'un différend juridique soumis à la Cour ne constitue qu'un aspect d'un différend politique, la Cour doit se refuser à résoudre dans l'intérêt des parties les questions juridiques qui les opposent.¹³³

Au demeurant, l'on ne saurait y voir aucun conflit de compétence entre cette appréhension par la CIJ d'un aspect politique du règlement des différends qui lui sont soumis et le rôle du Conseil de sécurité des Nations Unies dans sa responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales, au sens de l'article 24, paragraphe 1, de la *Charte des Nations Unies*,¹³⁴ les deux organes étant dotés d'attributions spécifiques (le Conseil exerce des attributions politiques, la cour des fonctions purement judiciaires) desquelles elles peuvent s'acquitter de manière complémentaire, y compris à l'égard des mêmes événements.¹³⁵

C'est peut-être même cet aspect du contentieux des mesures conservatoires devant la cour qui rapproche plus étroitement celles-ci de la contribution de l'organe judiciaire principal des Nations Unies au "but suprême"¹³⁶ des Nations Unies, tel qu'énoncé à l'article 1, paragraphe

¹³² [1980] CIJ Rec 20 au para 37.

¹³³ *Iran c États-Unis*, 2021, *supra* note 1 au para 55.

¹³⁴ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 2, art 24, para 1 ("[a]fin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation [des Nations Unies], ses Membres confient au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité le Conseil de sécurité agit en leur nom").

¹³⁵ *Congo c Ouganda*, *supra* note 11 au para 36; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c États-Unis)*, Compétence et recevabilité, [1984] CIJ Rec 392 aux pp 434-35; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c Yougoslavie)*, Mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, [1993] CIJ Rec 3 au para 33.

¹³⁶ Voir Vera Gowland-Debbas et Mathias Forteau, "Article 7 UN Charter" dans Zimmermann et al, *Statute of the International Court of Justice*, *supra* note 105, 135 à la p 161.

1, de la *Charte des Nations Unies*,¹³⁷ à travers le règlement pacifique des différends (article 33, paragraphe 1, de la *Charte des Nations Unies*).

CONCLUSION

L'apparent "élargissement" de son pouvoir d'appréciation des circonstances d'indication des mesures conservatoires, au regard de la teneur des mesures prises aux fins de non-aggravation du différend, n'est pas en contradiction avec les attributions de l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Loin s'en faut, il est possible d'y voir une contribution de la CIJ au maintien de la paix et de la sécurité internationales. De surcroît, les mesures conservatoires indiquées aux fins de non-aggravation du différend, à l'instar des autres mesures conservatoires, relèvent des décisions de la cour, et à ce titre, sont revêtues d'un caractère obligatoire. L'article 94 de la *Charte des Nations Unies* rappelle, à ce titre, l'importance du respect des décisions de la CIJ. Il stipule que si une partie ne satisfait pas aux obligations énoncées dans un arrêt, l'autre peut recourir au Conseil de sécurité qui peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt. En raison de leur caractère obligatoire, les mesures conservatoires relèvent du même régime contraignant.

Toujours relativement à son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires qu'elle tire de l'article 41, paragraphe 1, du *Statut de la CIJ*, la détermination de l'objet du différend par la cour joue un rôle fondamental dans l'appréciation des circonstances qui lui sont soumises, mais surtout dans l'établissement de sa compétence *ratione materiae*. Toutefois, cette compétence est fondée sur la clause compromissaire contenue dans le traité liant les parties, et cette dernière définit l'objet du différend comme portant sur "l'interprétation ou l'exécution" du traité ou d'une de ses dispositions. Il en résulte que l'objet du différend et la compétence *ratione materiae* se présentent *in fine* comme les deux mamelles nourricières du contentieux des mesures conservatoires devant la CIJ.

¹³⁷ *Charte des Nations Unies*, *supra* note 2, art 1, para 1 ("[les buts des Nations Unies sont les suivants]: 1. Maintenir la paix et la sécurité internationales").